

S1 13 203

**JUGEMENT DU 9 SEPTEMBRE 2014**

**Tribunal cantonal du Valais  
Cour des assurances sociales**

Composition : Eve-Marie Dayer-Schmid, présidente ; Jean-Bernard Fournier et Jean-Pierre Zufferey, juges ; Candido Prada, greffier

**en la cause**

X\_\_\_\_\_, recourante, représentée par Maître A\_\_\_\_\_

**contre**

**Caisse de compensation du canton du Valais**, intimée

(cotisations AVS/AI/APG, activité indépendante)

## Faits

A. X\_\_\_\_\_, domiciliée dans le canton B\_\_\_\_\_, a acquis fin 2004, en copropriété, avec deux autres associés, trois parcelles sises dans la commune de C\_\_\_\_\_ pour un montant total de 1 000 000 fr. dans le but d'y créer un complexe immobilier « D\_\_\_\_\_ » comprenant plus d'une dizaine de chalets, plusieurs commerces, un hôtel, un parking souterrain, etc.

Puis le 23 juin 2005, l'intéressée a décidé de se retirer de ce projet immobilier et a cédé sa part dans la société simple qu'elle formait avec ses associés à l'un d'eux pour un montant de 450 000 francs. Ce montant comprenait le remboursement des acomptes et frais qu'elle avait avancés à hauteur de 50 000 fr. ainsi qu'un bénéfice de liquidation de la société simple pour 400 000 francs.

Ledit bénéfice n'ayant été déclaré ni au fisc B\_\_\_\_\_ ni au fisc valaisan, ce dernier a procédé à un rappel d'impôts et a, par décision du 10 mai 2012, imposé ce bénéfice au titre de produit de l'activité lucrative indépendante.

Le 1<sup>er</sup> novembre 2012, le fisc valaisan a, après une procédure contentieuse, notifié à l'intéressée de nouveaux bordereaux d'impôts rectificatifs et revu à la baisse, compte tenu des pièces justificatives déposées, le bénéfice imposable soit 195 000 francs.

Le 27 décembre 2012, le fisc valaisan a communiqué à la Caisse de compensation du canton du Valais (CCC) que l'intéressée avait réalisé pour l'impôt fédéral direct 2005 un revenu d'activité indépendante de 195 000 francs.

Le 26 juin 2013, la Commission cantonale d'impôt des personnes physiques a rendu une décision rejetant la réclamation formée par l'intéressée contre la décision de taxation cantonale et communale 2005 et confirmé que le gain réalisé de 195 000 fr. découlait bien d'une activité de commerce professionnel d'immeubles et était donc imposable comme un produit d'activité lucrative indépendante. Cette décision sur réclamation n'a fait l'objet d'aucun recours.

Après avoir invité l'intéressée à s'affilier auprès d'elle, la CCC lui a adressé encore trois rappels dont un par pli recommandé. En l'absence de réponse, elle a donc procédé le 3 septembre 2013 à l'affiliation de X\_\_\_\_\_ pour la période du 1<sup>er</sup> janvier 2005 au 31 décembre 2005 et lui a facturé par décision du même jour un

montant de 21 077 fr. 40 au titre de cotisations AVS/AI/APG, intérêts moratoires de 8 088 fr. 45 en sus.

**B.** Par pli du 4 octobre 2013, l'assurée s'est opposée à cette décision. Elle a contesté être une commerçante professionnelle d'immeubles et déclaré avoir simplement participé à une opération financière s'inscrivant dans la gestion de son patrimoine privé, de sorte que son gain ne devait pas être soumis aux cotisations AVS/AI/APG et qu'au surplus la CCC n'était pas compétente considérant qu'elle était déjà affiliée à une caisse de compensation dans le canton B \_\_\_\_\_. En outre, elle a déclaré que la taxation fiscale à l'origine de la décision de la CCC était nulle, car non notifiée. Finalement, considérant que les prétentions de la CCC étaient prescrites, elle a conclu à la nullité de la décision AVS, subsidiairement à son annulabilité pour violation du droit d'être entendu, ainsi que pour défaut de motivation.

Le 11 novembre 2013, la CCC a confirmé sa décision initiale. Elle a précisé que le montant communiqué par le fisc (195 000 fr.) était un montant net de cotisations sociales de sorte que seul un calcul « en dedans » permettait de fixer le revenu déterminant soumis aux cotisations AVS/AI/APG (art. 9 al. 4 LAVS et Directives sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative (DIN) dans l'AVS, AI et APG, cf. DIN 1069 ss). Elle a ainsi arrêté ledit revenu (avant déduction des cotisations sociales) à 215 400 fr. [= 195 000 fr. x 100% / (100% - 9.5%) arrondi à la centaine inférieure]. Concernant le grief de l'absence de notification de la décision de taxation 2005, elle a indiqué que le fisc lui avait confirmé que cette décision avait été notifiée le 1<sup>er</sup> novembre 2012 et qu'elle était considérée comme entrée en force. S'agissant du grief de prescription, la CCC l'a également rejeté car infondé tout comme celui de violation du droit d'être entendu compte tenu des nombreux rappels que la CCC lui a adressés et auxquels l'intéressée n'a jamais répondu.

**C.** Le 11 décembre 2013, l'intéressée a recouru céans contre cette décision sur opposition, en requérant l'effet suspensif et en concluant à sa nullité, subsidiairement à son annulation, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de frais et dépens. Elle a contesté la méthode de calcul du revenu déterminant soumis aux cotisations AVS/AI/APG, la compétence de la CCC, nié que son gain réalisé « dans une opération immobilière » soit soumis aux cotisations AVS et soulevé que les griefs qu'elle avait fait valoir dans son opposition n'avaient pas été examinés.

Dans sa réponse du 22 janvier 2014, l'intimée a rejeté en bloc les griefs de la recourante et confirmé sa décision sur opposition.

Dans sa duplique du 26 mars 2014, la recourante invoque l'absence de preuve des notifications concernant l'affiliation et les rappels, de sorte que l'affiliation d'office est fautive et arbitraire, qu'elle ne peut être « taxée » deux fois par deux caisses cantonales de compensation différentes et que le revenu déterminant retenu et non prouvé est inexact.

Par pli du 9 avril 2014, la CCC a confirmé sa décision sur opposition.

Le 29 avril 2014, la Cour de céans a transmis aux parties, pour détermination, le dossier fiscal valaisan de la recourante concernant cette opération immobilière. Ledit dossier a été versé à la présente cause le même jour.

Le 28 mai 2014, la recourante a invoqué que la décision de taxation 2005 était sujette à révision et a demandé la suspension de la procédure. Invitée à se déterminer, l'intimée a répondu par courrier du 18 juin 2014 qu'aucun motif ne justifiait une telle suspension.

En l'absence de demande de révision déposée au niveau fiscal, la Présidente de la Cour a, par décision incidente du 25 juin 2014, rejeté la demande de suspension de procédure (S3 14 50) : cette décision incidente n'a pas été attaquée.

### **Considérant en droit**

1. En vertu de l'article 1 alinéa 1 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), les dispositions de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), entrée en vigueur le 1er janvier 2003, s'appliquent à l'AVS réglée dans la première partie, à moins que la LAVS n'y déroge expressément.

Posté le 11 décembre 2013, le recours formé contre la décision sur opposition du 11 novembre 2013 a été interjeté dans le délai légal de trente jours (art. 60 LPGA) devant l'instance compétente (art. 56, 57 et 58 LPGA; art. 81bis al. 1 LPJA). Il répond par ailleurs aux autres conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA), de sorte que la Cour doit entrer en matière.

2. Le litige porte sur l'assujettissement d'un gain découlant d'une opération immobilière aux cotisations AVS/AI/APG par la Caisse de compensation du canton du Valais.

3. Aux termes de l'article 64 alinéa 6 LAVS, les tribunaux cantonaux des assurances n'ont pas le pouvoir de se prononcer en matière d'affiliation aux caisses [Directives sur l'affiliation des assurés et des employeurs aux caisses de compensation (état au 1<sup>er</sup> janvier 2012), RCC 1966 p. 572]. En cas de conflits de compétence, ce sont successivement l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), le Tribunal administratif fédéral et finalement le Tribunal fédéral qui sont compétents. En cas de désaccord concernant une affiliation, les caisses de compensation en cause et l'intéressé peuvent exiger une décision de l'OFAS dans les 30 jours dès la réception de l'avis relatif à l'affiliation (Michel Valtério, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI], Fribourg 2011, n. 2591 p. 695).

Comme indiqué ci-dessus, les conflits de compétence relatifs à l'affiliation ne relèvent pas de la Cour de céans. Néanmoins, il ressort du dossier que la CCC a procédé à l'affiliation de la recourante le 3 septembre 2013, et que cette dernière ne s'est pas opposée, dans les délais, à son affiliation, de sorte que la décision y relative est entrée en force.

L'argument concernant les problèmes de notification de documents à la recourante est sans pertinence en l'espèce (détermination de la CCC du 9 avril 2014). Du reste, ce moyen a été soulevé pour la première fois dans la réplique du 26 mars 2014 alors que la recourante n'aurait pas manqué d'alléguer un tel vice dans son opposition déjà. Enfin, il est extrêmement étonnant d'apprendre que La Poste aurait pu faillir tant de fois (trois courriers et un recommandé de la CCC, ainsi que lors de la décision de taxation 2005) dans le cas de la recourante. Ce grief n'apparaissant pas vraisemblable, il ne sera pas retenu.

4.1 Le revenu d'une activité indépendante est défini à l'article 17 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS). Cette disposition reprend les termes de l'article 18 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD) et renvoie à l'article 18 alinéa 2 LIFD pour ce qui est des bénéfices en capital et des bénéfices réalisés lors du transfert d'éléments de fortune et à l'article 18 alinéa 4 LIFD pour les bénéfices provenant de l'aliénation d'immeubles agricoles ou sylvicoles. L'article 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, le cas échéant, soumis à cotisations.

Dans ce cadre, l'article 9 alinéa 3 LAVS, en relation avec l'article 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. 2 et 4 RAVS, chiffres n° 1230 et 1232 des directives sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative dans l'AVS, AI et APG, état au 1<sup>er</sup> janvier 2014, [DIN]). 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, DIN chiffre n°1230, deuxième phrase). Dès lors, les 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 les autorités fiscales ont fait état (DIN chiffre n° 1231). 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 p. 253 s. et les arrêts cités, DIN chiffres n° 1237 et 1238).

**4.2** 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. arrêts 2C\_349/2009 du 16 novembre 2009 consid. 4.1.2; 2C\_893/2008 du 10 août 2009 consid. 2.2). La notion d'activité lucrative indépendante s'interprète toutefois largement, de telle sorte que sont seuls considérés comme des gains privés en capital exonérés d'impôt ceux qui sont obtenus par un particulier de manière fortuite ou dans le cadre de la simple administration de sa fortune privée. En revanche, si l'activité du contribuable excède ce cadre relativement étroit et est orientée dans son ensemble vers l'obtention d'un revenu, l'intéressé est réputé exercer une activité lucrative indépendante dont les bénéfices en capital sont imposables. Une telle qualification peut se justifier, selon les cas, même en l'absence d'une activité reconnaissable pour les tiers et/ou organisée sur le modèle d'une entreprise commerciale, et même si l'activité n'est exercée que de manière accessoire ou temporaire, voire même ponctuelle. Les éléments patrimoniaux utilisés pour l'accomplissement d'une activité lucrative indépendante sont pour leur part considérés comme des actifs commerciaux (cf. ATF 125 II 113 consid. 6c/bb p. 126 s.).

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 (arrêt 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 fréquence élevée des transactions, la courte durée de possession des biens avant leur (re)vente, la relation étroite entre l'activité indépendante (accessoire) supposée et la formation et/ou la profession (principale) du contribuable, l'utilisation de connaissances spécialisées, l'engagement de fonds étrangers d'une certaine importance pour financer les opérations, le réinvestissement du bénéfice réalisé ou encore la constitution d'une société de personnes. On peut aussi mentionner l'utilisation effective du bien et le motif de son aliénation. Chacun de ces indices peut conduire, en concours avec les autres voire même - exceptionnellement - isolément s'il revêt une intensité particulière, à la reconnaissance d'une activité lucrative indépendante. En outre, l'absence d'éléments typiques d'une telle activité dans un cas concret peut être relativisée par d'autres circonstances revêtant une intensité particulière (cf. ATF 125 II 113 consid. 3c p. 118 et 6a p. 124 ; arrêt 2C\_893/2008 du 10 août 2009 consid. 2.2). En tout état de cause, les circonstances concrètes du cas sont déterminantes, telles qu'elles se présentent au moment de l'aliénation (arrêts 2C\_455/2011 et 2C\_456/2011 du 5 avril 2012 consid. 5.1 et les références citées).

**5.1** En l'espèce, il ressort de la décision sur réclamation du 26 juin 2013 que la Commission cantonale d'impôt des personnes physiques a confirmé l'existence d'un gain professionnel immobilier et que la recourante a contesté uniquement la décision concernant l'impôt cantonal et communal 2005, mais pas celle portant sur l'impôt fédéral direct 2005.

Dès lors, la décision de taxation relative à l'impôt fédéral direct 2005, déterminante pour l'AVS (art. 23 al. 1 RAVS) et notifiée le 1<sup>er</sup> novembre 2012, est donc entrée en force dans les 30 jours suivant sa notification, soit début décembre 2012.

S'agissant du grief de l'absence de preuve de notification soulevé par la recourante, il est renvoyé au considérant 3 in fine ci-dessus.

**5.2** Conformément à la jurisprudence rappelée ci-dessus (consid. 4.1), la caisse de compensation ne doit procéder à un nouvel examen du cas que si elle a des doutes

sérieux quant à l'exactitude de l'appréciation des autorités fiscales (arrêt 9C\_162/2014 du 31 juillet 2014).

**5.3** La recourante a toujours, sur le plan fiscal et au niveau des assurances sociales, prétendu qu'en qualité de particulière n'exerçant pas une activité dans l'immobilier et comme administratrice d'une société qui n'a jamais eu d'activité dans ce domaine (E\_\_\_\_\_ SA en liquidation, société radiée du registre du commerce le 13 février 2007), elle pouvait décider de participer à un projet immobilier dans le cadre de la gestion de son patrimoine privé. De même, la recourante a considéré que le fait de rentabiliser sa fortune personnelle en achetant, avec d'autres partenaires, un terrain pour y ériger plusieurs immeubles, ne permettait pas de conclure qu'il s'agissait d'une activité professionnelle, ce d'autant plus que cette opération était unique, et qu'elle n'avait jamais réalisé d'autres bénéfices immobiliers auparavant.

**5.4** L'intimée semble avoir limité son examen à la communication du fisc (soit un document indiquant uniquement les montants d'un revenu d'indépendant et d'un capital investi dans l'entreprise) et à l'entrée en force de la décision de taxation du 1<sup>er</sup> novembre 2012 pour l'impôt fédéral direct, sans requérir la production du dossier fiscal de la recourante, alors que cette dernière niait être une commerçante professionnelle d'immeubles. Sur cette seule base elle lui a simplement facturé des cotisations à hauteur de 29 165 fr. 85 (intérêts moratoires compris).

Il ressort du dossier fiscal 2005 de la recourante, que la Commission cantonale d'impôt des personnes physiques a confirmé que la recourante remplissait tous les critères la qualifiant de commerçante professionnelle d'immeubles. Bien que la décision sur réclamation du 26 juin 2013 ne concerne que l'impôt cantonal et communal, les critères sont identiques pour l'impôt fédéral direct.

En outre, il est rappelé que 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 p. 253 s. et les arrêts cités et arrêt 9C\_162/2014 du 31 juillet 2014). En l'espèce, du point de vue des assurances sociales, la qualification retenue par les autorités fiscales n'est pas critiquable. En effet, à la lecture de la décision sur réclamation susmentionnée, aucun des éléments allégués dans la présente cause ne permet de mettre en doute l'appréciation faite par les autorités fiscales, qui en outre a force de chose jugée, de sorte que le gain réalisé par la

recourante doit être qualifié de bénéficiaire d'une activité lucrative indépendante soumise aux cotisations AVS/AI/APG.

6. Quant à la méthode de calcul utilisée par l'intimée pour arrêter le revenu déterminant soumis aux cotisations AVS elle n'est pas sujette à critique. En effet, depuis l'entrée en vigueur au 1er janvier 2012 de l'article 9 alinéa 4 LAVS, les caisses de compensation doivent ajouter au revenu communiqué par les autorités fiscales les cotisations dues sur les revenus d'activité lucrative indépendante (arrêt 9C\_253/2014 du 28 juillet 2014, consid. 6.3 ss).

Dès lors, le revenu de 215 400 fr. soumis aux cotisations sociales est correct.

7. Finalement s'agissant de la prescription invoquée, il ressort de l'article 16 aliéna 1 LAVS que les décisions de cotisations doivent être fixées dans un certain délai sous peine que ces dernières ne doivent être qualifiées de périmées (ATF 117 V 208). Les cotisations dont le montant n'a pas été arrêté par décision notifiée dans un délai de 5 ans à compter de la fin de l'année civile pour laquelle elles sont dues ne peuvent plus être exigées ni payées (art. 16 al. 1 1<sup>er</sup> phrase LAVS). Toutefois, pour les indépendants, les salariés dont l'employeur ne prélève pas des cotisations à la source ou les personnes sans activité lucrative (art. 6, 8 al. 1 et 10 al. 1 LAVS), les cotisations ne sont atteintes par la prescription qu'un an après la fin de l'année civile au cours de laquelle la taxation fiscale déterminante est entrée en force (article 16 LAVS), les communications du fisc étant le seul moyen de contrôler que les cotisations des indépendants, non-actifs et actifs non-soumis au prélèvement à la source aient été correctement prélevées.

Après examen des travaux législatifs liés à la 10<sup>e</sup> révision AVS, il ressort que le législateur fédéral a souhaité protéger l'AVS dans l'hypothèse où malgré l'écoulement d'une période de 5 ans, elle n'a pu notifier aucune décision de cotisation définitive en raison de l'absence de taxation fiscale passée en force disponible (i.e absence de diligence dans le traitement d'un dossier, procédure de recours, soustraction d'impôts, etc.). Il a donc introduit une prolongation du délai de 5 ans en fonction de l'entrée en force de la taxation fiscale permettant ainsi à l'AVS de prélever des cotisations pour l'année N encore une année après la fin de l'année où la taxation fiscale N est entrée en force. En effet, le délai d'une année est un délai additionnel à celui de 5 ans et ne peut être appliqué isolément à une situation de fait (FF 1990 II 87 s ; arrêt du Tribunal fédéral H 1/06 du 30 novembre 2006, consid.4.4.1).

Eu égard à ce qui précède, la Cour constate que la décision de taxation relative à l'impôt fédéral 2005, notifiée le 1<sup>er</sup> novembre 2012 est entrée en force dans les 30 jours suivant sa notification et que la décision de cotisation de l'intimée est datée du 3 septembre 2013, de sorte que le délai d'une année à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2013 n'était pas échu. Il en découle que la créance de l'intimée à l'égard de la recourante n'est pas prescrite.

Mal fondé, le grief de prescription de la cotisation AVS/AI/APG 2005 doit être également rejeté.

**8.** Eu égard à ce qui précède, le recours est rejeté et la décision sur opposition du 11 novembre 2013 confirmée.

Il n'est pas perçu de frais (art. 61 let. a LPGA), ni alloué de dépens (art. 61 let. g LPGA a contrario).

### **Prononce**

1. Le recours est rejeté.
2. Il n'est pas perçu de frais, ni alloué de dépens.

Sion, le 9 septembre 2014