



POUVOIR JUDICIAIRE

A/3707/2015

ATAS/269/2016

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 5 avril 2016

1^{ère} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à BERNEX

recourant

contre

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

intimée

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS FER CIAM 106.1,
sise rue de Saint-Jean 98, GENÈVE

appelée en
cause

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

EN FAIT

1. Par communication spontanée du 3 juillet 2014, l'Administration fiscale cantonale a informé la caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la Caisse) que Monsieur A_____ (ci-après l'intéressé) avait réalisé le revenu de CHF 136'843.- en 2009 dans le cadre d'une activité indépendante, de CHF 29'998.- en 2010 et de CHF 207'872.- en 2011, sur demande de celle-ci.

2. Par courrier du 15 octobre 2014, la Caisse, constatant que ces revenus n'étaient pas déclarés auprès d'une caisse de compensation AVS, a affilié d'office l'intéressé, en tant que personne de condition indépendante, dès le 1^{er} janvier 2009.

Par décisions des 15 octobre et 3 novembre 2014, elle a fixé le montant des cotisations personnelles AVS/AI dues par l'intéressé à CHF 16'476.65 pour 2009, à CHF 2'348.95 pour 2010 et à CHF 26'212.10 pour 2011.

3. L'intéressé a formé opposition le 12 novembre 2014. Il explique qu'« il se fait que dans le cadre de mon activité principale auprès de B_____ SA de même que pour d'autres entreprises dont je suis administrateur, l'affiliation AVS a toujours été effectuée auprès de la FER-CIAM à Genève. Dès lors, ne serait-ce que pour des raisons non seulement pratiques, mais de coordination, il convient que l'affiliation de mon activité professionnelle indépendante, qui je le précise (car cela n'a jamais été mentionné à aucun moment par l'OCAS), s'exerce en ma qualité d'associé d'une société en nom collectif anglaise, s'effectue auprès de la même institution de la FER-CIAM à Genève ».

4. Le 18 novembre 2014, la Caisse a pris note de l'opposition et invité l'intéressé à lui transmettre « la détermination de la FER-CIAM quant à son affiliation auprès de cette caisse de compensation pour l'activité litigieuse ».

5. Le 8 décembre 2014, l'intéressé a transmis à la Caisse une attestation d'affiliation auprès de la FER-CIAM datée du 27 novembre 2014 et valable dès le 1^{er} janvier 2009.

Il a par ailleurs indiqué que si par impossible la décision du 15 octobre 2014 n'était pas annulée, son courrier devrait être considéré comme une démission de l'affiliation à la Caisse.

6. Par décision du 23 septembre 2015, la Caisse a rejeté l'opposition. Elle considère en effet que le n° 2003 des directives (DAC), selon lequel la caisse de compensation cantonale doit impartir à l'assuré un délai de deux mois pour qu'il produise une attestation d'affiliation auprès d'une caisse professionnelle, n'est applicable que pour l'année en cours, et pas pour les années antérieures, puisque l'intéressé n'avait versé aucune cotisation en tant qu'indépendant de 2009 à 2013, de sorte qu'elle est compétente pour l'affilier durant cette période. Elle précise qu'elle avait effectué un contrôle pour s'assurer que l'intéressé n'était pas affilié auprès d'une caisse professionnelle avant de lui notifier ses décisions des 15 octobre et 3 novembre 2014. Selon elle par conséquent, le fait que l'opposant ait

sollicité la FER-CIAM après la décision d'affiliation émise par la Caisse n'a aucune influence sur la compétence de celle-ci.

Elle ajoute que selon l'art. 23 al. 4 RAVS, les caisses de compensation sont liées par les données des autorités fiscales cantonales, raison pour laquelle elle a fixé le montant des cotisations dues par l'intéressé sur la base des informations reçues de la part de l'Administration fiscale cantonale.

Elle constate enfin que l'intéressé ne lui a fait parvenir qu'un seul document attestant de ce que des cotisations paritaires AVS/AI avaient été versées en sa faveur dans le cadre des activités qu'il exerce au sein de diverses sociétés.

7. L'intéressé a interjeté recours le 22 octobre 2015 contre ladite décision sur opposition. Il conteste sa qualité d'indépendant, puisqu'il est salarié de la société B_____ SA, et qu'il perçoit, d'un certain nombre de sociétés dont il est administrateur, des honoraires soumis à cotisations paritaires, lesquelles sont dûment versées par les sociétés. Il est par ailleurs associé dans une société en nom collectif anglaise, B_____, depuis plusieurs années, dans le cadre d'une activité qui n'est pas exercée en Suisse et n'est, partant, pas soumise à l'AVS.

Il relève que l'Administration fiscale cantonale ne l'a pas informé de ce qu'elle avait adressé à la Caisse des communications fiscales AVS le concernant, d'une part, et que la Caisse ne lui avait envoyé aucun courrier avant la notification de ses décisions d'affiliation et de cotisations personnelles, d'autre part. Il insiste sur le fait que ce n'est qu'après s'être renseigné auprès de la FER-CIAM - « laquelle affine mon employeur dont il se trouve que je suis actionnaire » - , qu'il avait appris qu'avec l'harmonisation des normes de sécurité sociale entre l'Union européenne et la Suisse, compte tenu de son domicile suisse et du fait qu'il y exerce une activité lucrative dépendante, son revenu tiré de B_____ était ultérieurement devenu soumis à la sécurité sociale suisse, ce dont il n'avait jamais été informé.

Il précise encore que le 30 décembre 2014, la FER-CIAM lui avait adressé des décisions de cotisations définitives pour les années 2009, 2010 et 2011, et le 6 janvier 2015, des décisions provisoires pour les années 2012 et 2013, ainsi que les acomptes 2014 et 2015, et les intérêts moratoires 2009 à 2013. Il ajoute qu'il s'est acquitté du montant réclamé par la FER-CIAM dans les délais utiles.

Il s'étonne que la Caisse dise vouloir l'affilier d'office de 2009 à 2013, et pas pour « l'année de cotisations en cours », alors qu'elle lui a adressé une décision d'acomptes pour 2014.

Il rappelle que s'il a formé opposition à la décision du 15 octobre 2014 et s'est en même temps affilié auprès de la FER-CIAM, c'est sur les indications qu'un collaborateur de la Caisse a données à la FER-CIAM. Il souligne que la Caisse ne lui a jamais imparti de délai pour produire une attestation d'une caisse professionnelle avant de l'affilier d'office.

Il conclut, principalement, à ce que soit constatée la nullité de toutes les décisions prises par la Caisse, subsidiairement, à ce qu'elles soient annulées, « la Caisse n'ayant pas tenu compte de mon attestation d'affiliation à la FER-CIAM depuis le 1^{er} janvier 2009 pourtant remise dans le délai de deux mois après avoir été interpellé pour la première fois par la Caisse avant de m'affilier d'office en violation de la directive DAC 2003 », plus subsidiairement, à ce qu'il soit constaté que ces décisions heurtent le sentiment d'équité, sont inappropriées et ne sont pas entrées en force « au vu de mon affiliation objective à la FER-CIAM au 1^{er} janvier 2009 et au règlement par mes soins de toutes les cotisations AVS réclamées par cette caisse de compensation », et enfin à ce que la date à laquelle son affiliation forcée à la Caisse s'arrête soit précisée et à ce que la FER-CIAM soit appelée en cause.

8. Dans sa réponse du 18 novembre 2015, la Caisse a conclu au rejet du recours. Elle considère en effet que ses décisions sont antérieures à celles de la FER-CIAM. Elle s'étonne de la position adoptée par la FER-CIAM, en ce sens que celle-ci avait connaissance de l'affiliation préalable du recourant à la Caisse pour les années 2009 à 2013.

Elle en conclut que l'ensemble des décisions de la FER-CIAM doit être considéré comme nul et non avenue et invite le recourant à réclamer le remboursement des montants éventuellement versés à cette institution à titre de cotisations pour les années précitées et à les lui reverser.

9. Le 8 décembre 2015, la Chambre de céans a ordonné l'appel en cause de la FER-CIAM.
10. Celle-ci, par écriture du 11 janvier 2016, a relevé que le cas de l'intéressé était un peu spécial du fait qu'il exerçait son activité indépendante au Royaume-Unis en qualité d'associé d'une société LLP, soit une sorte de société en nom collectif. Elle confirme avoir répondu à l'intéressé le 21 octobre 2014 qu'il devait effectivement cotiser en Suisse comme toute personne qui travaille en tant que salariée en Suisse et en tant qu'indépendante dans l'Union européenne.

Elle considère que la Caisse aurait dû laisser à l'intéressé la possibilité de s'affilier auprès de la FER-CIAM, du fait que la société B_____ SA au sein de laquelle il exerce son activité salariée principale, ainsi que les sociétés auprès desquelles il est administrateur, le sont déjà.

Elle ne comprend pas pour quelles raisons la Caisse a rendu sa décision sur opposition en défaveur de l'intéressé, alors que celui-ci lui avait déjà communiqué la confirmation de son affiliation en tant qu'indépendant auprès de la FER-CIAM. Elle a, à cet égard, rappelé que dans son courrier du 18 novembre 2014, la Caisse invitait l'intéressé à fournir au plus vite sa détermination par rapport à son affiliation.

La FER-CIAM propose dès lors que le recours soit admis, compte tenu des liens déjà existants de l'intéressé avec elle.

11. Le 2 février 2016, la Caisse a persisté dans ses conclusions, considérant que le courrier de la FER-CIAM du 11 janvier 2016 n'appelait aucun commentaire de sa part.
12. Ce courrier a été transmis à la FER-CIAM et à l'intéressé et la cause gardée 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. Le recours, interjeté dans la forme et le délai légaux prévus par les art. 56ss LPGA, est recevable.
3. Le litige porte sur le droit de la Caisse d'affilier d'office l'intéressé du 1^{er} février 2009 au 31 décembre 2013 en qualité d'indépendant et, partant, de lui réclamer le paiement de cotisations personnelles AVS/AI pour cette période.
4. Selon l'art. 1a al. 1 LAVS, sont assurées conformément à la présente loi les personnes physiques domiciliées en Suisse. Cette disposition légale est complétée par l'art. 3 LAVS, selon lequel les assurés sont tenus de payer des cotisations tant qu'ils exercent une activité lucrative.

L'assujettissement des personnes travaillant dans plusieurs États dépend de la question de savoir si l'activité lucrative exercée est salariée ou indépendante. Le statut de cotisant (salarié ou indépendant) est déterminé sur la base du droit national de l'État dans lequel l'activité lucrative concernée est exercée (arrêt du Tribunal fédéral 9C_62/2013 ; Directives sur l'assujettissement aux assurances AVS et AI - DAA n° 2013).

Lorsqu'un ressortissant suisse ou de l'UE exerce habituellement une activité indépendante et une activité salariée dans un État de l'UE et en Suisse, il est soumis à la législation de l'État dans lequel il exerce l'activité salariée (art 13 § 3 R883/2004) règlement CE No. 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale modifié par le règlement (CE No. 988/2009) du Parlement européen et du conseil du 16 septembre 2009, adapté selon l'annexe II à l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et de la Suisse, d'autre part, entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} avril 2012 (cf. également DAA 2051).

5. Les caisses cantonales de compensation ont l'obligation de veiller à l'affiliation de toutes les personnes tenues de payer des cotisations (art. 63 al. 2 LAVS).

6. Aux termes de l'art. 64 al. 1, 2, 5 et 6 LAVS

« Sont affiliés aux caisses de compensation créées par des associations professionnelles tous les employeurs et personnes exerçant une activité lucrative indépendante qui sont membres d'une association fondatrice. Les employeurs ou les personnes exerçant une activité lucrative indépendante qui sont membres à la fois d'une association professionnelle et d'une association interprofessionnelle peuvent choisir celle des deux caisses à laquelle ils seront affiliés.

Sont affiliés aux caisses de compensation cantonales tous les employeurs et personnes exerçant une activité lucrative indépendante qui ne sont pas membres d'une association fondatrice d'une caisse de compensation, ainsi que les personnes n'exerçant aucune activité lucrative et les assurés qui sont employés ou ouvriers d'un employeur non soumis à l'obligation de payer des cotisations. (...)

Les employeurs, les personnes ayant une activité lucrative indépendante, les personnes sans activité lucrative et les assurés salariés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations doivent, s'ils ne sont pas déjà affiliés, s'annoncer auprès de la caisse de compensation cantonale.

En dérogation à l'art. 35 LPGA, les conflits relatifs à l'affiliation aux caisses sont tranchés par l'office compétent. Une décision de celui-ci peut être requise par les caisses de compensation en cause et par l'intéressé dans les trente jours dès la réception de l'avis relatif à l'affiliation » (teneur en vigueur au 1^{er} janvier 2012).

7. L'art. 64 LAVS est complété par les art. 117ss RAVS.

L'art. 117 al. 1 et 2 RAVS prévoit ainsi que :

«¹ Si un employeur ou une personne de condition indépendante est membre de plusieurs associations fondatrices, il doit choisir la caisse de compensation professionnelle compétente pour percevoir les cotisations. Ce choix une fois intervenu, un changement ne sera possible qu'à l'échéance du délai de trois ou de cinq ans fixé à l'art. 99, à moins que les conditions existant au moment du choix aient disparu.

² Les employeurs et les personnes de condition indépendante qui ne sont pas membres d'une association fondatrice sont affiliés à la caisse de compensation de leur canton de domicile ou du canton dans lequel l'entreprise a son siège. Si le domicile ou le siège et le lieu de l'administration ou de l'entreprise sont différents, le lieu où est située l'administration, l'entreprise ou une partie importante de l'entreprise peut être choisi d'entente entre les caisses de compensation intéressées ».

Selon l'art. 121 RAVS,

«¹ Le passage d'une caisse de compensation à une autre n'est autorisé que si les conditions de rattachement à la caisse de compensation jusqu'alors compétente cessent d'exister.

² L'acquisition de la qualité de membre d'une association fondatrice ne peut justifier le rattachement à la caisse de compensation professionnelle correspondante, si

l'affiliation a eu lieu uniquement à cette fin et si la preuve d'un autre intérêt important à la qualité de membre de l'association ne peut être apportée.

³ Si l'acquisition de la qualité de membre d'une association fondatrice entraîne un changement dans l'affiliation à la caisse, la nouvelle caisse est tenue d'en informer la caisse à laquelle le nouveau membre était affilié jusqu'alors.

⁴ Si, par suite de perte de la qualité de membre de l'association fondatrice, la caisse professionnelle n'est plus compétente, celle-ci est tenue d'en informer la caisse de compensation du canton de domicile de l'ancien membre de l'association.

⁵ Le passage d'une caisse de compensation à une autre ne peut s'effectuer qu'à la fin de chaque année. En revanche, le passage d'une caisse de compensation cantonale à une autre par suite de changement de domicile peut avoir lieu en tout temps. L'OFAS peut autoriser des exceptions dans des cas motivés ».

Conformément aux principes établis par la jurisprudence, la condition prévue par l'art. 121 al. 2 RAVS est réalisée seulement lorsqu'il est impossible d'apporter la preuve objective que le membre a un autre intérêt important à faire partie d'une association professionnelle; tel serait le cas si un membre adhère à une association étrangère à sa propre profession. En revanche, si cette disposition réglementaire était interprétée de façon extensive, on donnerait la priorité aux caisses cantonales de compensation, ce que l'art. 64 LAVS ne permet pas. En effet, quand un employeur adhère à l'association groupant les membres de sa profession, ce seul fait prouve déjà l'existence d'un "intérêt important" et rend impossible l'application de l'art. 121 al. 2 RAVS (RCC 1988 p. 38 consid. 2). En définitive, il convient pour trancher cette question de se fonder sur l'appréciation de l'intérêt de l'affilié et du but que l'association s'est fixé dans ses statuts (RCC 1953 p. 124 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 358/00 du 8 février 2001).

8. Selon les directives sur l'affiliation des assurés et des employeurs aux caisses de compensation - DAC, si elle découvre qu'un assuré ou un employeur n'est pas encore annoncé à une caisse de compensation, la caisse de compensation cantonale impartit à celui-ci un délai de deux mois pour produire une attestation émanant d'une caisse de compensation professionnelle certifiant que l'intéressé est membre d'une association fondatrice et verse les cotisations à la caisse de compensation créée par cette association. Celui qui ne donne pas suite à cette invitation est affilié à la caisse de compensation cantonale (DAC n° 2003).

La caisse de compensation cantonale peut admettre la première affiliation d'un assuré exerçant une activité indépendante ou d'un employeur à une caisse de compensation professionnelle, même si la procédure d'adhésion de l'intéressé à l'association fondatrice est encore en cours. Si l'adhésion n'est pas obtenue, la caisse de compensation professionnelle invite la caisse cantonale à affilier elle-même l'assuré ou l'employeur en cause (DAC n° 2004).

9. a) En l'espèce, l'intéressé exerce en Suisse une activité lucrative en qualité d'associé d'une société anglaise LLP, la société B_____. Son statut d'indépendant n'est à cet égard pas contesté. Il est par ailleurs salarié de la société B_____ SA,

inscrite au Registre du commerce à Genève et administrateur de plusieurs sociétés également genevoises. Il est ainsi soumis, au vu des normes de sécurité sociale applicables à la Communauté européenne et à la Suisse depuis le 1^{er} avril 2012, à la législation suisse.

b) Il s'avère que la société B_____ SA est affiliée, en sa qualité d'employeur, auprès de la FER-CIAM. De même en est-il des autres sociétés dont l'intéressé est l'administrateur. Celui-ci en revanche ne s'est annoncé auprès d'aucune caisse de compensation pour ce qui concerne son activité pour la société B_____.

c) La Caisse a découvert que l'intéressé exerçait une activité indépendante dans le cadre d'une société anglaise, parallèlement à ses emplois salariés en Suisse le 3 juillet 2014, lorsqu'elle a reçu la première communication fiscale cantonale, et l'a informé, le 15 octobre 2014, qu'elle l'affiliait d'office à compter du 1^{er} janvier 2009.

Il y a ainsi lieu de constater que la Caisse ne s'est pas manifestée auprès de l'intéressé avant de procéder à cette affiliation. Or, les caisses cantonales doivent impartir un délai de deux mois à l'assuré dont elles pensent qu'il ne s'est annoncé à aucune caisse, afin qu'il produise la preuve de son affiliation auprès d'une caisse professionnelle. La Caisse explique à cet égard, dans sa décision sur opposition du 23 septembre 2015, que cette directive n'est applicable dans le cas d'espèce que pour l'année de cotisations en cours et pas pour les années 2009 à 2013, partant de la constatation que l'intéressé n'avait pas versé de cotisations à la FER-CIAM durant cette période. Elle souligne que lorsque l'intéressé a demandé à être affilié auprès de la FER-CIAM, sa propre décision d'affiliation avait déjà été rendue.

d) Il est vrai que les caisses cantonales de compensation doivent veiller à l'affiliation de toutes les personnes tenues de payer des cotisations (art. 63 al. 2 LAVS). Il y a toutefois lieu de rappeler que l'affiliation aux caisses de compensation cantonales reste subsidiaire (art. 64 al. 2 et 5 LAVS).

On ne peut ainsi comprendre le délai de deux mois prévu au n° 2003 DAC que comme un moratoire accordé à l'assuré pour s'inscrire auprès de la caisse professionnelle de son choix et lui verser les cotisations dues. Ce n'est que si l'assuré ne réagit pas que la caisse cantonale l'affiliera d'office.

Du reste, le 18 novembre 2014, la Caisse a pris note de l'opposition formée par l'intéressé à ses décisions des 15 octobre et 3 novembre 2014, et invité celui-ci à lui transmettre « la détermination de la FER-CIAM quant à son affiliation auprès de cette caisse de compensation pour l'activité litigieuse ».

En l'occurrence, non seulement l'intéressé a réagi, mais il a produit son attestation d'affiliation auprès de la FER-CIAM le 8 décembre 2014, soit dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle la Caisse l'a interpellé pour la première fois en lui notifiant sa décision du 15 octobre 2014.

Force est par ailleurs de relever que si l'intéressé a sollicité de la FER-CIAM son affiliation alors que la Caisse avait déjà rendu sa décision, ce n'est pas parce qu'il a été négligent, mais parce que la Caisse ne lui en a pas laissé le temps. Il ignorait en effet, avant de prendre connaissance de la décision, que son revenu d'indépendant était également soumis à cotisations en Suisse et qu'il devait, partant, s'annoncer auprès d'une caisse de compensation.

En l'espèce, l'intéressé n'était certes affilié auprès d'aucune caisse de compensation pour son activité exercée en Suisse pour la société anglaise de 2009 à 2013, de sorte qu'il n'est pas question avant le 31 décembre 2013 de passage d'une caisse à une autre. Il est toutefois intéressant de constater que si tel était le cas, la solution apportée au litige ne serait pas différente. L'intérêt pour l'intéressé d'être affilié à la même caisse de compensation que celle à laquelle il est par ailleurs lié pour ses emplois salariés n'est en effet pas contestable.

10. Aussi le recours est-il admis et les décisions des 15 octobre et 3 novembre 2014, ainsi que la décision sur opposition du 23 septembre 2015, annulées.

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

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet et annule les décisions des 15 octobre et 3 novembre 2014, ainsi que la décision sur opposition du 23 septembre 2015.
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