

GE_GERICHTE A/975/2015 vom 16. März 2016

GE Cour de justice, 2016-03-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_975_2015

FR: GE_GERICHTE A/975/2015 du 16 mars 2016

IT: GE_GERICHTE A/975/2015 del 16 marzo 2016

Erwägungen

E. 4

ème Chambre En la cause Monsieur A_____, domicilié à VESSY représenté par Conseil fiscal et juridique B_____ recourant contre CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, sise rue des Gares 125, GENÈVE intimée EN FAIT 1. Le 3 novembre 2014, l'administration fiscale cantonale genevoise (ci-après : AFCG) a transmis à la caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la caisse) une communication fiscale indiquant qu'elle avait retenu pour l'année 2009 un revenu de l'activité indépendante de Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré), né en 1949, à hauteur de CHF 2'931'884.-. Par courrier du 3 novembre 2014, la caisse a informé l'assuré qu'à la suite de la communication spontanée de l'AFCG, elle a constaté qu'il réalisait des revenus dans le domaine de l'immobilier qui n'étaient pas déclarés auprès d'une caisse AVS. Par conséquent, elle l'affiliait en tant que personne de condition indépendante dès le 1 er janvier 2009. Le 3 novembre 2014, la caisse a notifié à l'assuré une décision de cotisations personnelles AVS/AI/APG, assurance-maternité et allocations familiales pour personnes exerçant une activité indépendante valable pour l'année 2009. Elle a pris en considération un revenu net de CHF 2'931'884.- et a fixé les cotisations à hauteur de CHF 248'384.95, frais d'administration compris. Le même jour elle a réclamé à l'assuré des intérêts à 5% sur les cotisations arriérées perçues pour l'année 2009, à savoir CHF 60'129.85 pour la période du 1 er janvier 2010 au 3 novembre 2014. Par facture finale du 3 novembre 2014, elle a réclamé à l'assuré le paiement de CHF 308'514.80. Le 17 novembre 2014, l'AFCG a transmis à la caisse une communication fiscale suivant laquelle, le 3 septembre 2014, dans le cadre de l'estimation de l'assiette de l'impôt fédéral direct pour l'année 2010, elle avait retenu un revenu de l'activité indépendante de l'assuré de CHF 3'129'896.- et un capital propre investi dans l'entreprise de CHF 26'591'400.-. Le détail des activités indépendantes était transmis par courrier du même jour. Par courrier du 17 novembre 2014 adressé à la caisse, le taxateur de l'AFCG a indiqué que pour la taxation 2010, l'assuré avait cinq activités indépendantes dans l'immobilier, à savoir quatre dans le canton de Genève (Carouge, Grand-Saconnex, Meyrin et Vernier) et une à Nyon (B : 1_____ C : 2_____). Le 26 novembre 2014, la caisse a notifié à l'assuré une décision de cotisations personnelles AVS/AI/APG, assurance-maternité et allocations familiales pour personnes exerçant une activité indépendante valable pour l'année 2010. Elle a pris en considération un revenu net de CHF 3'129'896.- et a fixé les cotisations à hauteur de CHF 290'530.50, frais d'administration compris. Le même jour elle a réclamé à l'assuré des intérêts à 5% sur les cotisations arriérées perçues pour l'année 2010, à savoir CHF 56'734.15 pour la période du 1 er janvier 2011 au 26 novembre 2014. Par facture finale du 26 novembre 2014, elle a réclamé à l'assuré le paiement de CHF 347'264.65. Le 26 novembre 2014, l'assuré a formé opposition aux

décisions de cotisations personnelles pour indépendant - années 2009 et 2014, notifiées le « 6 novembre 2014 ». Il a contesté que les revenus vaudois soient commerciaux et a allégué qu'ils étaient privés. Il a également contesté la perception d'intérêts moratoires sur la totalité du revenu dès lors qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte des revenus vaudois. Il a relevé que lesdits intérêts moratoires représentaient plus de 20% des cotisations depuis 2010, alors qu'il n'avait pas pu placer ses liquidités à un taux de 5% par an. Il a requis l'annulation des décisions et une remise des intérêts, même partielle.![endif]>![if> 7. Le 9 décembre 2014, l'assuré a également formé opposition contre la décision de cotisations personnelles pour indépendant - année 2010 notifiée le 29 novembre 2014. Il a invoqué les mêmes arguments et pris les mêmes conclusions que dans son opposition précédente.![endif]>![if> 8. Par décision du 26 février 2015, la caisse a rejeté les oppositions. Elle a considéré avoir affilié à juste titre l'assuré compte tenu des revenus provenant d'une activité lucrative qui n'avaient pas fait l'objet de l'assujettissement aux cotisations sociales usuelles. Les caisses de compensation étaient liées par les communications fiscales pour la détermination du revenu provenant d'une activité indépendante. Par conséquent, si l'assuré persistait à contester les chiffres communiqués par l'AFCG, il lui appartenait de s'adresser à cette dernière. L'AVS ne faisant aucune « différenciation » entre une activité privée et une activité professionnelle quant aux revenus d'une activité lucrative, ces derniers devaient être assujettis aux cotisations sociales usuelles. Les intérêts moratoires étaient dus puisque les cotisations personnelles pour les années 2009 et 2010 n'avaient pas été versées pendant les années de cotisations en cause et que lesdits intérêts devaient être payés indépendamment de toute faute et malgré la bonne foi de l'affilié. Par conséquent, elle ne pouvait en aucun cas renoncer à la perception d'intérêts moratoires.![endif]>![if> 9. Par acte du 23 mars 2015, l'assuré, par l'intermédiaire de sa mandataire, a formé recours contre ladite décision. Il conclut, sous suite de dépens, au renvoi de la cause à l'intimée pour nouvelles décisions de cotisations 2009 et 2010 ne prenant en considération que les revenus genevois. S'agissant de la décision de cotisations pour la période 2009, il précise qu'elle porte sur un revenu de CHF 2'931'884.- dont CHF 2'531'384.- ont été réalisés dans le canton de Genève et CHF 350'500.- dans le canton de Vaud. Il ne conteste pas son affiliation pour l'activité lucrative déployée à Genève. Il ne conteste pas davantage que l'intimée est liée par les communications fiscales, mais relève que l'AFCG n'a retenu comme assiette imposable que l'activité exercée dans le canton de Genève et n'a pris en considération les revenus vaudois que pour fixer le taux. Il précise que seul le canton de Vaud est en droit d'imposer les revenus liés à un immeuble sis sur son territoire. Par conséquent, il n'a pas de raison de contester les décisions de taxation fiscale genevoise. Il relève que jusqu'à présent les caisses de compensation n'ont jamais soumis à cotisations les rendements immobiliers qu'un particulier obtient lors de la location de ses immeubles, sauf si l'autorité fiscale a considéré que ces revenus ont un caractère professionnel. En l'occurrence, l'autorité fiscale cantonale vaudoise (ci-après : AFCV) a retenu qu'il s'agissait de revenus privés.![endif]>![if> 10. Dans sa réponse du 22 avril 2015, l'intimée a conclu au rejet du recours. Elle a précisé que selon les directives sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative (DIN), les personnes domiciliées en Suisse doivent acquitter leurs cotisations sur l'ensemble du revenu acquis en Suisse. Aussi, le fait qu'une partie du revenu soit réalisée dans le canton de Vaud n'a aucune incidence sur l'obligation du recourant de payer ses cotisations à Genève. De plus, toujours selon les directives, devait être soumis à cotisation le revenu tiré d'une simple gestion accessoire de la fortune privée, ce qui était

généralement le cas de la location de chambres et d'appartements meublés. Sans connaître précisément les détails de l'activité exercée par le recourant, elle pouvait objectivement considérer qu'un revenu de CHF 900'000.- sur deux ans était celui d'une activité commerciale.!

11. Le 1^{er} juillet 2015, s'est tenue une audience de comparution personnelle des parties.!

Le recourant a déclaré qu'on lui réclamait pour la première fois des cotisations AVS sur les revenus d'immeuble. Il était commerçant automobile de profession et travaillait encore à 50%. Il était propriétaire des immeubles dans les cantons de Genève et Vaud. Dans le canton de Vaud, il était copropriétaire d'un immeuble avec son frère à raison de la moitié. Cet immeuble exploitait un garage. A Genève, il était seul propriétaire des immeubles qui appartenaient en fait à la société C_____ dont il était propriétaire et qui avait été créée fin 2013 pour les immeubles de Genève. Ces immeubles étaient également ceux destinés à l'exploitation des garages. Chaque garage était une société anonyme qui payait un loyer. Avant 2013, il avait déclaré au fisc ces revenus immobiliers à ce titre. Il ne contestait pas l'affiliation et la taxation AVS pour les immeubles genevois. En revanche, pour ce qui est du canton de Vaud, l'AFCV avait toujours considéré les revenus immobiliers comme étant de la fortune privée. Elle n'avait jamais communiqué ces revenus à la caisse de compensation. Les revenus communiqués par le fisc pour le canton de Vaud constituaient sa part et il s'agissait de revenus nets. L'AFCV n'avait pas voulu faire de différence entre son frère et lui. A Nyon, il détenait toujours un immeuble en son nom propre qu'il possédait depuis une quinzaine d'années. C'est son frère qui travaillait à Nyon. Ils avaient acheté le terrain, ensuite construit l'immeuble et créé la société A_____ et A_____ à Nyon (recte : Garage de A_____ et A_____ SA; ci-après : la société anonyme) qui exploitait ce garage. Pour sa part, il était président du conseil d'administration de la société et il percevait des revenus d'administrateur de ladite société. Il a estimé qu'il ne s'agissait pas d'une activité indépendante car il ne gérait rien du tout. Il s'est engagé à communiquer copie du courrier de l'AFCV qui considérait les revenus réalisés à Nyon comme étant de la fortune privée. Sur quoi, la chambre de céans a accordé un délai au recourant pour produire l'avis fiscal concernant l'immeuble de Nyon, de même que ses déclarations fiscales genevoises pour les années en question.

12. Dans son écriture du 22 juillet 2015, l'intimée a indiqué avoir pris contact téléphoniquement avec l'AFCV qui a déclaré s'être alignée sur la répartition intercantonale établie par l'AFCG pour les taxations fiscales 2009 et 2010, que les chiffres que lui avait communiqués l'AFCG correspondaient à ceux retenus par l'AFCV pour les périodes précitées, que le taxateur genevois estimait que l'ensemble des revenus provenant de la location « des garages situés sur le territoire du canton de Vaud » faisait partie des revenus du recourant et en aucun cas de sa fortune. Il ressortait également des pièces remises par le taxateur genevois à l'AFCV pour fonder les taxations concernant le volet fiscal vaudois, qu'il n'existait aucune contradiction entre les chiffres genevois et vaudois quant aux revenus réalisés par le recourant en 2009 et 2010.!

L'intimée a produit diverses pièces. Selon l'avis de taxation de l'AFCG du 1^{er} mars 2013 concernant l'année 2009, le bénéfice net du recourant s'élevait au total à CHF 2'931'884.-, soit CHF 2'581'384.- à Veyrier et CHF 350'500.- à Nyon. Selon l'avis de taxation de l'AFCG du 3 septembre 2014 concernant l'année 2010, le bénéfice net du recourant s'élevait au total à CHF 3'129'896.-, soit CHF 2'578'710.- à Veyrier et CHF 551'186.- à Nyon.

13. Le 27 juillet 2015, le recourant a produit dans la procédure la décision de taxation 2006 de l'AFCV, la décision sur réclamation de l'AFCV du 10 mai 2006 concernant son frère, l'arrêt du Tribunal fédéral du 3 avril 2006 (2P.317/2005) concernant son frère ainsi que ses

déclarations fiscales genevoises 2009 et 2010. Il a observé que l'AFCV avait attribué tous les biens immobiliers à sa fortune privée. Dans son arrêt du 3 avril 2006, le Tribunal fédéral a précisé que le frère du recourant est ingénieur en génie civil. Le 6 mars 1992, celui-ci et le recourant avaient acquis en société simple chacun pour moitié un terrain à Nyon sur lequel ils avaient construit un bâtiment abritant le garage exploité par la société anonyme, dont ils étaient actionnaires. Le compte d'exploitation de l'immeuble indiquait des frais d'administration et de régie de montants modestes. Dans ces conditions, en acquérant le terrain et en y érigeant un bâtiment, le frère du recourant avait simplement administré sa fortune privée, ce qui conduisait à refuser les amortissements litigieux en matière d'impôts fédéral, cantonal et communal. L'opération avait été financée à plus de 80% par des fonds étrangers, prêtés par les banques et par la société anonyme. L'immeuble comprenait en outre six autres locaux loués à diverses sociétés et entreprises commerciales, ainsi que deux appartements, des bureaux et une trentaine de places de parc également loués à des tiers. Le 6 août 1992, le frère du recourant avait inscrit sa raison individuelle au registre du commerce de Nyon (ci-après : RC) comme consultant en génie civil et architecture, mais avait cessé cette activité indépendante le 1^{er} février 1993. Avec sa déclaration d'impôt pour la période fiscale 1995/1996, le frère du recourant avait notamment produit le bilan et les comptes d'exploitation de l'immeuble pour l'exercice 1994, dans lesquels était comptabilisé un amortissement « constant » sur immeuble de 4%, soit CHF 378'806.-. Cet exercice s'était clos sur une perte de CHF 327'158.96. Dans la déclaration d'impôt, il avait inscrit une perte de CHF 173'191.- résultant de la société simple qu'il forme avec le recourant. Il en avait fait de même pour la période fiscale 1997/1998. Par décisions de taxation de l'impôt fédéral direct et de l'impôt cantonal du 19 octobre 1998, la commission d'impôt de Nyon avait refusé la charge d'amortissement portée aux comptes de pertes et profits des exercices 1994, 1995 et 1996 de la société simple. À la suite du rejet par l'AFCV de la réclamation qu'il avait formée contre sa taxation, le frère du recourant avait recouru auprès du Tribunal administratif du canton de Vaud qui avait rejeté le recours. Il avait retenu que la société simple n'était pas inscrite au RC. Le frère du recourant tirait son revenu principal de son activité de directeur du garage bien qu'il possédât une formation d'ingénieur civil et fût personnellement inscrit au RC en qualité de consultant en génie civil et architecture. Selon le Tribunal fédéral, la gestion de l'immeuble faisait l'objet d'une comptabilité. Toutefois, les frais d'administration de l'immeuble étaient relativement modestes (CHF 2'656.90 pour l'exercice 1995 et CHF 3'791.15 pour l'exercice 1996). Dans ces circonstances, l'opération consistant à acquérir un terrain en société simple, à y construire un immeuble pour le louer à la société anonyme dont les associés étaient actionnaires et à d'autres locataires privés et commerciaux ressortait à la gestion du patrimoine privé. Enfin, il n'était nullement établi que le frère du recourant eût par ailleurs exercé une activité indépendante à laquelle se rattacherait la gestion de l'immeuble. Par conséquent, le Tribunal administratif avait refusé à bon droit la déduction d'amortissements sur l'immeuble en cause, qui faisait partie de la fortune privée du frère du recourant. Dans sa décision sur réclamation du 10 mai 2006 concernant le frère du recourant et les périodes fiscales 1999-2000 et 2001-2002, l'AFCV a refusé les amortissements opérés par ce dernier sur l'immeuble de Nyon. Elle a observé que l'office d'impôt de Nyon (ci-après : OIN) avait admis ces amortissements vis-à-vis du recourant par erreur, en se basant sur les répartitions intercantionales établies par l'AF CG. Dans sa décision de taxation du 12 juin 2008 concernant la période fiscale 2006, l'OIN a taxé le recourant en fonction d'un revenu de l'activité principale salariée et d'immeubles privés. Il a expressément précisé que le bien immobilier en association avec son frère faisait

partie de sa fortune privée. Par conséquent, les amortissements n'étaient pas admis. Il appliquait le même principe pour les immeubles de Genève et communiquait ce jour à l'AFCG la répartition intercantonale vaudoise. Dans ses déclarations fiscales genevoises 2009 et 2010, le recourant n'a pas mentionné l'immeuble de Nyon sous la rubrique « immeubles loués ». Il a déclaré comme activités indépendantes une raison individuelle A_____ à Veyrier active dans l'immobilier et une société simple C_____ et D_____ A_____ à Nyon, le genre d'activité étant « garage/immeuble ». S'agissant de l'activité de Nyon, il a fait état d'un résultat de l'exercice de CHF 350'500.26 en 2009, respectivement CHF 551'185.39 en 2010. Il a joint la situation comptable aux 31 décembre 2009 et 2010 de l'immeuble de Nyon. Celle-ci comptabilisait dans les actifs un compte de gérance de CHF 35'486.55 en 2009, respectivement CHF 45'448.55 en 2010. Selon les comptes de pertes et profits 2009 et 2010 pour l'immeuble de Nyon, les produits étaient notamment constitués de loyers à raison de CHF 1'662'522.70 en 2009, respectivement CHF 2'047'440.36 en 2010 ainsi que de frais administratifs et de régie de CHF 39'863.20 en 2009, respectivement CHF 35'853.93 en 2010. Selon la feuille complémentaire concernant la répartition des éléments imposables en 2009 et 2010, l'immeuble de Nyon n'apparaissait ni dans la fortune du recourant, ni dans son revenu.

14. Dans sa détermination du 24 septembre 2015, l'intimée a observé que la qualification en matière fiscale des revenus obtenus par le recourant dans le cadre de ses diverses activités n'influençait pas de manière directe la qualification de ceux-ci dans le cadre de l'assujettissement à l'AVS. Le droit de l'AVS réglait de manière autonome les cas dans lesquels la location d'immeuble était une activité dont les revenus devaient être soumis aux cotisations AVS. Elle considérait que les revenus obtenus par le recourant dans le cadre de la location d'immeubles étaient liés aux activités commerciales de ses sociétés exploitant les garages. Admettre le contraire permettrait de constituer des sociétés anonymes et de leur louer ses propres locaux pour échapper à l'assujettissement de ses revenus à l'AVS. Elle a persisté dans ses conclusions précédentes.

15. Le 28 septembre 2015, la chambre de céans a communiqué cette écriture au recourant et, sur ce, a gardé la cause à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur dès le 1^{er} 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.

2. À 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).

3. Le délai de recours est de 30 jours (art. 56 LPGA; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]). Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss LPA).

4. L'objet du litige dans la procédure administrative subséquente est le rapport juridique qui – dans le cadre de l'objet de la contestation déterminé par la décision – constitue, d'après les conclusions du recours, l'objet de la décision effectivement attaquée.

D'après cette définition, l'objet de la contestation et l'objet du litige sont identiques lorsque la décision administrative est attaquée dans son ensemble. En revanche, lorsque le recours ne porte que sur une partie des rapports juridiques déterminés par la décision, les rapports juridiques non contestés sont certes compris dans l'objet de la contestation, mais non pas dans l'objet du litige (ATF 131 V 164 consid. 2.1; ATF 125 V 413 consid. 1b et 2 et les références citées). Les questions qui – bien qu'elles soient visées par la décision administrative, et fassent ainsi partie de l'objet de la contestation – ne sont plus litigieuses, d'après les conclusions du recours, et qui ne sont donc pas comprises dans l'objet du litige, ne sont examinées par le juge que s'il existe un rapport de connexité étroite entre les points non contestés et l'objet du litige (ATF 122 V 242 consid. 2a et ATF 117 V 294 consid. 2a; voir aussi ATF 122 V 34 consid. 2a). En l'espèce, par décisions des 3 et 26 novembre 2014 confirmées par décision sur opposition du 26 février 2015 - qui détermine l'objet de la contestation -, l'intimée a fixé les cotisations personnelles dues par le recourant pour les années 2009 et 2010 sur la base d'un revenu déterminant de CHF 2'931'884 en 2009 et CHF 3'129'896.- en 2010 prenant en compte cinq activités indépendantes, soit quatre dans le canton de Genève et une à Nyon. Elle lui a également réclamé des intérêts à 5% sur les cotisations arriérées 2009 et 2010. Dans son recours, le recourant ne conteste plus la perception d'intérêts moratoires sur les arriérés de cotisations, mais uniquement la prise en compte de son revenu immobilier vaudois pour fixer les cotisations dues. Par conséquent, le litige porte sur les cotisations personnelles dues par le recourant pour les années 2009 et 2010, plus particulièrement sur le montant du revenu déterminant, respectivement consiste à déterminer si le revenu de son immeuble de Nyon provient d'une activité lucrative indépendante.

5. a) Sont assurées conformément à la présente loi, les personnes physiques domiciliées en Suisse (art. 1 a 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). 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 (art. 4 al. 1 LAVS). Une cotisation de 7,8% est perçue sur le revenu provenant d'une activité indépendante (art. 8 al. 1 LAVS). Conformément à l'art. 3 al. 1 ère et 2 ème phrases de la loi sur l'assurance-invalidité (LAI - RS 831.20), la LAVS s'applique par analogie à la fixation des cotisations de l'assurance-invalidité. Une cotisation de 1,4% est perçue sur le revenu d'une activité lucrative. En vertu de l'art. 36 1 ère phrase du règlement sur les allocations pour perte de gain (RAPG – RS 834.11), la cotisation sur le revenu d'une activité lucrative s'élève à 0,3% en 2009 et 2010. Selon l'art. 12 du règlement d'exécution de la loi sur les allocations familiales du 19 novembre 2008 (RAF - J 5 10.01), le taux de contribution s'élève à 1,4% des salaires et/ou revenus soumis à cotisation AVS. b) L'art 9 LAVS prescrit 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). 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 (al. 3). L'art. 17 règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS - RS 831.101) précise qu'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, LIFD, 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. c) Le Conseil fédéral fixera les périodes de calcul et de cotisations (art. 14 al. 2 LAVS). Le Conseil fédéral édicte des dispositions sur le délai de paiement des cotisations (art. 14 al. 3 let. a 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 (art. 16 al. 1 LAVS). Les cotisations portant sur le revenu provenant d'une activité indépendante, selon l'art. 22 RAVS, 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). d) En vertu de l'art. 23 RAVS, pour établir le revenu déterminant, les autorités fiscales cantonales se fondent sur la taxation passée en force de l'impôt fédéral direct. Elles tirent le capital propre engagé dans l'entreprise de la taxation passée en force de l'impôt cantonal adaptée aux valeurs de répartition intercantionales (al. 1). En l'absence d'une taxation passée en force de l'impôt fédéral direct, les données fiscales déterminantes sont tirées de la taxation passée en force de l'impôt cantonal sur le revenu ou, à défaut, de la déclaration vérifiée relative à l'impôt fédéral direct (al. 2). Si l'autorité fiscale procède à une taxation fiscale consécutive à une procédure en soustraction d'impôts, les al. 1 et 2 sont applicables par analogie (al. 3). Les caisses de compensation sont liées par les données des autorités fiscales cantonales (al. 4). Si les autorités fiscales cantonales ne peuvent pas communiquer le revenu, les caisses de compensation estimeront le revenu déterminant pour fixer les cotisations et le capital propre engagé dans l'entreprise sur la base des données dont elles disposent. Les personnes tenues de payer des cotisations doivent renseigner les caisses de compensation et, sur demande, produire toutes les pièces utiles (al. 5). 6. a) Les revenus que tire un indépendant d'immeubles dont il est propriétaire ressortissent de son activité indépendante - et sont dès lors soumis à cotisations AVS - lorsque ceux-ci appartiennent à sa fortune commerciale. 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). En revanche, 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; ATF 125 V 383 consid. 2a). 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).> 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. On se fonde sur la jurisprudence concernant la délimitation entre fortune privée et capital commercial, lorsqu'il s'agit d'impôt sur des

gains en capital selon l'art. 21 al. 1 let. d LIFD. 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 (ATF 109 V 161 consid. 4b; RCC 1981 p. 325 consid. 2b et les arrêts cités). Constituent également des indices les circonstances de l'acquisition du bien, le motif de son aliénation, la manière dont il est 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 (arrêt du Tribunal fédéral 9C_987/2010, op. cit., consid. 6.3).

b) Le caractère obligatoire des données fiscales 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; arrêt du Tribunal fédéral 9C_987/2010, op. cit. consid. 6.4). Toute taxation fiscale est présumée conforme à la réalité; cette présomption ne peut être infirmée que par des faits. Dès lors que les caisses de compensation sont liées par les données fiscales, et que le juge des assurances sociales examine, en principe, uniquement la décision de la caisse quant à sa légalité, le juge ne saurait s'écarter des décisions de taxation entrées en force que si celles-ci contiennent des erreurs manifestes et dûment prouvées, qu'il est possible de rectifier d'emblée, ou s'il s'impose de tenir compte d'éléments de fait sans pertinence en matière fiscale mais déterminants sur le plan des assurances sociales. A cet égard, de simples doutes sur l'exactitude d'une taxation fiscale ne suffisent pas. La détermination du revenu est, en effet, une tâche qui incombe aux autorités fiscales, et il n'appartient pas au juge des assurances sociales de procéder lui-même à une taxation. L'assuré exerçant une activité lucrative indépendante doit donc faire valoir ses droits en matière de taxation - avec les effets que celle-ci peut avoir sur le calcul des cotisations AVS - en premier lieu dans la procédure judiciaire fiscale (ATF 110 V 83 consid. 4; ATF 106 V 129 consid. 1; ATF 102 V 27 consid. 3a; arrêt du Tribunal fédéral 9C_253/2014 du 28 juillet 2014 consid. 6.3.1; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 381/01 du 7 juin 2002 consid. 3).

7. a) En l'espèce, dans le cadre d'un contrat de société simple, le recourant et son frère sont copropriétaires à parts égales de l'immeuble de Nyon et louent à des tiers, notamment à la société anonyme dont ils sont actionnaires, des espaces commerciaux, appartements et places de parc. Il convient de déterminer s'il s'agit d'une activité commerciale ou une simple gestion de la fortune privée. b) Selon la

jurisprudence, la distinction entre un gain privé en capital (non imposable sur le revenu) et un bénéfice commercial en capital provenant de l'exercice d'une activité lucrative indépendante (imposable sur le revenu), dépend des circonstances concrètes du cas (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_819/2011 du 20 avril 2012 consid. 3.2 et les arrêts cités). 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 (cf. ATF 125 II 113 consid. 6c/bb; arrêts du Tribunal fédéral 2C_818/2012 du 21 mars 2013 consid. 6.1 et 2C_834/2012 du 19 avril 2013 consid. 5.5). 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 bénéfices (commerciaux) en capital. Pour déterminer la frontière entre activité lucrative indépendante et gestion de patrimoine privé, la jurisprudence a posé une série d'indices. Elle a notamment considéré comme indices d'une activité lucrative indépendante, dépassant la simple administration de la fortune privée, 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 (arrêt du Tribunal fédéral 2C_455/2011 du 5 avril 2012 consid. 5.1 et les références citées). 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 (arrêt du Tribunal fédéral 2C_819/2011 du 20 avril 2012 consid. 3.2 et les références citées, in RDAF 2012 II p. 260), comme par exemple le degré de financement étranger (arrêt du Tribunal fédéral 2A.4/1998 du 2 décembre 1999 consid. 2c, in Archives 69 p. 788, traduit in RDAF 2001 II p. 233). En tout état, les circonstances concrètes du cas sont déterminantes, telles qu'elles se présentent au moment de l'aliénation (ATF 125 II 113 consid. 3c et 6a; arrêts du Tribunal fédéral 2C_893/2008 du 10 août 2009 consid. 2.2 in RF 64/2009 p. 892; arrêt du Tribunal fédéral 2C_834/2012 du 19 avril 2013 consid. 5.5). La location de ses propres immeubles relève de l'administration ordinaire de la fortune privée; on ne doit y voir une activité indépendante qu'avec une grande retenue (arrêt du Tribunal fédéral 2A.488/1998 du 26 juillet 1999 consid. 3b et les références citées). 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 (Archives 52 p. 363 consid. 6; 48, p. 363

s. consid. 4c et les références citées) 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 (Archives 52 p. 363 consid. 6; ATF 79 I 63 et les références citées; arrêt du Tribunal fédéral 2P.317/2005 du 3 avril 2006 consid. 2.2). c) En l'occurrence, dans son arrêt 2P.317/2005 du 3 avril 2006, le Tribunal fédéral a déjà été amené à trancher cette question sur le plan fiscal s'agissant de l'immeuble de Nyon. Il a relevé que le recourant et son frère ont acquis le terrain en société simple le 6 mars 1992, sur lequel ils ont planifié puis dirigé la construction d'un bâtiment terminé en 1994. L'opération a été financée à plus de 80% par des fonds étrangers, prêtés par les banques et par la société anonyme. Le bâtiment abrite des locaux commerciaux, à savoir ceux loués à la société anonyme et six autres loués à diverses sociétés et entreprises commerciales. Il abrite également deux appartements, des bureaux et une trentaine de places de parc également loués à des tiers. La gestion de l'immeuble fait l'objet d'une comptabilité. Toutefois, les frais d'administration de l'immeuble sont relativement modestes (CHF 2'656.90 pour l'exercice 1995 et CHF 3'791.15 pour l'exercice 1996). Dans ces circonstances, l'opération consistant à acquérir un terrain en société simple, y construire un immeuble pour le louer à la société anonyme dont les associés sont actionnaires et à d'autres locataires privés et commerciaux ressortit à la gestion du patrimoine privé. Par conséquent, le Tribunal fédéral a considéré que l'élément décisif de la fonction économique de la valeur patrimoniale ne servait pas à l'activité commerciale. Étant donné que la délimitation entre la fortune commerciale et la fortune privée s'opère selon les mêmes critères s'agissant du revenu soumis aux cotisations en droit des assurances sociales qu'en matière d'impôt fédéral direct, il n'y a aucune raison de s'écarter des considérations du Tribunal fédéral dans le litige opposant le frère du recourant à l'AFCV. Cette conclusion s'impose d'autant plus que depuis une quinzaine d'années, le recourant qui est garagiste de profession loue son propre immeuble sans velléité de le vendre, soit une activité qui ressortit à l'administration ordinaire de la fortune privée, étant précisé que dans ce domaine, on ne doit y voir une activité indépendante qu'avec une grande retenue. En outre, il n'y a aucun lien économique entre l'immeuble et l'activité professionnelle du recourant puisque l'activité de garagiste n'inclut pas en soi l'achat de biens immobiliers. Par conséquent, le but poursuivi par cette activité qui dure maintenant depuis une quinzaine d'années vise le placement de la fortune privée du recourant dans un immeuble et l'obtention d'un revenu locatif, soit la gestion du patrimoine privé du recourant. Le fait que le bénéfice net de cette activité se soit élevé à CHF 350'500.- en 2009 et à CHF 551'186.- en 2010 n'a pas l'importance que veut lui donner l'intimée car pour déterminer s'il s'agit d'une activité commerciale ou une simple gestion du patrimoine privé, l'on ne saurait se fonder sur un critère unique mais sur l'ensemble des circonstances du cas concret. Elle oublie en effet que chacun des critères doit être examiné en concours avec les autres et non isolément et qu'une intensité particulière n'est déterminante que dans les cas où la plupart des autres critères font totalement défaut (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_1276/2012 du 24 octobre 2013 consid. 4.3.3). De plus, il ne s'agit pas d'un élément pertinent pour procéder à une telle appréciation car l'ampleur du bénéfice dépend de l'importance du patrimoine géré et ne constitue pas un indice déterminant en faveur d'une opération professionnelle. En l'occurrence, selon la communication fiscale du 17 novembre 2014 concernant l'exercice 2010, le capital propre investi dans l'immeuble de Nyon est de CHF 5'026'187.-, de sorte que le revenu de CHF 551'186.- représente un rendement de fortune d'environ 11% ce qui ne permet pas pour ce seul motif de considérer que la location de l'immeuble est une activité commerciale. Il n'est

pas possible de procéder à une telle comparaison pour l'exercice 2009, l'intimée n'ayant pas cru bon de produire le détail fiscal des activités indépendantes pour l'année 2009. En outre, l'intimée n'est pas liée par les communications fiscales de l'AFCG. En effet, il ne ressort d'aucune pièce au dossier que celle-ci considère l'immeuble comme faisant partie de la fortune commerciale du recourant. La communication fiscale adressée à l'intimée traite il est vrai le revenu locatif de l'immeuble de Nyon comme un bénéfice provenant d'une activité indépendante, mais selon la jurisprudence, cette qualification doit être considérée avec retenue du point de vue du droit de l'AVS, ce d'autant plus que l'AFCG n'est pas compétente à raison du lieu pour procéder à une telle qualification puisque l'immeuble en question n'est pas sis sur le territoire du canton de Genève. Or, dans son avis de taxation du 12 juin 2008 concernant la période fiscale 2006, l'OIN qui est compétente à raison du lieu pour se prononcer sur la qualification de l'immeuble de Nyon a expressément reconnu qu'il fait partie de la fortune privée du recourant. Par conséquent, le dossier doit être renvoyé à l'intimée pour qu'elle détermine les cotisations AVS/AI/APG, aux allocations familiales et à l'assurance-maternité dues par le recourant pour les années 2009 et 2010 sans prendre en compte le revenu provenant de l'exploitation de l'immeuble de Nyon et qu'elle adapte en conséquence l'intérêt moratoire réclamé pour les arriérés de cotisations. 8. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et la décision sur opposition du 26 février 2015 sera annulée au sens des considérants. Le recourant représenté par un mandataire qualifié obtenant gain de cause, une indemnité de CHF 2'000.- lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative du 30 juillet 1986 [RFPA - E 5 10.03]). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA) PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme :

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