

# **GE\_GERICHTE ATAS/448/2011 vom 10. Mai 2011**

GE Cour de justice, 2011-05-10, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_448\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_448_2011)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/448/2011 du 10 mai 2011

IT: GE\_GERICHTE ATAS/448/2011 del 10 maggio 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS; RS 831.10). Dès le 1er janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 26 septembre 2010). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

Aux termes de l'art. 1er al. 1er LAVS, les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1) s'appliquent à l'AVS réglée dans la première partie, à moins que la LAVS ne déroge expressément à la LPGA.

A/3939/2010 - 6/12 -

### **E. 3**

Interjeté dans les forme et délai prescrits, le recours est recevable (art. 5, 56 et 60 LPGA ; art. 89B de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 – LPA ; RS E 5 10).

### **E. 4**

À teneur de l'art 1a al. 1er let. a LAVS, sont assurées conformément à la LAVS les personnes physiques domiciliées en Suisse. Conformément à l'art. 3 al. 1er LAVS, les assurés sont tenus de payer des cotisations tant qu'ils exercent une activité lucrative. Les cotisations des assurés qui exercent une activité lucrative sont calculés en pour-cent du revenu provenant de l'activité lucrative dépendante et indépendante selon l'art. 4 LAVS. L'art 9 LAVS précise que le revenu provenant d'une activité indépendante comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante (al. 1), qu'il est déterminé par les autorités fiscales cantonales et communiquées aux caisses (al. 3).

### **E. 5**

Selon l'art 17 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 31 octobre 1947 (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 sur l'impôt fédéral direct, du 14 décembre 1990 (LIFD ; 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 participations déclarées comme fortune commerciale selon l'art. 18 al. 2 LIFD. L'art 22 RAVS précise que l'année de cotisation correspond à l'année civile et que les cotisations se calculent sur la base du revenu découlant du résultat de l'exercice commercial clos au cours de l'année de cotisation et du capital propre investi dans l'entreprise à la fin de l'exercice commercial.

## **E. 6**

La jurisprudence entend par les termes d'activité lucrative, au sens de l'art. 4 al. 1er LAVS, l'exercice d'une activité personnelle déterminée, destinée à l'obtention d'un revenu et à l'accroissement du rendement économique. Pour établir l'existence d'une telle activité, il n'est pas nécessaire de savoir si l'intéressé a subjectivement l'intention d'obtenir un gain pour lui-même. Cette intention doit bien plutôt ressortir des circonstances économiques du cas particulier. Le critère essentiel démontrant l'existence d'une activité lucrative réside ainsi dans la concrétisation planifiée d'une volonté correspondante sous la forme d'une prestation de travail, cet élément devant également être établi à satisfaction de droit (ATF 125 V 383 consid. 2a = VSI 2000, p. 52 et les références).

A/3939/2010 - 7/12 - Le revenu locatif provenant d'immeubles appartenant à la fortune commerciale constitue du revenu provenant d'une activité indépendante soumis à cotisations (ATF 134 V 250 consid. 4.3). Les immeubles que les héritiers conservent dans leur fortune en qualité de biens commerciaux servent – à l'image du droit fiscal – à une activité lucrative indépendante au sens de la LAVS, quand bien même l'activité commerciale du défunt n'est pas poursuivie (ATF 134 V 250 consid. 5.2). Le Tribunal fédéral a rappelé que selon l'art. 17 let. c en corrélation avec l'art. 20 al. 3 RAVS, les membres des sociétés en nom collectif, des sociétés en commandite et d'autres collectivités de personnes ayant un but lucratif et ne possédant pas la personnalité juridique sont tenus de payer des cotisations sur la part qui leur revient (dans la mesure où cette part dépasse l'intérêt dont la déduction est autorisée en vertu de l'art. 18 al. 2 RAVS). D'après la jurisprudence, la notion de revenu provenant d'une activité lucrative indépendante, au sens de l'art. 9 LAVS, comprend dès lors aussi le revenu que les membres d'une communauté héréditaire tirent, en tant que titulaires d'une quote-part de la succession, de l'exploitation d'une entreprise appartenant à celle-ci (ATFA 1958 p. 115 consid. 1, 1950 p. 217; RCC 1976 p. 157). Il en va de même des revenus obtenus par les cohéritiers qui, décidés à laisser la succession en propriété commune pour exploiter l'entreprise qu'elle comporte, ont créé une indivision de famille en application des art. 336 ss CC. Que les biens productifs du gain considéré soient échus à un assuré par voie successorale est ainsi sans importance sur le plan de l'obligation de cotiser (cf. aussi ATF 105 V 4). D'autre part, il n'est pas décisif - dans le cadre des dispositions susmentionnées - de savoir quelle est l'activité, réputée lucrative, déployée effectivement par l'assuré en sa qualité de membre de la collectivité de personnes en question. L'obligation de payer des cotisations n'est pas soumise à la condition que l'assuré accomplisse un travail personnel; il suffit que la collectivité à laquelle il appartient vise un but lucratif. L'assuré qui n'a contribué à la réalisation d'un but lucratif commun que par une mise de fonds doit accepter que l'activité déployée le cas échéant par l'associé gérant pour le compte des autres membres de la collectivité lui soit imputée

comme une activité lucrative propre. Ces principes ont été appliqués par le Tribunal fédéral des assurances dans le cas de la société en nom collectif (RCC 1986 p. 483; ATF 114 V 72, consid. 4b; les parts de bénéficiaires attribuées aux commanditaires ne travaillant pas dans l'entreprise constituent un revenu de l'activité lucrative indépendante de l'associé indéfiniment responsable, dans la mesure où il s'agit d'une distribution d'un gain revenant à cet associé (ATF 120 V 20, consid. 3), dans celui de la société en commandite (ATF 105 V 4; RCC 1985 p. 319 et p. 539, 1979 p. 422) et dans l'hypothèse de la société simple (RCC 1984 p. 233, 1981 p. 360, et les arrêts cités); ils doivent l'être aussi lorsque l'assuré est membre d'une indivision de famille, laquelle constitue également - comme les sociétés précitées - une collectivité de personnes sans personnalité juridique (ATF 114 V 72).

A/3939/2010 - 8/12 - Le commanditaire résidant en Suisse d'une société en commandite de droit allemand ("GmbH & Co. KG") domiciliée en Allemagne doit verser des cotisations en tant qu'indépendant sur les revenus qu'il perçoit de la société, peu importe qu'il travaille lui-même dans l'entreprise ou qu'il exerce une influence sur la gestion de celle-ci (ATF 126 V 258, consid. 4.8 et 5).

## **E. 7**

Selon les directives de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) sur les cotisations des travailleurs indépendants (DIN ; état au 1er janvier 2011), la question de savoir dans quelle mesure le revenu obtenu par un assuré constitue le produit d'une activité lucrative ou une autre sorte de revenu doit être élucidée sur la base de l'ensemble des circonstances du cas particulier. La gestion d'immeubles privés n'est en principe pas considérée comme une activité à but lucratif, autant bien entendu que la nature et l'affectation des immeubles ne présentent pas un caractère commercial. Le revenu provient en revanche d'une activité lucrative lorsqu'il résulte du placement, de la jouissance ou de la mise en valeur des biens faisant partie de la fortune commerciale. Le revenu provient aussi d'une activité lucrative lorsqu'il découle du placement, de la jouissance ou de la mise en valeur systématique - débordant le cadre d'une simple gérance de fortune - de biens ou de droits qui ne sont pas formellement qualifiés de fortune commerciale (DIN nos 1080 à 1084). Les directives donnent l'exemple du revenu tiré d'un commerce professionnel d'immeubles, ainsi que le revenu immobilier tiré d'une simple gestion accessoire de la fortune privée, sans activité à but lucratif, ce qui en règle générale est le cas de la location de chambres et d'appartements meublés, particulièrement quand les locataires bénéficient de prestations supplémentaires. Les directives indiquent que les revenus produits par les participations selon l'art. 18b LIFD sont intégralement soumis à cotisations, les autorités fiscales communiquant ces revenus sans correction de calcul. L'art. 18b LIFD dispose que 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, (...).

## **E. 8**

En vertu de l'art. 23 RAVS, les autorités fiscales cantonales se fondent sur la taxation passée en force de l'impôt fédéral direct pour établir le revenu déterminant le calcul des cotisations (al. 1). Les caisses de compensation sont liées par les données des autorités fiscales cantonales (al. 4). Toutefois, le principe selon lequel les caisses de compensation et, dans une certaine mesure, le juge des assurances sociales sont liés par la taxation fiscale entrée

en force, ne s'applique qu'à la fixation du revenu déterminant pour le calcul des cotisations ainsi que du capital propre engagé dans l'entreprise. La force contraignante de la taxation fiscale ne s'étend pas à des questions telles que la nature du revenu déterminant au sens de l'AVS ou le statut de l'assuré sur le plan de l'obligation de cotiser. Elle est donc sans effets sur le

A/3939/2010 - 9/12 - point de savoir si un revenu provient effectivement de l'exercice d'une activité lucrative et, le cas échéant, s'il s'agit d'une activité dépendante ou indépendante. Aussi appartient-il aux caisses de compensation de décider, en se fondant sur la réglementation propre à l'AVS et sans être liées par la communication fiscale, à qui il incombe de payer des cotisations sur le revenu indiqué par l'autorité fiscale (ATF 110 V 86 consid. 4 et 370 consid. 2a, ATF 102 V 31 consid. 3b et les références; ATF 114 V 72). Selon les directives de l'OFAS, les caisses de compensation ne sont pas liées par les communications indiquant des éléments de revenu, qui en vertu de la LAVS, ne font pas partie du revenu provenant d'une activité indépendante. Si la communication fiscale est manifestement erronée, la caisse de compensation prend contact avec l'autorité fiscale compétente. Si celle-ci ne procède à aucune rectification, la caisse n'est pas habilitée à s'écarter de la communication fiscale (DIN nos 1236 et 1237).

## **E. 9**

Dans le cas d'espèce, l'assurée perçoit chaque année depuis plus de vingt ans des revenus des immeubles propriété de la société en commandite dont elle est associée avec ses sœurs et ses cousins. En premier lieu, les extraits de compte produits montrent que les loyers encaissés totalisent 514'000 fr. en 2006 et 597'000 fr. en 2007, soit 85'000 fr. respectivement 99'500 fr. pour l'assurée selon la clef de répartition décrite (une moitié pour chaque branche de la famille, partagée en trois pour la branche de l'assurée), de sorte que le montant déclaré au titre de revenu de la fortune immobilière en 2006 (76'000 fr.) et 2007 (82'000 fr.) semble correspondre à ces parts, après déduction des charges, notamment d'administration par une fiduciaire. Bien que la production des comptes détaillés de la société eût été plus probante, on peut admettre que les revenus immobiliers de l'assurée proviennent exclusivement des loyers des biens immobiliers propriété de la société en commandite. En second lieu, le fait que l'assurée elle-même n'exerce pas d'activité pour la commandite n'est pas déterminant en soi, selon la jurisprudence. Par contre, il est établi au degré de la vraisemblance prépondérante que les autres commanditaires ne déploient pas non plus d'activité dans le cadre de cette société en commandite. Dans le cadre de la jurisprudence citée, c'est le travail d'indépendant de l'un des associés dans l'hôtel qui génère le revenu d'exploitation ensuite réparti entre les commanditaires, de sorte que l'intégralité du gain doit être soumis à l'AVS, au même titre que n'importe quel revenu d'indépendant. Dans le cas d'espèce, la société n'exploite pas une entreprise, dont la part de bénéfice versée à l'un des membres de la famille serait alors soumise à l'AVS, mais elle est propriétaire de biens immobiliers, qui génèrent des revenus. Les immeubles en question ne font pas partie de la fortune commerciale des commanditaires, au sens de la LAVS, dès lors qu'aucun d'entre eux n'exerce effectivement d'activité commerciale dans le cadre de la société, malgré le but inscrit au RC. Il s'avère finalement que les deux cousins de l'assurée sont actifs et rémunérés dans le cadre de la SA appartenant à l'autre branche familiale et pour laquelle l'assurée ne perçoit pas de revenus. La

A/3939/2010 - 10/12 - commandite n'est pas non plus une agence immobilière, active dans la location de logements de vacances meublés, impliquant un service à la clientèle

développé, des prestations accessoires et le travail des commanditaires ou le recrutement de personnel d'agence et de nettoyage, ni une entreprise de rénovation. Les loyers encaissés sont ainsi les revenus d'une fortune immobilière privée et familiale, laquelle est détenue par une société en commandite, forme juridique en principe réservée à l'exploitation d'une fabrique ou d'une autre industrie en la forme commerciale selon l'art 594 CO. Il s'agit toutefois d'un cas limite, et les revenus devraient être soumis à l'AVS si la société en commandite était une entreprise et déployait une activité commerciale, telle l'acquisition et la vente de biens immobiliers, la rénovation, etc. ou si la société anonyme appartenant à l'autre branche de la famille, locataire d'une partie des immeubles propriété de la commandite et déployant une activité commerciale n'était qu'une construction juridique visant à éluder la loi. En troisième lieu, il faut retenir que l'assurée peut subvenir à ses besoins au moyen de ses revenus de salariée et d'indépendante au sens strict (activité paramédicale), lesquels totalisent entre 63'000 fr. et 70'000 fr. par an, ce d'autant plus qu'elle n'a plus d'enfant à charge. Le revenu de ses biens immobiliers n'est donc pas son principal moyen de subsistance. Il s'avère ainsi que si les immeubles en questions étaient détenus par les sept membres de la famille V\_\_\_\_\_ en nom et en copropriété, la part des revenus locatifs perçue par l'assurée ne serait pas soumise à cotisations AVS, ce que la caisse admet. Il découle de ce qui précède que c'est uniquement en raison de la communication fiscale et de la forme de la société en commandite choisie que ces revenus ont été soumis à cotisation AVS, sans tenir compte des spécificités des revenus dégagés. A cet égard, si la caisse ne peut pas s'écarter du montant du revenu retenu par l'administration fiscale pour une activité indépendante au sens de la LAVS, la communication de l'administration fiscale n'est pas contraignante pour déterminer si ce revenu provient d'une activité lucrative au sens de la LAVS. Or, s'il va de soi que ces revenus doivent être soumis à taxation fiscale, ils ne peuvent pas être considérés comme un revenu provenant de l'activité lucrative indépendante de l'assurée, compte tenu des motifs qui précèdent. D'ailleurs, on ne saisit pas pour quels motifs, si ce n'est une erreur, l'administration fiscale considère pour deux années seulement (2006 et 2007) qu'il s'agit d'un bénéfice, mais taxe ce même revenu au titre de rendement d'immeubles loués toutes les autres années, y compris postérieurement. En conséquence, la caisse pouvait et devait s'écarter de la communication fiscale et considérer, comme elle l'a fait toutes les années précédentes, que seul le bénéfice de l'activité effectivement exercée par l'assurée dans le domaine paramédical est un revenu d'activité indépendante soumis à l'AVS.

A/3939/2010 - 11/12 - A défaut, cela reviendrait à considérer que tout revenu de la fortune mobilière et immobilière privée, dont l'importance justifie de mandater une fiduciaire ou un gérant de fortune, devrait être considérée comme un revenu d'indépendant soumis à l'AVS, ce qui n'est à l'évidence pas le but de la loi.

#### **E. 10**

Le recours est donc admis, la décision du 19 octobre 2010 est annulée, en ce sens que le revenu de la société en commandite n'est pas soumis à cotisations AVS. La recourante, qui obtient gain de cause, a droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens, que la Cour fixe en l'espèce à 1'500 fr. (art. 61 let. g LPGA ; art. 89H al. 3 LPA).

A/3939/2010 - 12/12 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme :

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