

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/57/2011

ATAS/126/2011

ARRET INCIDENT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

du 10 février 2011

2ème Chambre

En la cause

Monsieur S_____, domicilié à Dardagny, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Romain JORDAN

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,
sise, route de Chêne 54, 1208 Genève

intimée

Siégeant : Sabina MASCOTTO, Présidente

EN FAIT

1. La CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION (ci-après la caisse ou l'intimée) a procédé à un contrôle auprès de la Société suisse des employés de commerces (SSEC) le 19 juin 2006.
2. Par décision du 28 juin 2006, la caisse a informé Monsieur S_____ (ci-après l'assuré ou le recourant) qu'elle avait exigé de la SSEC le paiement de cotisations paritaires sur la somme de 37'646 fr. 55 brut à titre de rémunération pour un travail qualifié de salarié et effectué de février à décembre 2005. Sur cette somme, un montant de 2'326 fr. 55 correspond à la part des cotisations à la charge du salarié. La décision mentionne les voies de droit.
3. Par pli du 4 juillet 2006, l'assuré a formé opposition à la décision, contestant uniquement la somme prise en considération ainsi que la période considérée, sans remettre en cause le bien-fondé de la décision.
4. Par pli du 15 novembre 2006, la caisse a informé l'avocat de l'assuré d'une possible *reformatio in pejus*. La caisse avait constaté que le contrôleur avait omis de prendre en compte un certain revenu, soit les salaires perçus par l'assuré sur l'année 2004, pour un montant de 12'534 fr. 60 brut, ce qui augmentait la part des charges sociales qui pouvaient être réclamées à l'assuré. La caisse sollicitait donc du conseil de l'assuré qu'il retire son opposition et précisait que la période de janvier à mars 2006 ne faisait pas partie de la période de contrôle qui portait sur les années 2001 à 2005.
5. Par pli du 24 novembre 2006, le conseil de l'assuré a maintenu l'opposition formée, concernant le calcul des cotisations et la période considérée. Il a fait valoir que les revenus réalisés en tant que gain intermédiaire durant l'année 2004 proviennent d'une activité indépendante. Par contre, l'assuré a travaillé du 3 mars 2005 au 31 mars 2006 en tant que salarié. L'assuré sollicitait donc une décision également pour la période de janvier à mars 2006.
6. Par décision sur opposition du 22 janvier 2007, la caisse a rejeté l'opposition et rendu une nouvelle décision tenant compte des salaires versés en 2004, la reprise de salaire exigée de la SSEC étant fixée sur une somme de 50'181 fr. 15 brut soit les salaires versés à l'assuré de janvier 2004 à décembre 2005. La décision sur opposition indique que le service des cotisations vérifiera, le moment venu, que les salaires versés de janvier à mars 2006 à l'assuré soient soumis à cotisations paritaires, mais que ces montants ne font pas l'objet du contrôle et de la reprise de cotisations effectuée en 2006. S'agissant de la période de 2004, la caisse considère qu'il s'agit de salaires, malgré la détermination de la caisse de chômage UNIA, le faible nombre d'heures effectuées n'étant pas pris en compte pour qualifier l'activité. D'ailleurs, l'avocat de l'assuré n'explique pas ce qui distingue l'activité

exercée par l'assuré avant et après mars 2005, alors qu'il admet que son activité est salariée depuis mars 2005 et souhaiterait même que la période considérée soit étendue jusqu'au 31 mars 2006.

7. Par jugement du 8 avril 2008, le Tribunal des Prud'hommes a déclaré irrecevable la demande en paiement de l'assuré, s'estimant incompétent en raison de la matière, les indices recueillis lors de l'instruction de la cause permettant d'établir que l'assuré était lié par un contrat de mandat avec la SSEC.
8. Par arrêt du 3 octobre 2008, la Cour d'appel de la juridiction des Prud'hommes a rejeté l'appel déposé par l'assuré contre ce jugement.

La Cour d'appel a examiné dans le détail les conditions de réalisation du contrat de travail, soit une prestation personnelle de travail, la mise à disposition par le travailleur de son temps, le rapport de subordination et le paiement d'un salaire. La Cour a relevé que l'assuré avait une grande liberté quant au contenu de ses cours et à leur organisation ; que la rémunération nette comprise entre 60 et 80 fr. de l'heure, sans déduction de charges sociales, alors qu'il ne touchait que 26 fr. brut de l'heure dans le cadre des mesures cantonales ne pouvait se justifier à moins d'être compris comme le versement d'honoraires sur lesquels l'assuré devait encore assumer le paiement de ses charges sociales ; que les versements se faisaient chaque mois sur la base de factures émanant de l'assuré et portant la mention « revenu d'une activité indépendante » ; que les cours annulés n'étaient pas facturés ; que l'assuré n'avait pas de garantie quant au nombre d'heures de cours mensuelles et qu'il supportait, dès lors, le risque lié à l'entreprise ; qu'il avait conclu une assurance perte de gain pour petite entreprise et une assurance-accidents pour une activité de conseil en entreprises ; que c'est plus de deux ans après le début de son activité d'animateur en méthodologie de recherche d'emplois, et uniquement à la suite d'un courrier de la Caisse cantonale genevoise de compensation, que l'assuré a réclamé le paiement des charges sociales et que la qualification de la caisse de compensation ne liait pas les juridictions civiles.

La Cour conclut que l'ensemble des indices matériels confirme le bien-fondé de l'analyse faite par le Tribunal des Prud'hommes, les parties n'étant pas liées par un contrat de travail, mais par un contrat de mandat.

9. Par décision du 17 juin 2009, annulant et remplaçant celle du 27 janvier 2007, la caisse a procédé à une révision de la décision antérieure et a informé l'assuré que les reprises de salaire pour un montant de 50'181 fr. 15 avaient été annulées, le travail effectué de janvier 2004 à décembre 2005 étant qualifié d'indépendant, sur la base de l'arrêt de la Cour d'appel que la SSEC lui avait transmis. La décision est fondée sur l'art. 53 al. 1 LPGA. Une décision similaire a été notifiée à la SSEC le 10 juin 2009. La caisse a remboursé à la SSEC les cotisations versées à hauteur de plus de 8'000 fr., suite à la reprise de salaire effectuée.

10. Par opposition du 16 juillet 2009, l'assuré conteste le droit de la caisse de procéder à une révision au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA, l'appréciation juridique du juge prud'homal de constituant pas un fait, qui est au demeurant postérieur à la clôture de la première procédure d'opposition en janvier 2007, étant rappelé que la caisse avait elle-même indiqué que les rapports de droit civil ne sont pas déterminants pour qualifier l'activité de l'assuré, de sorte qu'elle ne pouvait pas, de bonne foi, prétendre le contraire lors de la révision de sa décision.
11. Par décision sur opposition du 25 novembre 2010, la caisse rejette l'opposition, maintient sa décision du 17 juin 2009 et retire l'effet suspensif d'un éventuel recours contre la décision sur opposition. Après un rappel des faits, la caisse cite la jurisprudence à l'appui de la reconsidération et de la révision. La caisse indique que suite au contrôle effectué auprès de la SSEC, la caisse a repris des montants au titre de salaire, sans vérifier si l'assuré était effectivement salarié de la SSEC, ce dernier n'ayant pas contesté le bien-fondé de la décision. Or, la décision prud'homale n'était pas rendue à cette époque. Il est ainsi évident que si la caisse avait été en possession de ce moyen de preuve avant de rendre sa décision sur opposition du 22 janvier 2007, elle aurait été amenée à statuer autrement. Les critères retenus par la Cour pour qualifier d'indépendante l'activité de l'assuré étaient déterminants dans le droit de l'AVS. De plus, la décision du 22 janvier 2007 n'avait pas fait l'objet d'un recours devant le Tribunal cantonal des assurances sociales, dès lors, la caisse était en droit de reconsidérer sa décision, la justification de la reprise résidant dans l'existence d'un rapport de travail. Au demeurant, la rectification de la décision revêt une importance notable, dès lors qu'il n'appartient pas à la SSEC de payer des cotisations sur une rémunération qui ne peut pas être considérée comme du salaire déterminant. La caisse explique que, pour des raisons de prescription, elle retire l'effet suspensif d'un éventuel recours contre la décision sur opposition.
12. Par acte de recours du 10 janvier 2011 formé devant la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, l'assuré conclut à la restitution de l'effet suspensif, l'annulation de la décision sur opposition, avec suite de dépens.

S'agissant du retrait de l'effet suspensif, il n'est pas justifié, eu égard à l'art. 55 al. 2 PA et doit donc être restitué. Sur le fond, l'assuré conteste le droit de la caisse de procéder à une révision de la décision, les jugements rendus par la juridiction des Prud'hommes ne constituant pas des moyens de preuves suffisants au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA. D'ailleurs, la caisse le reconnaissait implicitement, dès lors qu'elle avait basé sa décision sur opposition sur l'art. 53 al. 2 LPGA, en violant le droit d'être entendu du recourant, ne lui offrant pas la possibilité de s'exprimer à propos d'une reconsidération. En tous les cas, l'art. 53 al. 2 ne permettait pas une reconsidération, à défaut d'inexactitude manifeste, dès lors que le fait de savoir si l'activité est indépendante ou salariée au regard de l'AVS ne doit pas être tranchée d'après la nature juridique du rapport contractuel entre les parties partenaires, mais selon les circonstances économiques.

13. Par pli du 27 janvier 2011, la caisse a conclu au rejet du recours, elle s'en est remise à l'appréciation du Tribunal, soit la Chambre d'appel de la Cour de justice depuis le 1^{er} janvier 2011, s'agissant du retrait de l'effet suspensif et a précisé que la décision sur opposition du 25 novembre 2010 indique que la caisse peut revenir sur une décision par la voie de la reconsidération ou de la révision. La caisse rappelle qu'elle a considéré les jugements de la juridiction des Prud'hommes comme des nouveaux moyens de preuve conduisant à une révision au sens de l'art. 53 al. 1 LPGA. La décision relève par ailleurs qu'une reconsidération est également envisageable.
14. Par pli du 28 janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice a informé les parties que la cause était gardée à juger sur effet suspensif. Elle a accordé un délai au 11 février 2011 à l'assuré pour consulter les pièces et se déterminer, suite à quoi la cause serait gardée à juger au fond.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, 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).

Dès le 1^{er} janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 9 octobre 2009).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. Interjeté en temps utile, le recours est recevable (art. 60 LPGA).
3. Le recourant requiert la restitution de l'effet suspensif à son recours.
4. a) Selon l'art. 54 al. 1 let. c LPGA, les décisions et les décisions sur opposition sont exécutoires lorsque l'effet suspensif attribué à une opposition ou à un recours a été retiré.

La LPGA ne contient pas de dispositions propres sur l'effet suspensif. Selon l'art. 55 al. 1 LPGA, les points de procédure qui ne sont pas réglés de manière exhaustive aux art. 27 à 54 LPGA ou par les dispositions des lois spéciales sont régis par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021). Selon l'art. 1 al. 3 PA, l'art. 55 al. 2 et 4 PA, concernant le retrait de l'effet suspensif, s'applique à la procédure devant les autorités cantonales de dernière instance qui ne

statuent pas définitivement en vertu du droit public fédéral. Est réservé l'art. 97 LAVS relatif au retrait de l'effet suspensif pour les recours formés contre les décisions des caisses de compensation. Aux termes de l'art. 97 LAVS, applicable par analogie à l'assurance-invalidité en vertu de l'art. 66 LAI (dispositions applicables en l'espèce, dans leur nouvelle teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2003), la caisse de compensation peut, dans sa décision, prévoir qu'un recours éventuel n'aura pas d'effet suspensif, même si la décision porte sur une prestation pécuniaire; au surplus, l'art. 55 al. 2 à 4 PA est applicable.

D'après la jurisprudence relative à l'art. 55 al. 1 PA, à laquelle l'entrée en vigueur de la LPGA et de l'OPGA n'a rien changé (arrêt P. du 24 février 2004, I 46/04), la possibilité de retirer l'effet suspensif au recours n'est pas subordonnée à la condition qu'il existe, dans le cas particulier, des circonstances tout à fait exceptionnelles qui justifient cette mesure. Il incombe bien plutôt à l'autorité appelée à statuer, en application de l'art. 55 PA, d'examiner si les motifs qui parlent en faveur de l'exécution immédiate de la décision l'emportent sur ceux qui peuvent être invoqués à l'appui de la solution contraire. L'autorité dispose sur ce point d'une certaine liberté d'appréciation. En général, elle se fondera sur l'état de fait tel qu'il résulte du dossier, sans effectuer de longues investigations supplémentaires. En procédant à la pesée des intérêts en présence, les prévisions sur l'issue du litige au fond peuvent également être prises en considération; il faut cependant qu'elles ne fassent aucun doute. Par ailleurs, l'autorité ne saurait retirer l'effet suspensif au recours lorsqu'elle n'a pas de raisons convaincantes pour le faire (ATF 124 V 88 consid. 6a, 117 V 191 consid. 2b et les références; ATFA du 19 septembre 2006, I 439/06).

Le sort de la requête relative à l'effet suspensif du recours dépend, après un examen sommaire du dossier, de l'évaluation de chance de succès du recours (ATF 98 V 22 consid. 4) et de la pesée des intérêts en présence (ATF 119 V 506 consid. 3). Le juge examine si les motifs en faveur d'une exécution immédiate de la décision ont plus de poids que ceux qui peuvent être invoqués pour soutenir une solution contraire (RCC 1991 p. 524 consid. 2b). Lorsqu'il est difficile de se faire une opinion précise sur les ressources du recourant, l'intérêt de l'administration apparaît généralement prépondérant (ATFA non publié du 23 février 2005, I 436/04, consid. 5.3). Dans l'hypothèse où le recourant n'obtiendrait pas gain de cause sur le fond de la contestation, il est en effet à craindre que la procédure en restitution des prestations versées à tort ne se révèle infructueuse (ATF 105 V 269 consid. 3 ; VSI 2000 p. 187 consid. 5).

S'agissant de la prescription, aux termes de l'art. 16 al. 1 LAVS, les cotisations dont le montant n'a pas été fixé par décision notifiée 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 payées. L'alinéa 2 de la disposition prévoit que la créance de cotisations, fixée par une décision notifiée conformément à l'al. 1 s'éteint 5 ans après la fin de l'année civile au cours de laquelle la décision est entrée en force.

5. Dans le cas d'espèce, il faut rappeler que c'est l'effet suspensif de la décision de révision (ou de reconsidération) du 17 juin 2009, confirmée par décision sur opposition du 25 novembre 2010 qui est en cause. La décision qui fait l'objet d'une révision (ou d'une reconsidération) est celle du 22 janvier 2007, définitive et exécutoire.

La caisse a retiré l'effet suspensif au recours dans la décision sur opposition querellée "pour des raisons de prescription". Invitée à se déterminer sur la requête de restitution d'effet suspensif de l'assuré, la caisse s'en rapporte à l'appréciation de la Cour et ne motive donc pas sa décision sur ce point.

En premier lieu, le retrait de l'effet suspensif n'est pas interdit par l'art. 55 PA, car même en admettant que la décision du 17 juin 2009 porte, comme le prétend le recourant, sur une prestation pécuniaire, l'art 97 LAVS prévoit une exception à l'art. 55 PA, s'agissant des décisions des caisses de compensation portant sur des prestations pécuniaires.

En second lieu, à défaut de motivation, on ne sait pas avec certitude quelle créance risque d'être atteinte par la prescription et, surtout, en quoi l'effet suspensif du recours aurait un effet juridique sur la prescription, laquelle est valablement interrompue par une décision de la caisse.

Cela étant, dans cette affaire, la seule créance de la caisse est celle qu'elle a, le cas échéant, contre la SSEC en paiement des cotisations dues sur le revenu de salarié de l'assuré de janvier 2004 à décembre 2005. En ce sens, il se justifierait plutôt que le recours contre la décision de révision (ou de reconsidération) ait un effet suspensif, afin que la décision du 22 janvier 2007 réclamant le paiement des cotisations dues demeure exécutoire.

On peut le cas échéant comprendre que la caisse regrette d'avoir déjà remboursé à la SSEC les cotisations réclamées et payées suite à la décision du 22 janvier 2007 et portant sur les années 2001 à 2005, eu égard aux délais de prescription de l'art. 16 al 2 LAVS, et ce avant de s'assurer que la révision (la reconsidération) de cette décision soit définitive.

6. Partant, le retrait de l'effet suspensif au recours ne repose sur aucun motif qui justifie l'exécution immédiate de la décision dont est recours. A noter que les conclusions du recourant tendant à la restitution de l'effet suspensif sont tout aussi dénuées de sens en ce qui le concerne, car il ne peut en tirer aucun droit immédiat, la décision initiale qui continue en l'état à déployer ses effets ne lui allouant pas de prestations pécuniaires.

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

Statuant sur incident

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Préalablement :

2. Restitue l'effet suspensif au recours.

Au fond :

3. Réserve la suite de la procédure.
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

Florence SCHMUTZ

Sabina MASCOTTO

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