

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 8 janvier 2014

Présidence de M. MERZ
Juges : M. Métral et Mme Pasche
Greffier : Mme Matile

Cause pendante entre :

L._____, à Céligny, recourant, représenté par Me Mauro Poggia, avocat à Genève,

et

CAISSE CANTONALE VAUDOISE DE COMPENSATION AVS, à Clarens, intimée.

Art. 26 LPGA; 9 al. 1 et 3 LAVS; 17, 41bis al. 1 let. f, 42 al. 2 et 3 RAVS; 18 al. 2 LIFD

E n f a i t :

A. Par décision du 12 octobre 2007, la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS (ci-après: la Caisse ou l'intimée) a fixé à 57'753 fr. 40 les cotisations AVS/AI/APG définitives dues par L. _____ (ci-après: le recourant, l'assuré ou le contribuable), né en 1951, domicilié dans le canton de Genève, sur un gain immobilier professionnel de 593'130 fr. qu'il aurait réalisé en 2004 dans le canton de Vaud. Par une autre décision du même jour, la Caisse a aussi fixé des intérêts moratoires de 5% sur les cotisations facturées de 57'753 fr. 40, dus pour la période du 1^{er} janvier 2005 au 12 octobre 2007, d'un montant total de 8'037 fr. 35.

Le 23 octobre 2007, le recourant a formé opposition contre les deux décisions précitées. Il a fait valoir qu'il n'avait jamais été considéré comme un professionnel de l'immobilier et que ses biens immobiliers appartenaient à sa fortune privée et n'avaient par conséquent pas à faire l'objet, en cas de vente, d'un calcul pour des cotisations AVS personnelles. Il a par ailleurs critiqué le décompte d'intérêts moratoires, dès lors que le décompte des cotisations n'avait été établi que le 12 octobre 2007.

Par courrier du 21 janvier 2008, la Caisse a informé le recourant que, compte tenu de la réclamation déposée par ce dernier contre la taxation fiscale 2004, le règlement des cotisations et des intérêts moratoires facturés le 12 octobre 2007 était mis en suspens dans l'attente de la confirmation ou non du caractère professionnel du gain immobilier.

B. Par la suite, la Caisse s'est adressée à maintes reprises à l'administration cantonale des impôts pour s'enquérir sur l'avancement de la procédure de réclamation.

Le 4 décembre 2009, l'Office d'impôt du district du Jura-Nord vaudois a informé la Caisse comme suit: "En l'état, le revenu immobilier professionnel réalisé en 2004 par le contribuable est admis, seuls les autres éléments pris en considération pour l'établissement de la

répartition intercantonale étant contestés. Ainsi, nous attendons le traitement du litige par les Autorités fiscales genevoises afin d'examiner la réclamation déposée contre notre décision de taxation".

Le 18 novembre 2010, un collaborateur de ce même office d'impôt s'est adressé comme suit à la Caisse:

"Je viens par la présente vous confirmer le gain immobilier professionnel réalisé en 2004 par votre assuré [...], par fr. 593'130,-, ce dernier montant ne sera pas modifié."

Sur demande de la Caisse, l'Administration fiscale genevoise a, par communications du 21 septembre 2012 et du 1^{er} octobre 2012, confirmé un gain du recourant pour l'année 2004 de 593'138 fr. issu d'une opération immobilière professionnelle.

C. Suite à ces communications, la Caisse a confirmé le 15 octobre 2012 ses deux décisions du 12 octobre 2007. Elle a notamment expliqué que l'on comprendrait mal comment des immeubles appartiendraient à la fortune commerciale de l'intéressé sur le plan fiscal, alors qu'ils ressortiraient de sa fortune privée en matière d'AVS.

D. Par acte du 15 novembre 2012 de son nouveau mandataire, L._____ a interjeté recours auprès de la Cour des assurances sociales et conclu à l'annulation de la décision de la Caisse du 15 octobre 2012. Préalablement, il a requis production du dossier de la Caisse, un délai complémentaire lui étant imparti afin de compléter son recours. Il a notamment produit un extrait du registre du commerce de la société N._____ SA et la décision sur réclamation des autorités fiscales genevoises du 13 avril 2011.

Invitée à répondre et à déposer son dossier, la Caisse a répondu par courrier du 28 janvier 2013 en préavisant pour le rejet du recours. Elle a notamment exposé avoir reçu les informations précitées des administrations fiscales vaudoise et genevoise.

Par ordonnance du 29 janvier 2013, le tribunal a imparti au recourant un délai pour déposer des explications complémentaires et pour produire toutes pièces éventuelles. Il a aussi informé le recourant qu'il avait la possibilité de prendre connaissance du dossier dans le délai indiqué.

Par réplique déposée le 28 février 2013, le recourant a maintenu ses conclusions, contestant notamment avoir exercé une quelconque activité dans le canton de Vaud. Selon lui, la Caisse n'apporterait aucun fait nouveau de nature à modifier les conclusions du recours.

Par duplique du 22 mars 2013, la caisse a également maintenu ses conclusions, en renvoyant à sa réponse déposée le 28 janvier 2013.

La duplique a été communiquée au recourant qui ne s'est plus prononcé.

Dans la mesure utile, les arguments des parties seront repris par la suite.

E n d r o i t :

1. Déposé en temps utile et dans les formes prévues par la loi contre une décision sur opposition, le recours est recevable (cf. art. 56, 60 et 61 let. b LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1]). Le recourant étant touché par la décision attaquée a qualité pour recourir (art. 59 LPGA). La Cour des assurances du Tribunal cantonal vaudois est compétente pour statuer (art. 57 LPGA, 93 LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]). En dérogation à l'art. 58 LPGA, la décision de la Caisse fait l'objet d'un recours devant le tribunal des assurances du canton où elle a son siège (art. 84 LAVS [loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.10]). Vu le

montant litigieux dépassant les 30'000 fr., la Cour statue à trois juges (art. 94 al. 1 let. a et al. 4 LPA-VD, 83c LOJV [loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01]).

2. Selon l'art. 4 al. 1 LAVS, les cotisations des assurés qui exercent une activité lucrative sont calculées en pour-cent du revenu provenant de l'exercice de l'activité dépendante et indépendante.

Aux termes de l'art. 9 al. 1 LAVS, le revenu provenant d'une activité indépendante comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante. Selon l'art. 17 RAVS (règlement du Conseil fédéral du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants; RS 831.101), est réputé revenu provenant d'une activité lucrative indépendante tout revenu acquis dans une situation indépendante provenant de l'exploitation d'une entreprise commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou sylvicole, de l'exercice d'une profession libérale ou de toute autre activité, y compris les bénéfices en capital et les bénéfices réalisés lors du transfert d'éléments de fortune au sens de l'art. 18 al. 2 LIFD (loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct, RS 642.11), et les bénéfices provenant de l'aliénation d'immeubles agricoles ou sylvicoles conformément à l'art. 18 al. 4 LIFD, à l'exception des revenus provenant de participation déclarée comme fortune commerciale selon l'art. 18 al. 2 LIFD.

3. Au vu des mémoires déposés par le recourant dans le cadre de la procédure devant le tribunal de céans, seule est litigieuse la question de savoir si le gain immobilier de 593'138 fr. que l'intéressé a réalisé en 2004 est un gain privé en capital ou un gain immobilier professionnel.

Les revenus résultant d'immeubles appartenant à la fortune privée ne sont pas soumis à cotisations AVS, la seule gestion de la fortune privée ne constituant pas une activité indépendante au sens des art. 9 al. 1 LAVS et 17 RAVS (ATF 134 V 250 consid. 3.1; 125 V 383 consid. 2a ; TF 9C_453/2008 du 28 novembre 2008 consid. 3.2).

4. L'intimée s'est basée sur la qualification du montant de 593'138 fr. en gain immobilier professionnel par les autorités fiscales qui avaient ainsi effectivement retenu un "gain de l'opération immobilière professionnelle" (cf. décision sur réclamation du 13 avril 2011 de l'administration fiscale genevoise avec l'avis de taxation, éléments retenus par l'administration, code 16.60 avec annotation 1, et la répartition intercantonale du même jour, pièces produites par le recourant, ainsi que les documents des autorités fiscales mentionnés ci-dessus à la let. B).

4.1 La délimitation entre la fortune commerciale et la fortune privée s'opère, en droit des assurances sociales, selon les mêmes critères que ceux établis en matière d'impôt fédéral direct, ce qui ressort notamment des renvois de l'art. 17 RAVS à la LIFD (cf. ATF 134 V 250 consid. 3.2).

Ainsi, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la délimitation précitée dépend de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. La notion d'activité lucrative indépendante s'interprète toutefois largement, de telle sorte que sont seuls considérés comme des gains privés en capital exonérés d'impôt ceux qui sont obtenus par un particulier de manière fortuite ou dans le cadre de la simple administration de sa fortune privée. En revanche, si l'activité du contribuable excède ce cadre relativement étroit et est orientée dans son ensemble vers l'obtention d'un revenu, l'intéressé est réputé exercer une activité lucrative indépendante dont les bénéfices en capital sont imposables. Une telle qualification peut se justifier, selon les cas, même en l'absence d'une activité reconnaissable pour les tiers et/ou organisée sur le modèle d'une entreprise commerciale, et même si l'activité n'est exercée que de manière accessoire ou temporaire, voire même ponctuelle. Les éléments patrimoniaux utilisés pour l'accomplissement d'une activité lucrative indépendante sont pour leur part considérés comme des actifs commerciaux. Le Tribunal fédéral a notamment considéré que valent comme indices d'une activité lucrative indépendante dépassant la simple administration de la fortune privée les éléments suivants: le caractère systématique et/ou planifié des

opérations, la fréquence élevée des transactions, la courte durée de possession des biens avant leur (re)vente, la relation étroite entre l'activité indépendante (accessoire) supposée et la formation et/ou la profession (principale) du contribuable, l'utilisation de connaissances spécialisées, l'engagement de fonds étrangers d'une certaine importance pour financer les opérations, le réinvestissement du bénéfice réalisé ou encore la constitution d'une société de personnes. On peut aussi mentionner l'utilisation effective du bien et le motif de son aliénation. Chacun de ces indices peut conduire, en concours avec les autres voire même - exceptionnellement - isolément s'il revêt une intensité particulière, à la reconnaissance d'une activité lucrative indépendante. En outre, l'absence d'éléments typiques d'une telle activité dans un cas concret peut être relativisée par d'autres circonstances revêtant une intensité particulière (TF 2C_511/2012 du 15 janvier 2013 consid. 9.2 et arrêts cités; 2C_819/2011 du 20 avril 2012 consid. 3.2).

Selon l'art. 9 al. 3 LAVS, le revenu de l'activité indépendante est déterminé par les autorités fiscales cantonales, sur la base de la taxation passée en force de l'impôt fédéral direct, et communiqué aux caisses de compensation (cf. aussi art. 23 et 27 RAVS). Les données des autorités fiscales cantonales lient les caisses de compensation (art. 23 al. 4 RAVS). Le caractère obligatoire de ces données se limite cependant à la fixation du revenu déterminant; il n'englobe donc pas la question de savoir si et dans quelle mesure celui-ci est soumis à cotisations (ATF 121 V 80 consid. 2c). Les caisses de compensation doivent alors examiner, sans être liées par la communication fiscale, au regard du droit de l'AVS qui est tenu de payer des cotisations pour des revenus dont l'autorité fiscale a fait état. Cependant, dans la mesure où la délimitation entre la fortune commerciale et la fortune privée s'opère, en droit des assurances sociales, selon les mêmes critères que ceux établis en matière d'impôt fédéral direct, le Tribunal fédéral a précisé que les caisses de compensation devaient en général se fier aux communications des autorités fiscales pour la qualification du revenu et ne procéder à leur propre investigation que lorsqu'il y avait des doutes sérieux quant à leur exactitude (ATF 134 V 250

consid. 3.3 avec arrêts cités; TF 9C_453/2008 du 28 novembre 2008 consid. 3.3).

4.2 En l'espèce, les autorités fiscales ont qualifié le gain immobilier réalisé par le recourant en 2004 de gain immobilier professionnel et ont maintenu cette appréciation dans leurs décisions suite à la réclamation du recourant. Ce dernier n'allègue pas que cette appréciation fiscale ne serait pas encore entrée en force ou qu'il aurait fait recours auprès des tribunaux; il s'est contenté de déclarer qu'il avait déposé une réclamation contre sa taxation fiscale 2004.

Il reste donc à examiner si des doutes sérieux imposent de s'écarter de la qualification fiscale au niveau de l'AVS.

Le recourant fait valoir qu'il serait l'administrateur unique d'une société anonyme (N. _____ SA) depuis sa création en 1994. Cette société ne serait pas active dans le domaine de la vente de biens immobiliers. Aussi, lui-même n'aurait jamais été actif dans le domaine immobilier, voire encore moins aurait-il été marchand de biens immobiliers. Il serait propriétaire d'une maison qu'il habite depuis 30 ans. Il n'aurait jamais acquis un bien en vue de sa revente à bref délai. Il voulait juste placer de la fortune privée.

Selon le registre du commerce, il est vrai que la société susmentionnée, dont le recourant est l'unique administrateur, est, avant tout, active dans le secteur du meuble. L'intimée n'a pas non plus exposé que l'assuré aurait par le passé déjà participé à d'autres activités d'achat et de vente d'immeubles. Dans cette mesure, on pourrait avoir des doutes, pour le domaine de l'AVS, sur le maintien de la qualification par les autorités fiscales.

Il apparaît toutefois que le recourant, habitant la région genevoise, a acheté le bien immobilier litigieux dans le centre, respectivement nord vaudois, où il n'avait apparemment pas l'intention de résider et selon ses dires pas non plus de construire. Il ne s'agit donc pas

de la vente de l'immeuble que le recourant habite depuis trente ans. Pour l'acquisition du bien immobilier en terre vaudoise, le recourant a, en outre, fait affaire commune avec trois autres personnes, ce qui est plutôt inhabituel dans le cadre privé pour un placement. Sur le prix d'achat qui aurait été d'un million de francs, il aurait contribué à hauteur de 400'000 francs. Bien que l'achat ait eu lieu à la fin de l'année 2003, le recourant a revendu le terrain en 2004 déjà, soit quelques mois seulement après son acquisition. Il a fait valoir que le terrain avait, contre toute attente, été déclassé en 2004 (cf. au sujet du déclassement ATF 125 II 431 consid. 3b ; 122 II 326 consid. 4c). On s'étonne toutefois que, malgré un déclassement, le recourant ait pu réaliser sur son investissement de 400'000 fr. un gain immobilier de 593'138 francs. L'opération revêt, en définitive, un certain caractère planifié. La possession du bien immobilier a été extrêmement courte. Le recourant a, de plus, agi avec des tierces personnes pour acquérir le bien. Il n'a pas su exposer de manière convaincante pourquoi il n'avait pas gardé plus longtemps le bien acquis en 2003 si, selon lui, il s'agissait uniquement de placer et gérer sa fortune privée.

Cela étant, la Cour de céans ne peut retenir l'existence de doutes sérieux qui imposeraient de s'écarter de la qualification fiscale de gain immobilier professionnel. Dans ces circonstances, le recourant est tenu de verser des cotisations AVS/AI/APG sur le gain immobilier qu'il a réalisé en 2004.

L'intimée a aussi fait valoir dans sa réponse au recours que le recourant avait déposé le 24 septembre 2007 une demande d'affiliation en tant que personne de condition indépendante. Le point de savoir ce qu'il en est avec cette soi-disant demande et dans quel contexte elle a été déposée peut rester ouvert au vu des divers éléments relevés ci-dessus. Le dossier de l'intimée contient un questionnaire d'affiliation auprès d'elle, apparemment signé par le recourant, mais aucun genre d'activité n'y est indiqué; sous "activité principale", il est marqué "sans" et sous "activité accessoire", une barre oblique a été introduite. Dans sa réplique du 28 février 2013, le recourant a expliqué ne pas avoir connaissance d'une demande d'affiliation en qualité d'indépendant faite en 2007.

5. En ce qui concerne les intérêts moratoires facturés du 1^{er} janvier 2005 au 12 octobre 2007, le recourant n'a pas soulevé de griefs spécifiques dans la procédure devant le Tribunal de céans. Il sera ainsi juste relevé qu'en vertu de l'art. 26 al. 1 LPGA, les créances de cotisations échues sont soumises à la perception d'intérêts moratoires. Selon l'art. 41bis al. 1 let. f RAVS, doivent payer des intérêts moratoires les personnes exerçant une activité lucrative indépendante [...] sur les cotisations à payer sur la base du décompte, lorsque les acomptes versés étaient inférieurs d'au moins 25% aux cotisations effectivement dues et que les cotisations n'ont pas été versées jusqu'au 1^{er} janvier après la fin de l'année civile qui suit l'année de cotisation, dès le 1^{er} janvier après la fin de l'année civile qui suit l'année de cotisation. Selon le Tribunal fédéral, l'intérêt moratoire n'a pas un caractère de sanction; il doit être perçu indépendamment du caractère éventuellement fautif du retard de paiement ou de la fixation définitive des cotisations – que le retard soit imputable à la caisse de compensation, aux autorités de taxation fiscale ou au débiteur des cotisations. Il vise simplement à compenser, d'une manière forfaitaire, la perte subie par le créancier, parce qu'il n'a pas reçu d'emblée le total des cotisations et n'a donc pas pu profiter des intérêts sur le montant concerné, et le gain, toujours en matière d'intérêts, réalisé par le débiteur qui a pu payer tardivement ses cotisations (ATF 134 V 202 consid. 3.3; 134 V 405 consid. 7). Dans cette mesure, il n'est donc d'aucune importance de savoir à qui le retard peut être imputé. La Caisse a d'ailleurs retenu dans sa décision sur opposition qu'elle ne pouvait pas avoir connaissance des revenus du recourant avant qu'ils ne lui soient communiqués par les autorités fiscales.

Certes, le pourcentage des intérêts moratoires de 5%, prévu à l'art. 42 al. 2 et 3 RAVS, peut sembler élevé, au vu des taux d'intérêts actuellement en vigueur sur le marché. Cependant, le Tribunal fédéral a considéré que ce taux était conforme à la loi (cf. ATF 134 V 202 consid. 3.5). Il est en outre à noter que les caisses de compensation doivent également payer un intérêt rémunérateur de 5% quand elles remboursent

ou déduisent des cotisations non dues, indépendamment d'une faute de leur part (cf. art. 41ter et 42 al. 2 RAVS).

6. Pour être complet, il convient encore d'examiner – d'office (ATF 117 V 208 consid. 3; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2e éd. 2009, n. 13 ad art. 24 LPGA) – s'il y a prescription selon l'art. 16 LAVS dans le cas particulier.

Selon l'art. 16 al. 1 LAVS (dans sa version applicable entre 2004 et 2011), les cotisations dont le montant n'a pas été fixé par décision notifiée dans un délai de cinq ans à compter de la fin de l'année civile pour laquelle elles sont dues ne peuvent plus être exigées ni payées. Aux termes de l'art. 16 al. 2 LAVS, la créance de cotisations, fixée par décision notifiée conformément au 1^{er} alinéa, s'éteint cinq ans après la fin de l'année civile au cours de laquelle la décision est passée en force. L'échéance de l'un ou de l'autre de ces délais entraîne péremption: il ne subsiste aucune obligation naturelle susceptible d'être exécutée volontairement ou par compensation (ATFA 1955 p. 194 ; TF 9C_741/2009 du 12 mars 2010 consid. 1.2). Selon la teneur actuelle de l'art. 16 LAVS (RO 2011 4745, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012), les cotisations dont le montant n'a pas été fixé par voie de décision dans un délai de cinq ans à compter de la fin de l'année civile pour laquelle elles sont dues ne peuvent plus être exigées ni versées (al. 1 phrase 1, des délais plus long étant prévus selon les phrases 2 et 3) ; la créance de cotisations, fixée par décision notifiée conformément à l'al. 1, s'éteint cinq ans après la fin de l'année civile au cours de laquelle la décision est passée en force (al. 2).

Eu égard notamment aux décisions de cotisation et d'intérêts moratoires notifiées en octobre 2007 et la présente procédure en cours, il n'y a pas prescription en l'espèce.

7. Le recourant n'a pas contesté le calcul des montants demandés. Au vu du gain retenu et de la réglementation en vigueur (cf. notamment art. 17 ss RAVS et, pour les intérêts, le consid. 5 ci-dessus), les

montants demandés apparaissent corrects, raison pour laquelle il n'y a pas lieu de revenir en détail sur ceux-ci.

8. Au vu de ce qui précède, le recours s'avère mal fondé et doit donc être rejeté, la décision attaquée étant confirmée.

Dans la mesure où il succombe, le recourant n'a pas droit à des dépens. La procédure étant gratuite, il n'est pas perçu de frais judiciaires (cf. art. 61 let. a et g LPGA).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition du 15 octobre 2012 de la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires, ni alloué de dépens.

Le président :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Mauro Poggia, avocat (pour L. _____),
- Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS,
- Office fédéral des assurances sociales,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :