

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2638/2014

ATAS/1310/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 16 décembre 2014

1^{ère} Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée à CARTIGNY

recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,
Service juridique, sise rue des Gares 12, GENÈVE

intimée

Siégeant : Doris GALEAZZI, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Par email du 5 février 2014, Madame A_____ a informé la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la Caisse) qu'elle souhaitait s'affilier en tant qu'indépendante. Elle a plus particulièrement expliqué que

« Après avoir été salariée, je me suis retrouvée au chômage. Suivant les conseils de la caisse de chômage, j'ai commencé fin 2012 à rechercher des mandats comme consultante indépendante en plus de mes recherches d'emploi. En juin 2013, mes indemnités chômeages se sont terminées et j'ai commencé à travailler à temps plein à mon compte.

Cette activité de conseil, réalisée sous le nom de "B_____" A_____ est devenue depuis lors mon activité principale.

Je suis actuellement en train de préparer mes comptes 2012 et 2013 avec l'assistance de M. C_____ de la fiduciaire D_____ SA, en copie de cet email. (...)

Permettez-moi à cette fin de vous présenter mon activité ainsi que différentes pièces justificatives qui vous permettront de vous déterminer sur mon statut.

- Vous trouverez ci-joint le détail des factures adressées depuis ce jour (soit 17 mandats accomplis et facturés depuis le début de l'activité).
- Vous trouverez ci-joint les copies du Permis C et carte AVS

Ces factures attestent que mes mandats ont été adressés à différentes sociétés. En effet, je suis active dans le domaine du conseil et suis plus particulièrement spécialisée dans des sociétés et fondations qui inclut notamment la gestion de projet et de services pour des familles fortunées, notamment basée à Londres et au Moyen-Orient. (...)

L'essentiel de ma clientèle se trouve à l'étranger, ce qui m'amène à beaucoup voyager et à réaliser mes mandats soit dans les locaux des clients ou les hôtels, soit à mon domicile à Cartigny ».

2. Par courrier du 11 février 2014, la Caisse a refusé de l'affilier comme indépendante, la considérant comme salariée d'un employeur non soumis à cotisation, au motif qu'elle ne travaillait qu'avec des entreprises n'ayant aucun siège en Suisse.

Le 4 mars 2014, elle a contesté cette affiliation, « dans la mesure où mon travail se résume en divers mandats à court terme pour différentes sociétés qui ne correspondent absolument pas à une activité salariée ». Elle a précisé que

« Mon fiscaliste, Monsieur C_____, a contacté votre service qui lui a indiqué que votre Caisse avait retenu cette approche me concernant car je ne vous avais fourni que des factures relatives à des clients basés à l'étranger et qu'il s'agit vraisemblablement d'une erreur d'appréciation. En effet, j'ai fait en sorte de ne pas facturer de clients suisses tant que je n'avais pas obtenu le statut d'indépendante, en effet, je voulais m'assurer que mes clients n'aient pas à m'affilier eux-mêmes à la sécurité sociale. Dans les faits, si j'ai effectivement une grande partie de ma

clientèle basée à Londres et au Moyen-Orient, une partie de mes activités consiste également à conseiller des structures suisses pour leur permettre de développer leur clientèle ou résoudre des problèmes liés Moyen-Orient.

A toutes fins utiles et compte tenu de ces circonstances nouvelles, je vous prie de trouver ci-joint une facture (en complément aux 17 autres factures que je vous avais précédemment remises) que je viens d'émettre à l'attention de la fiduciaire E _____, sise à la rue F _____, à Genève ».

3. L'intéressée a rempli et déposé auprès de la Caisse le 4 avril 2014 le questionnaire d'affiliation en tant que personne de condition indépendante. Elle a indiqué qu'elle avait commencé en juin 2012 une activité de consultante. Elle a produit copie des différentes factures qu'elle avait adressées à ses clients à compter de cette date. Elle a indiqué, à titre de revenus net estimés les montants suivants pour 2012, CHF 21'000.-, pour 2013, CHF 30'000.-, et pour 2014, 30'000.-.
4. Le 2 juin 2014, la Caisse a informé l'intéressée qu'elle avait procédé à son affiliation au 1^{er} juin 2012 en tant qu'indépendante. Elle lui a parallèlement notifié des décisions de cotisations personnelles AVS-AI pour les années 2012 à 2014 (acomptes).
5. Par courrier du 18 juillet 2014, l'intéressée a contesté devoir être affiliée à la Caisse dès cette date, considérant qu'elle ne devait l'être qu'à partir du 1^{er} janvier 2014.

Elle explique à cet égard que :

« Ayant été au chômage jusqu'au 30 juin 2013, je ne pouvais pas prétendre à l'obtention du statut d'indépendante. Compte tenu du fait que je n'avais aucun client suisse, votre Caisse a refusé en février 2014 de m'affilier. Ce n'est que lorsque j'ai obtenu mon premier mandat suisse en 2014 que j'ai rempli les conditions pour être indépendante au sens de la loi. Compte tenu de ce qui précède, je vous prie de m'affilier comme salariée d'un employeur non tenu de cotiser sur mes revenus 2012 et 2013 et à partir du 1^{er} janvier 2014 de m'affilier comme indépendante ».

6. Par décision du 7 août 2014, la Caisse a rejeté l'opposition. Elle considère que selon les documents produits, la recourante exerce à l'évidence son activité en tant qu'indépendante depuis le 1^{er} juin 2012 et précise que le fait que celle-ci ait perçu des indemnités de l'assurance-chômage jusqu'au 30 juin 2013 ne saurait empêcher son affiliation comme indépendante pour la même période. Elle rappelle par ailleurs, que l'intéressée s'était, à juste titre, opposée à son affiliation en tant que salariée d'un employeur non tenu de cotiser, vu que précisément son activité est clairement de type indépendant et ce depuis le 1^{er} juin 2012. Elle ajoute enfin que le fait qu'il puisse y avoir un problème quant à d'éventuels retraits de capitaux auprès des institutions de prévoyance n'a aucun effet sur les décisions d'affiliation fondées sur l'AVS.
7. Le 2 septembre 2014, l'intéressée a interjeté recours contre ladite décision sur opposition, alléguant que :

« Je propose que les cotisations soient plutôt calculées comme celles d'une employée (avantageux pour OCAS) pour la période 2012-2013 car je n'avais pas rempli les conditions pour une indépendante avant 2014. L'OCAS m'avait refusé l'affiliation d'indépendant en février 2014 car je n'avais pas de client suisse. L'OCAS m'avait ensuite accordé le statut d'une employée en février 2014. L'OCAS m'avait accordé l'affiliation comme indépendante uniquement en juin 2014 mais rétroactive à 2012. Cette décision m'avait enlevé la possibilité d'avoir accès au LP d'après la lettre d'UBS du 25 juin 2014 (affiliation d'indépendant valable pas plus d'une année). L'UBS m'avait demandé la correction de la date de l'affiliation auprès de l'OCAS afin de me permettre l'accès au LP ».

8. Dans sa réponse du 7 octobre 2014, la Caisse a conclu au rejet du recours.
9. Dans sa réplique du 5 novembre 2014, l'intéressée a rappelé que la décision de la Caisse lui avait enlevé toute possibilité d'avoir accès à sa prestation de libre-passage auprès de l'institution de prévoyance de l'UBS, dans la mesure où la demande doit en être déposée dans le délai d'une année à compter de l'obtention du statut d'indépendant.
10. Dans sa duplique du 19 novembre 2014, la Caisse a persisté dans ses conclusions.
11. Par écritures spontanées du 8 décembre 2014, l'intéressée a insisté sur le fait que la position de la Caisse lui causait un dommage important puisqu'à cause d'elle, elle ne pouvait pas retirer ses avoirs LPP. Elle rappelle à cet égard la teneur de l'art. 5 al. 1 let. b de la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 17 décembre 1993 (loi sur le libre passage, LFLP - RS 831.42).
12. Ses écritures ont été transmises à la Caisse et la cause gardée à juger.

EN DROIT

13. 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.
14. La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, est applicable à la présente procédure.
15. Le recours, interjeté dans la forme et le délai légaux prévus par les art. 56ss LPGA, est recevable.
16. Le litige porte sur le droit de la Caisse de réclamer à l'intéressée le paiement de cotisations personnelles AVS-AI pour les années 2012 et 2013.
17. Aux termes de l'art. 1a al. 1 LAVS,

« Sont assurés conformément à la présente loi :

- a. les personnes physiques domiciliées en Suisse;
- b. les personnes physiques qui exercent en Suisse une activité lucrative;
- c. les ressortissants suisses qui travaillent à l'étranger:
 1. au service de la Confédération,
 2. au service d'organisations internationales avec lesquelles le Conseil fédéral a conclu un accord de siège et qui sont considérées comme employeurs au sens de l'art. 12,
 3. au service d'organisations d'entraide privées soutenues de manière substantielle par la Confédération en vertu de l'art. 11 de la loi fédérale du 19 mars 1976 sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales ».

L'art. 3 al. 1 LAVS précise que

« Les assurés sont tenus de payer des cotisations tant qu'ils exercent une activité lucrative. Les personnes sans activité lucrative sont tenues de payer des cotisations à compter du 1er janvier de l'année qui suit la date à laquelle elles ont eu 20 ans; cette obligation cesse à la fin du mois où les femmes atteignent l'âge de 64 ans, les hommes l'âge de 65 ans ».

Doivent ainsi s'affilier à une caisse de compensation, afin de remplir leur obligation de verser les cotisations :

- les assurés exerçant une activité lucrative indépendante;
- les salariés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations;
- les assurés sans activité lucrative;
- les employeurs.

(Directives sur l'affiliation des assurés et des employeurs aux caisses de compensation (DAC), valables dès le 1^{er} janvier 2008, état au 1^{er} janvier 2012, n° 1001)

Sont des salariés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations les salariés :

- dont l'employeur n'a ni domicile, ni siège, ni établissement stable en Suisse et n'est pas tenu de verser des cotisations en vertu de l'Accord avec l'UE ou de l'Accord de l'AELE (art. 12 al. 2 et 3 LAVS);
- dont l'employeur est libéré de l'obligation de payer des cotisations conformément à l'art. 12, al. 3, LAVS (p. ex. représentations d'Etats étrangers en Suisse; voir les n^{os} 1025 ss).

- qui sont domiciliés en Suisse, mais ne sont pas assurés en raison d'une convention internationale, et adhèrent à l'assurance conformément à l'art. 1a al. 4 LAVS.

Pour le calcul et la fixation des cotisations des salariés dont l'employeur n'est pas tenu de verser les cotisations, les règles valant pour les indépendants s'appliquent par analogie. Toutefois, le taux de cotisation valant pour les cotisations salariales est applicable et ils sont assurés auprès de l'assurance chômage ainsi qu'affiliés auprès d'une caisse d'allocations familiales.

Sont considérées comme travailleurs indépendants, les personnes qui perçoivent un revenu provenant d'une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 9, al. 1, LAVS.

18. Les cotisations des assurés qui exercent une activité lucrative sont calculées en pour-cent du revenu provenant de l'activité lucrative dépendante et indépendante (art. 4 LAVS).

Chez une personne qui exerce une activité lucrative, l'obligation de payer des cotisations dépend, notamment, de la qualification du revenu touché dans un certain laps de temps; il faut se demander si cette rétribution est due pour une activité indépendante ou pour une activité salariée (art. 5 et 9 LAVS et art. 6 ss du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 31 octobre 1947 [RAVS ; RS 831.101]).

Selon la jurisprudence, le point de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée ne doit pas être tranché d'après la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires. Ce qui est déterminant, bien plutôt, ce sont les circonstances économiques. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir éventuellement quelques indices pour la qualification en matière d'AVS, mais ne sont pas déterminants. Est réputé salarié, d'une manière générale, celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise, et ne supporte pas le risque économique couru par l'entrepreneur. Ces principes ne conduisent cependant pas à eux seuls à des solutions uniformes, applicables schématiquement. Les manifestations de la vie économique revêtent en effet des formes si diverses qu'il faut décider dans chaque cas particulier si l'on est en présence d'une activité dépendante ou d'une activité indépendante en considérant toutes les circonstances de ce cas. Souvent, on trouvera des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activité; pour trancher la question, on se demandera quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (Arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 6/05 du 19 mai 2006 consid. 2.2; ATF 123 V 162 consid. 1 et les arrêts cités).

La notion de dépendance englobe les rapports créés par un contrat de travail, mais elle les déborde largement. Ce n'est pas la nature juridique, en droit des obligations, du lien établi entre les parties, mais l'ensemble des circonstances économiques de chaque cas qui est décisif (DUC, in GREBER / DUC / SCARTAZZINI, Commentaire des art. 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et

survivants [LAVS], 1997, ch. 94 ad art. 4 LAVS et les références sous note n° 151). Les principaux éléments qui permettent de déterminer le lien de dépendance quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise sont le droit de l'employeur de donner des instructions, le rapport de subordination du travailleur à l'égard de celui-ci, l'obligation de ce dernier d'exécuter personnellement la tâche qui lui est confiée (Arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 6/05 du 19 mai 2006 consid. 2.3). Un autre élément permettant de qualifier la rétribution, compte tenu du lien de dépendance de celui qui la perçoit, est le fait qu'il s'agit d'une collaboration régulière, autrement dit que l'employé est régulièrement tenu de fournir ses prestations au même employeur (Arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 6/05 du 19 mai 2006 consid. 2.3). En outre, la possibilité pour le travailleur d'organiser son horaire de travail ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'une activité indépendante (Arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 6/05 du 19 mai 2006 consid. 2.3).

Le risque économique encouru par l'entrepreneur peut être défini comme étant celui que court la personne qui doit compter, en raison d'évaluations ou de comportements professionnels inadéquats, avec des pertes de la substance économique de l'entreprise. Constituent notamment des indices révélant l'existence d'un risque économique d'entrepreneur le fait que l'assuré opère des investissements importants, subit les pertes, supporte le risque d'encaissement et de du croire, supporte les frais généraux, agit en son propre nom et pour son propre compte, se procure lui-même les mandats, occupe du personnel et utilise ses propres locaux commerciaux (Arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 6/05 du 19 mai 2006 consid. 2.3).

Certaines activités économiques, notamment dans le domaine des services, n'exigent pas, de par leur nature, d'investissements importants ou de faire appel à du personnel. En pareilles circonstances, il convient d'accorder moins d'importance au critère du risque économique de l'entrepreneur et davantage à celui de l'indépendance économique et organisationnelle (Arrêt du Tribunal fédéral H 19/06 du 14 février 2007 consid. 5.1 et les réf. citées).

19. Il s'agit, en l'espèce, de déterminer le statut de l'intéressée, étant précisé que la condition indépendante en soi n'est pas contestée. Seule la date à laquelle son affiliation en tant qu'indépendante prend effet est litigieuse.

La chambre de céans constate que l'intéressée a bel et bien indiqué sur le questionnaire d'affiliation rempli le 4 avril 2014 que son activité indépendante avait commencé le 1^{er} juin 2012. Elle a également mentionné dans son courriel du 5 février 2014 que sa fiduciaire l'aidait à établir ses comptes 2012-2013. Elle a produit les factures qu'elle a adressées à ses clients depuis le début de son activité. Les mandats y relatifs portent sur une période commençant effectivement en juin 2012. Elle n'allègue par ailleurs pas que son activité de conseil aurait subi de changement depuis juin 2012.

Il y a également lieu de rappeler que l'assurée avait expressément contesté le statut retenu par la Caisse, lorsque celle-ci avait, dans un premier temps, entendu l'affilier comme salariée d'un employeur non assujetti, au motif que ses clients n'avaient pas de siège en Suisse. Elle avait alors expliqué travailler pour plusieurs clients, et souligné que « j'ai fait en sorte de ne pas facturer de clients suisses tant que je n'avais pas obtenu le statut d'indépendante, en effet, je voulais m'assurer que mes clients n'aient pas à m'affilier eux-mêmes à la sécurité sociale. Dans les faits, si j'ai effectivement une grande partie de ma clientèle basée à Londres et au Moyen-Orient, une partie de mes activités consiste également à conseiller des structures suisses pour leur permettre de développer leur clientèle ou résoudre des problèmes liés Moyen-Orient ».

Ce n'est que le 18 juillet 2014 que l'intéressée a allégué que son activité indépendante n'aurait débuté que le 1^{er} janvier 2014. Il appert de ses déclarations qu'elle souhaite la modification du point de départ de son affiliation comme indépendante, parce qu'elle a appris qu'elle devait déposer sa demande de retrait de sa prestation de libre passage dans le délai d'un an à compter de son affiliation comme indépendante.

Or, il convient en général d'accorder la préférence aux premières déclarations de l'assuré, faites alors qu'il en ignorait peut-être les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être – consciemment ou non – le fruit de réflexions ultérieures (ATF 121 V 47 consid. 2a, 115 V 143 consid. 8c).

Enfin, la date d'affiliation ne saurait dépendre de considérations étrangères, en l'occurrence en relation avec des dispositions applicables en matière de LPP, au statut AVS de la personne concernée.

20. Lorsque l'intéressée a pris contact avec la Caisse la première fois, soit le 5 février 2014, elle a expliqué qu'elle travaillait dans le domaine du conseil, particulièrement spécialisée dans des sociétés et fondations qui inclut notamment la gestion de projet et de services pour des familles fortunées, notamment basée à Londres et au Moyen-Orient. Elle avait commencé cette activité de conseil alors qu'elle était encore au bénéfice d'indemnités de l'assurance chômage en 2012. Elle considère dès lors qu'elle ne peut pas être considérée comme indépendante tant qu'elle est au chômage. Rien ne l'empêche toutefois. Il est tout à fait possible de réaliser des revenus d'une activité indépendante exercée durant un délai-cadre d'indemnisation. Ils sont alors retenus comme gains intermédiaires et déduits du montant des indemnités versées (art. 24 LACI). Il sied d'ajouter que même si l'activité indépendante ne lui avait pas permis de dégager des bénéfices, cela ne serait pas déterminant pour l'issue du litige. L'art. 8 al. 2 LAVS prévoit en effet que si le revenu annuel de l'activité indépendante est égal ou inférieur à 9300 francs, l'assuré paie la cotisation minimale (cf. art. 23 al. 2 LAPG). Qu'elle n'ait travaillé à plein temps que par la suite n'importe pas non plus.

21. L'intéressée étant affiliée comme indépendante auprès de la Caisse rétroactivement au 1^{er} juin 2012, elle est tenue de s'acquitter de cotisations personnelles à compter de cette date, de sorte que la Caisse est fondée à lui en réclamer le paiement avec effet rétroactif (art. 39 RAVS).

22. Aux termes 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. Si le droit de réclamer des cotisations non versées naît d'un acte punissable pour lequel la loi pénale prévoit un délai de prescription plus long, ce délai est déterminant ».

Par ses décisions du 2 juin 2014, la Caisse a fixé le montant des cotisations personnelles dues par l'intéressée pour les années 2012 à 2014. Elle a ce faisant agi en temps utile.

23. Il y a, partant, lieu de confirmer les décisions de cotisations du 7 août 2014.

Aussi le recours est-il rejeté.

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Nathalie LOCHER

Doris GALEAZZI

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le