

# **GE\_GERICHTE ATAS/968/2015 vom 14. Dezember 2015**

GE Cour de justice, 2015-12-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_968\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_968_2015)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/968/2015 du 14 décembre 2015

IT: GE\_GERICHTE ATAS/968/2015 del 14 dicembre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ – RS/GE E 2 05) en vigueur dès le 1er janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, 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). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

a. A teneur de l'art. 1 al. 1 LAVS, les dispositions de la LPGA s'appliquent aux art. 1 à 97 LAVS, à moins que la loi n'y déroge expressément. Toutefois, les modifications légales contenues dans la LPGA constituent, en règle générale, une version formalisée dans la loi de la jurisprudence relative aux notions correspondantes avant l'entrée en vigueur de la LPGA; il n'en découle aucune modification du point de vue de leur contenu, de sorte que la jurisprudence développée à leur propos peut être reprise et appliquée (ATF 130 V 343 consid. 3). b. Sur le plan matériel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 129 V 1 consid. 1; ATF 127 V 466 consid. 1 et les références). En ce qui concerne en revanche la procédure, et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit s'applique sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 71 consid. 6b ; ATF 112 V 356 consid. 4a ; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). En l'espèce, au vu des faits pertinents, à savoir la fixation des cotisations dues pour l'année 2009, la situation du recourant doit être examinée, sur le plan matériel, au regard des dispositions légales applicables dans leur teneur en vigueur en 2009.

### **E. 3**

Aux termes de l'art. 59 LPGA, quiconque est touché par la décision ou la décision sur opposition et a un intérêt digne d'être protégé à ce qu'elle soit annulée ou modifiée a qualité pour recourir.

A/1806/2015 - 8/15 - Le Tribunal fédéral avait considéré, sous l'empire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006 (OJ), que l'intérêt digne de protection déterminant la qualité pour recourir devant la juridiction cantonale (des assurances sociales) devait être examiné selon les principes découlant de l'art. 103 let. a aOJ (ATF 130 V 388 consid. 2.2 et les références). Les conditions posées par cette disposition pour fonder la qualité pour interjeter recours ont été reprises en substance par l'art. 89 al. 1 de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF ; RS 173.110). On peut dès lors sans autre se fonder sur la jurisprudence rendue sous l'empire de l'ancienne législation.

Constitue un intérêt digne de protection, au sens de ces dispositions, tout intérêt pratique ou juridique à demander la modification ou l'annulation de la décision attaquée que peut faire valoir une personne atteinte par cette dernière. L'intérêt digne de protection consiste ainsi en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait. Le recourant doit pouvoir se prévaloir d'un intérêt direct et concret, ou du moins se trouver dans un rapport particulier et spécialement étroit avec l'objet du litige ; tel n'est pas le cas de celui qui n'est atteint que de manière indirecte ou médiate (ATF 131 V 298 consid. 3 et les références). En l'occurrence, il ne fait aucun doute que le recourant, destinataire de la décision litigieuse, est particulièrement touché par cette dernière et dispose d'un intérêt actuel et digne de protection à ce que celle-ci soit modifiée. En revanche, la recourante n'est pas directement touchée par la décision de l'intimée, étant rappelé que seul son époux a été affilié d'office et sommé de payer des cotisations sociales en qualité d'indépendant. Partant, en tant que le recours a été interjeté par l'épouse du recourant, il doit être déclaré irrecevable.

#### **E. 4**

Interjeté dans les formes et délai prévus par la loi, le recours interjeté par l'intéressé le 28 mai 2015 contre la décision sur opposition du 28 avril 2015 est recevable (art. 38 et 56 à 61 LPGA ; art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA-RS/GE E 5 10]).

#### **E. 5**

Le litige porte sur le point de savoir si c'est à juste titre que l'intimée a affilié d'office le recourant au motif que ce dernier avait exercé en 2009 une activité lucrative indépendante. Il s'agit en particulier de déterminer si les revenus locatifs réalisés par le recourant en 2009 doivent être considérés comme le revenu d'une activité lucrative indépendante, étant relevé que les montants retenus par l'intimée ne sont pas contestés en tant que tels.

#### **E. 6**

a. Sont assurées conformément à la loi, les personnes physiques domiciliées en Suisse (art. 1a al. 1 let. a LAVS). Les assurés sont tenus de payer des cotisations tant qu'ils exercent une activité lucrative (art. 3 al. 1 LAVS). b. En vertu de 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 – et, dès lors, soumis à

A/1806/2015 - 9/15 - cotisations AVS – notamment 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. Cette disposition reprend les termes de l'art. 18 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct du 14 décembre 1990 (LIFD ; RS 642.11) et renvoie à l'art. 18 al. 2 LIFD pour ce qui est des bénéfices en capital et des bénéfices réalisés lors du transfert d'éléments de fortune et à l'art. 18 al. 4 LIFD pour les bénéfices provenant de l'aliénation d'immeubles agricoles ou sylvicoles. L'art. 17 RAVS formalise une harmonisation entre le droit de l'AVS et le droit fiscal sur la notion de revenu d'une activité indépendante. Ainsi, tous les revenus d'une activité indépendante soumis à l'impôt fédéral direct sont en principe également soumis à cotisations. c. Dans ce cadre, l'art. 9 al. 3 LAVS, en relation avec l'art. 23 RAVS, prévoit que le revenu provenant d'une activité indépendante et le capital propre engagé dans

l'entreprise sont déterminés 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 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). Il s'ensuit que les caisses de compensation, sans être liées par la communication fiscale, doivent déterminer si le revenu dont l'autorité fiscale a fait état est soumis à cotisations au regard du droit de l'AVS. Cela vaut notamment lorsqu'il s'agit d'attribuer un bien à la fortune privée ou à la fortune commerciale d'une personne, étant donné que cette question est souvent sans importance d'un point de vue fiscal, et que dès lors la communication fiscale ne constitue pas une source fiable en la matière (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_551/2008 du 16 janvier 2009 consid. 2.3). 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). d. Selon l'art. 22 RAVS, les cotisations portant sur le revenu provenant d'une activité indépendante sont fixées pour chaque année de cotisation. L'année de cotisation correspond à l'année civile (al. 1). 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 (al. 2). Conformément à l'art. 24 al. 1 LPGA, le droit à des prestations ou à des cotisations arriérées s'éteint cinq ans après la fin du mois pour lequel la prestation était due et cinq ans après la fin de l'année civile pour laquelle la cotisation devait être payée.

A/1806/2015 - 10/15 - A teneur de l'art. 16 al. 1 LAVS, 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. S'il s'agit de cotisations visées aux art. 6 al. 1, 8 al. 1 et 10 al. 1, le délai n'échoit toutefois, en dérogation à l'art. 24 al. 1 LPGA, qu'un an après la fin de l'année civile au cours de laquelle la taxation fiscale déterminante est entrée en force.

## **E. 7**

a. Le concept d'« activité lucrative indépendante » est une notion de droit fiscal qui comprend toute activité par laquelle un entrepreneur participe à la vie économique à ses propres risques, avec l'engagement de travail et de capital, selon une organisation librement choisie, et avec l'intention de réaliser un bénéfice (ATF 121 I 259 consid. 3 ; RDAF 1999 II 385 consid. 5b). L'existence d'une activité lucrative indépendante a également été admise alors que le contribuable n'apparaissait pas sur le marché et qu'il n'y avait pas d'exploitation d'une entreprise commerciale, industrielle ou artisanale (ATF 122 II 446 consid. 5 ; RDAF 1999 II 385 consid. 5b). La notion d'activité lucrative indépendante au sens de l'art. 18 LIFD est plus large que celle de l'entreprise, du commerce ou de l'activité professionnelle, qui présupposent une unité organisée de travail et de capital (RDAF 1999 II 385 consid. 5b.). Cette notion s'interprète 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 (ATF 125 II 113 consid. 6c/bb ; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_162/2014 du 31 juillet 2014 consid. 3.2). b. C'est avant tout en lien avec les transactions effectuées par les particuliers sur des immeubles ou sur des titres que la jurisprudence a été amenée à dégager des critères permettant de tracer la limite entre les gains (privés) en capital et les bénéfiques (commerciaux) en capital (arrêt du Tribunal fédéral 2C\_893/2008 du 10 août 2009 consid. 2.2). Elle 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 volonté d'augmenter son capital ou de rechercher de manière plus active des gains en bénéficiant du développement du marché immobilier, la fréquence élevée des transactions, la courte durée de possession des biens avant leur (re) vente, la

A/1806/2015 - 11/15 - 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 (ATF 125 II 113 consid. 3c et 6a; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_893/2008 du 10 août 2009 consid. 2.2). Le fait que certains éléments typiques d'une activité lucrative indépendante soient absents dans un cas d'espèce peut être compensé par la présence particulièrement marquée d'autres éléments. Est déterminant le fait que l'activité paraisse dans son ensemble orientée vers l'obtention d'un gain (ATF 125 II 113 consid. 3c ; RDAF 2003 II p. 604 consid. 2.4 et les références). c. La simple gestion de fortune privée ne constitue pas une activité indépendante au sens des art. 9 al. 1 LAVS et 17 RAVS, de sorte que le revenu du capital net qui en résulte n'est pas soumis à cotisation. Il en va de même des gains provenant de la fortune privée qui ont été réalisés en tirant profit d'une occasion qui se présentait par hasard. En revanche, les gains en capital résultant de la vente ou de la réalisation d'éléments du patrimoine privé, tels que titres ou immeubles, constituent des revenus provenant d'une activité lucrative indépendante même pour des entreprises (individuelles) non astreintes à tenir une comptabilité si et dans la mesure où ils reposent sur une activité commerciale exercée à titre professionnel (ATF 134 V 250 consid. 3.1; ATF 125 V 383 consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_453/2008 du 28 novembre 2008). Le revenu locatif provenant d'immeubles appartenant à la fortune commerciale constitue également un revenu provenant d'une activité indépendante qui est soumis à cotisations AVS. S'il est établi que les immeubles appartiennent à la fortune commerciale, il n'est pas nécessaire d'examiner en plus si la location constitue ou non une activité indépendante. La réponse à cette question découle déjà de l'affectation des immeubles à la fortune commerciale (ATF 134 V 250 consid. 4.3). 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. Elle dépend de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce.

Est décisive la fonction économique de la valeur patrimoniale en question; on considère qu'un bien est attribué à la fortune commerciale lorsqu'il sert effectivement à l'activité commerciale (arrêt du Tribunal fédéral 2A.44/2006 du 17 novembre 2006 consid. 2.2). Constituent également des indices les circonstances de l'acquisition du bien, le motif de son aliénation, la manière dont il est

A/1806/2015 - 12/15 - effectivement utilisé, l'activité professionnelle de son propriétaire, l'origine des fonds utilisés pour son financement, son traitement comptable, ou encore la manière dont le droit de propriété est réglé sur le plan civil. S'agissant d'un immeuble, peuvent jouer un rôle la nature de l'inscription au registre foncier et la question de savoir s'il garantit un crédit commercial ou si, compte tenu de toutes les circonstances, il occupe une fonction de réserve (arrêt du Tribunal fédéral 2A.44/2006 du 17 novembre 2006 consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 2A.677/2004 du 3 novembre 2005 consid. 2.2). En revanche, la location de ses propres immeubles relève en règle générale de l'administration de la fortune privée. Ainsi, la location d'immeubles d'habitation ressortit à l'administration de la fortune privée même si le propriétaire est chargé d'entretenir les appartements, de chercher de nouveaux locataires et de veiller à la bonne exécution des contrats de location. Tel est encore le cas même si les immeubles à administrer nécessitent la tenue d'une comptabilité et que les locataires font un usage commercial de l'immeuble loué ou que le propriétaire de l'immeuble en cause participe ou est intéressé aux activités commerciales du locataire (arrêt du Tribunal fédéral 2P.317/2005 du 3 avril 2006 consid. 2.2 et les références citées). La volonté d'un contribuable, telle qu'elle se manifeste dans sa façon de passer ses écritures comptables (inscription du bien dans les actifs commerciaux ou au contraire distraction du bien de ces actifs), est généralement un indice important pour l'attribution fiscale d'un bien (ATF 109 V 161 consid. 4b; RCC 1981 p. 325 consid. 2b et les arrêts cités).

#### **E. 8**

En l'espèce, la chambre de céans est tenue d'examiner au préalable, d'office, si la perception de cotisations personnelles pour l'année 2009 n'est pas frappée de péremption. En rendant sa décision le 20 novembre 2014, l'intimée a manifestement agi en temps utile, soit dans le délai de cinq ans après la fin de l'année civile pour laquelle les cotisations relatives à l'année 2009 devaient être payées.

#### **E. 9**

Il ressort de la déclaration fiscale 2009 des époux que le recourant s'est lui-même annoncé comme indépendant et a déclaré des immeubles commerciaux. Il soutient que sa déclaration fiscale a été erronément remplie par sa fiduciaire. Une telle argumentation ne convainc pas, et ce pour plusieurs raisons. D'une part, le recourant a produit des bilans complets de ses pertes et profits pour ses « affaires immobilières ». En outre, les immeubles « locatifs ou loués » privés, soit l'appartement à Vernier (V \_\_\_\_\_), les biens à I \_\_\_\_\_ (chemin de la K \_\_\_\_\_) et le garage à Versoix sont très clairement distingués des « immeubles commerciaux, industriels », lesquels comprennent les immeubles aux \_\_\_\_\_ avenue de D \_\_\_\_\_ et au \_\_\_\_\_ avenue C \_\_\_\_\_. Les époux ont d'ailleurs bénéficié d'une déduction pour les passifs commerciaux liés à l'activité lucrative indépendante de presque 8 millions. De surcroît, le recourant n'a jamais contesté le statut ainsi retenu par l'administration fiscale.

A/1806/2015 - 13/15 - Il sied dès lors de conclure que les immeubles en question font bien partie de la fortune commerciale du recourant. Par conséquent, le fait que ce dernier en ait

confié la gestion à une régie importe peu. Pour ce motif déjà, la décision litigieuse devra être confirmée.

#### **E. 10**

Par surabondance, la chambre de céans relèvera encore que le recourant a développé une activité indépendante qui dans son ensemble est orientée sur l'obtention d'un bénéfice.

#### **E. 11**

Elle rappellera notamment que l'intéressé a acheté en 1997 et 1998 un immeuble situé au \_\_\_\_\_ avenue C \_\_\_\_\_, achat financé par un investissement de fonds propres provenant de son épargne à hauteur de CHF 200'000.- à CHF 300'000.- et une dette de 1,4 millions. L'immeuble a rapidement été inoccupé et le recourant a entrepris des procédures en vue de sa surélévation, laquelle n'a toutefois pas abouti, ainsi que d'importants travaux de rénovation confiés au promoteur. L'immeuble est demeuré vacant durant une très longue période et a été loué en surface commerciale dès le 1er janvier 2014. En 1999, le recourant a vendu les actions de sa banque pour un montant de 15 à 20 millions. Il a continué son activité professionnelle en qualité de directeur exécutif jusqu'en 2003, époque à laquelle il a investi une partie du produit de cette vente dans des immeubles. Il a ainsi acquis en 2003 l'immeuble sis \_\_\_\_\_ avenue de D \_\_\_\_\_, lequel comprend les numéros \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, dont le recourant est l'unique propriétaire. Selon ses déclarations, il a investi 4,7 millions de fonds propres et s'est endetté à hauteur de 6,7 millions. En 2005, il a encore acheté l'immeuble situé au \_\_\_\_\_ avenue C \_\_\_\_\_ qu'il a donné à son fils. Il appert ainsi que le recourant a fait usage de crédits importants puisqu'il s'est endetté à près de 80% lors de l'achat du \_\_\_\_\_ avenue C \_\_\_\_\_ et à près de 60% lors de l'achat des immeubles aux \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ et \_\_\_\_\_ de l'avenue de D \_\_\_\_\_. En outre, le fait d'acheter un immeuble dans l'espoir de le surélever, et par conséquent d'en tirer un profit plus important, et de procéder à des travaux de rénovation qui ont nécessité une longue période d'inoccupation dénote une volonté d'augmenter son capital et de rechercher d'une manière plus active des gains, en comptant avec une évolution favorable du marché immobilier. Cette manière de procéder s'apparente à celle d'un professionnel de l'immobilier. Au demeurant, on peut ajouter qu'au regard du nombre d'immeubles dont il est question et de la somme des loyers (bruts) réalisés en 2009 (CHF 950'366.- pour l'avenue de D \_\_\_\_\_, étant rappelé que l'immeuble au \_\_\_\_\_ avenue C \_\_\_\_\_ était alors inoccupé), l'activité liée à la location dépasse en tant que telle le cadre de ce qui peut être considéré comme de la simple gestion de fortune. C'est également le lieu de rappeler que depuis la cessation de ses activités pour son ancienne banque, le recourant participe à de nombreuses sociétés, dont certaines sont actives dans le domaine immobilier à l'instar de P \_\_\_\_\_ SA qui a notamment pour but l'achat, la vente, l'administration et la gestion et détention de biens et participations, ou encore de Q \_\_\_\_\_ qui offre des conseils, services et prestations A/1806/2015 - 14/15 - dans le domaine immobilier et de N \_\_\_\_\_ SA, active dans des opérations financières ainsi que des travaux se rapportant à l'entretien d'immeubles (cf. extraits du Registre du commerce du canton de Genève). De plus, P \_\_\_\_\_ SA, dont le recourant et son fils sont actionnaires depuis 2008 à 100%, détient un immeuble, tout comme Q \_\_\_\_\_ depuis 2015. Le recourant a déclaré que son épouse n'était actionnaire d'aucune de ces sociétés, omettant de préciser qu'elle est administratrice, avec signature individuelle, d'au moins deux sociétés domiciliées à leur adresse privée, à savoir W \_\_\_\_\_ SA et X \_\_\_\_\_ SA, cette dernière participant notamment « dans des entreprises et détention

de bien ». Il apparaît dès lors que le recourant, après avoir mis un terme à son activité dans la gestion de fortune, s'est montré de plus en plus actif dans le domaine immobilier. Son activité dépasse clairement le cadre de la simple gestion de fortune privée exempte de cotisations. L'absence de toute intention quant à la revente des immeubles en question et le fait de les avoir acquis seul ne permet pas de s'écarter de cette solution.

**E. 12**

Force est de constater, au vu de ce qui précède, que l'argumentation du recourant n'est pas suffisante pour s'écarter de la qualification retenue par les autorités fiscales et pour mettre en doute l'exactitude des communications fiscales sur lesquelles s'est fondée l'intimée.

**E. 13**

Mal fondé, le recours de l'intéressé est rejeté.

**E. 14**

La procédure est gratuite (cf. art. 61 let. a LPGA ; art. 89H LPA).

A/1806/2015 - 15/15 - 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.