

# **FR\_GERICHTE 608 2017 44 vom 30. Oktober 2017**

FR Kantonsgericht, 2017-10-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_608\\_2017\\_44](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_608_2017_44)

FR: FR\_GERICHTE 608 2017 44 du 30 octobre 2017

IT: FR\_GERICHTE 608 2017 44 del 30 ottobre 2017

## **Regeste**

Arrêt de la IIe Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal | Alters- und Hinterlassenenversicherung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Interjeté en temps utile et dans les formes légales par un assuré directement touché par la décision attaquée et dûment représenté, le recours est recevable.

### **E. 2**

a) L'art. 3 al. 1 1ère phr. de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10) dispose que les assurés sont tenus de payer des cotisations tant qu'ils exercent une activité lucrative. 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. D'après 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. L'al. 2 ajoute que, pour déterminer le revenu provenant d'une activité indépendante sont déduits du revenu brut: les frais généraux nécessaires à l'acquisition du revenu brut (let. a), les amortissements et les réserves d'amortissement autorisés par l'usage commercial et correspondant à la perte de valeur subie (let. b), les pertes commerciales effectives qui ont été comptabilisées (let. c), les sommes que l'exploitant verse, durant la période de calcul, à des institutions de prévoyance en faveur du personnel de l'entreprise, pour autant que toute autre utilisation soit exclue, ou pour des buts de pure utilité publique (let. d), les versements personnels à des institutions de prévoyance professionnelle dans la mesure où ils correspondent à la part habituellement prise en charge par l'employeur (let. e) ainsi que l'intérêt du capital propre engagé dans l'entreprise (let. f). Le Conseil fédéral est autorisé à admettre, au besoin, d'autres déductions du revenu brut, provenant de l'exercice d'une activité lucrative indépendante. Selon l'art. 9 al. 3 LAVS, le revenu provenant d'une activité indépendante et le capital propre engagé dans l'entreprise sont déterminés par les autorités fiscales cantonales et communiqués aux caisses de compensation. L'art. 9 al. 4 précise que les caisses de compensation ajoutent au revenu communiqué par les autorités fiscales les déductions admissibles selon le droit fiscal des cotisations dues en vertu de l'art. 8 de la présente loi, de l'art. 3, al. 1, de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI) et de l'art. 27, al. 2, de la loi du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain. Elles reconstituent à 100 % le revenu communiqué en fonction des taux de cotisation applicables. En vertu de l'art. 17 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivant (RAVS; RS 831.101), est réputé revenu provenant d'une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 9 al. 1 LAVS, 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 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD; RS 642.11), et les bénéfices

Tribunal cantonal TC Page 4 de 6 provenant de l'aliénation d'immeubles agricoles ou sylvicoles conformément à l'art. 18 al. 4 LIFD, à l'exception des revenus provenant de participations déclarées comme fortune commerciale selon l'art. 18 al. 2 LIFD. b) Selon l'art. 18 al. 2 LIFD, tous les bénéfices en capital provenant de l'aliénation, de la réalisation ou de la réévaluation comptable d'éléments de la fortune commerciale font partie du produit de l'activité lucrative indépendante. Le transfert d'éléments de la fortune commerciale dans la fortune privée ou dans une entreprise ou un établissement stable sis à l'étranger est assimilé à une aliénation. La fortune commerciale comprend tous les éléments de fortune qui servent, entièrement ou de manière prépondérante, à l'exercice de l'activité lucrative indépendante; il en va de même pour les participations d'au moins 20% au capital-actions ou au capital social d'une société de capitaux ou d'une société coopérative, dans la mesure où le détenteur les déclare comme fortune commerciale au moment de leur acquisition. L'art. 18b est réservé. Aux termes de l'art. 18b LIFD, les dividendes, les parts de bénéfice, les excédents de liquidation et les prestations appréciables en argent provenant d'actions, de parts à des sociétés à responsabilité limitée, de parts à des sociétés coopératives et de bons de participation ainsi que les bénéfices provenant de l'aliénation de tels droits de participation sont imposables, après déduction des charges imputables, à hauteur de 50 %, lorsque ces droits de participation équivalent à 10 % au moins du capital-actions ou du capital social d'une société de capitaux ou d'une société coopérative. c) D'après le § 4013 des Directives de l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après: OFAS) sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative dans l'AVS, AI et APG (ci-après: DIN), la définition du revenu provenant d'une activité lucrative indépendante qui figure à l'art. 17 RAVS est identique à celle de l'impôt fédéral direct selon l'art. 18 LIFD. Il y a une seule divergence entre l'AVS et le droit fiscal: les revenus provenant de participations déclarées comme fortune commerciale selon l'art. 18 al. 2 LIFD (affectations volontaires à la fortune commerciale) ne font pas partie du revenu provenant d'une activité lucrative en droit de l'AVS. Cette distinction est consécutive à l'entrée en vigueur de la loi sur la réforme fiscale de l'imposition des entreprises II, dans le cadre de laquelle des mesures ont notamment été prises en vue d'atténuer la double imposition économique en faveur des détenteurs de parts à des sociétés de capitaux ou à des sociétés coopératives (cf. Message du 22 juin 2005 concernant la loi fédérale sur l'amélioration des conditions fiscales applicables aux activités entrepreneuriales et aux investissements, FF 2005 IV p. 4469). Dans ce contexte, le législateur était conscient du risque que ces mesures faisaient peser sur l'AVS, dès lors qu'elles étaient de nature à inciter les actionnaires-entrepreneurs à réduire leur salaire (soumis à l'AVS) et, en contrepartie, à se distribuer plus de dividendes (cf. Message précité, p. 4533). C'est dans ce contexte que s'est développée la pratique dite de Nidwald, reprise par la suite dans les Directives de l'OFAS, permettant, à certaines conditions, de considérer certains dividendes comme étant du salaire déterminant (cf. notamment ATF 141 V 634). d) L'art. 9 al. 3 LAVS, en relation avec l'art. 23 RAVS, prévoit que le revenu provenant d'une activité indépendante est déterminé par les autorités fiscales cantonales en se fondant sur la taxation passée en force de l'impôt fédéral direct. Les données des autorités fiscales cantonales lient les caisses de

compensation (art. 23 al. 4 RAVS). Le caractère obligatoire de ces données ne concerne que la fixation du revenu déterminant et 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). Dès lors, les Tribunal cantonal TC Page 5 de 6 caisses de compensation, sans être liées par la communication fiscale, doivent examiner au regard du droit de l'AVS qui est tenu de payer des cotisations pour des revenus dont l'autorité fiscale a fait état. Toutefois, les caisses de compensation doivent en général se fier aux communications des autorités fiscales pour la qualification du revenu et ne procéder à leurs propres investigations que lorsqu'il y a des doutes sérieux quant à leur exactitude (ATF 134 V 250 consid. 3.3 et les arrêts cités).

### **E. 3**

Est litigieux en l'espèce le calcul des cotisations AVS dues par le recourant pour l'année 2014. Il convient d'emblée de relever que le fait que le revenu déterminant provienne d'une activité indépendante n'est pas contesté par les parties. L'est, par contre, la prise en compte, dans ledit revenu déterminant, du dividende découlant des participations que détient le recourant dans la société C. \_\_\_\_\_ SA, qui s'élève, pour l'année en question, à CHF 1'000'000.-. Il convient donc de déterminer si le dividende litigieux doit ou non être intégré dans le revenu déterminant du recourant. Dans sa décision sur opposition, la Caisse a estimé que tel était le cas en se fondant sur les directives précitées ainsi que sur l'art. 18b LIFD; dans son recours, l'assuré a principalement invoqué l'application de l'art. 17 RAVS in fine, avec son renvoi à l'art. 18 al. 2 LIFD, pour justifier le contraire. Appelée à statuer, la Cour de céans constate effectivement que l'art. 17 RAVS, qui précise la notion de revenu provenant d'une activité indépendante établie à l'art. 9 LAVS, prévoit une exception explicite pour les revenus provenant de participations déclarées comme fortune commerciale selon l'art. 18 al. 2 LIFD. Il en découle que ce type de revenus, bien qu'imposé au plan fiscal, n'entre pas dans le calcul du revenu déterminant au sens de l'AVS (cf. supra consid. 2a in fine). Or, on ne voit pas pour quel motif la Caisse intimée devrait renoncer à appliquer ledit art. 17 RAVS au profit d'une disposition de droit fiscal; elle ne fournit d'ailleurs aucun argument en ce sens. Au contraire, il ressort notamment des directives fédérales que cette distinction a été sciemment retenue, le législateur étant alors conscient du fait que l'imposition partielle des dividendes au plan fiscal était susceptible d'avoir des conséquences pour l'AVS (cf. Bulletin de l'OFAS à l'intention des caisses de compensation AVS et des organes d'exécution des PC n° 219 du 31 mars 2008). En l'espèce, au cours de l'échange des écritures, le recourant a produit une attestation établie le 13 juillet 2017 par l'autorité fiscale cantonale, aux termes de laquelle "les actions de C. \_\_\_\_\_ SA ont été déclarées et imposées dans votre fortune commerciale depuis le 31 décembre 2002". Dans la mesure où l'autorité fiscale compétente a admis dès 2002, et donc également pour l'année fiscale déterminante (i.e. 2014), que les participations en question appartenaient à la fortune commerciale du recourant, il n'est point nécessaire de remettre en question cette qualification, qui relève du droit fiscal et que la Caisse ne remet pas en question. De ce point de vue, la question de savoir si le fait que dite qualification n'a pas eu lieu au moment de l'acquisition des participations, ainsi que le prévoit l'art. 18 al. 2 LIFD, n'a pas à être remis en cause ici, cette question relevant de la compétence des autorités fiscales. L'on ne discerne en particulier pas de motif, et la Caisse n'en fournit aucun, qui justifierait de s'écarter de cette qualification en matière d'AVS. Il découle de ce qui précède que la Caisse s'est, à tort, fondée sur l'art. 18b LIFD pour inclure le dividende litigieux dans le calcul du revenu AVS déterminant, alors qu'elle était tenue d'évaluer la situation en fonction de l'art.

17 RAVS, lequel prévoit, comme on vient de le voir, d'écarter les revenus découlant de participations commerciales du revenu déterminant au sens de l'AVS.

Tribunal cantonal TC Page 6 de 6 Il y a donc lieu d'admettre le recours, d'annuler la décision attaquée et de renvoyer le dossier à la Caisse de compensation pour qu'elle procède à un nouveau calcul de revenu déterminant, conformément aux considérants. La Cour relève incidemment que, comme le recourant semblait y faire allusion dans son opposition, la question de la qualification des revenus de ses activités pourrait se poser; on songe notamment à une possible requalification des dividendes sous l'angle de la pratique de Nidwald (cf. supra consid. 2c in fine). Dès lors toutefois que la Caisse a renoncé à statuer à ce sujet dans la décision litigieuse et que le dossier constitué par cette dernière ne permet pas de statuer à cet égard, cet élément mériterait, cas échéant, d'être examiné plus avant dans le cadre d'une prochaine procédure de fixation des cotisations par l'autorité intimée.

#### **E. 4**

La procédure étant gratuite, il n'est pas perçu de frais de justice. Ayant obtenu gain de cause, le recourant a droit à des dépens. Dans son mémoire de recours, la fiduciaire représentant les intérêts du recourant prétend à une indemnité forfaitaire de CHF 2'500.- pour ses frais et dépens. Compte tenu de la difficulté et de l'importance relatives de l'affaire, il se justifie de fixer ex aequo et bono l'équitable indemnité de partie à laquelle il a droit à CHF 1'000.-, débours et éventuelle TVA compris, et de la mettre intégralement à la charge de l'autorité intimée. la Cour arrête: I. Le recours est admis et la décision attaquée annulée. Partant, la cause est renvoyée à l'autorité intimée pour nouvelle décision au sens des considérants. II. Il n'est pas perçu de frais de justice. III. Il est alloué au recourant pour ses frais de défense une équitable indemnité de CHF 1'000.-, débours et TVA compris. Elle est mise intégralement à la charge de la Caisse de compensation du canton de Fribourg et sera directement versée à Fiduconsult SA. IV. Notification. Un recours en matière de droit public peut être déposé auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans un délai de 30 jours dès sa notification. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi le jugement attaqué viole le droit. Les moyens de preuve en possession du (de la) recourant(e) doivent être joints au mémoire de même qu'une copie du jugement, avec l'enveloppe qui le contenait. La procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite. Fribourg, le 30 octobre 2017/mba Président Greffier-rapporteur

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.