

## **GE\_GERICHTE ATAS/100/2014 vom 21. Januar 2014**

GE Cour de justice, 2014-01-21, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_100\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_100_2014)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/100/2014 du 21 janvier 2014

IT: GE\_GERICHTE ATAS/100/2014 del 21 gennaio 2014

### **Erwägungen**

#### **E. 7**

L'assuré a interjeté recours le 17 décembre 2012 contre ladite décision sur opposition. Il se réfère expressément à la lettre datée du 29 août 2011 par laquelle la Caisse faisait suite à son opposition du 4 juin 2010 et relève qu'il avait dûment répondu aux questions de la Caisse, ce par courrier du 17 novembre 2011, mais n'avait ensuite plus reçu aucune réaction de la part de celle-ci. Il se demande en tout état de cause si les cotisations concernant l'année 2006 ne sont pas prescrites. Il s'étonne enfin de ce que la Caisse, alors qu'elle déclare l'opposition irrecevable, se détermine quand même sur la problématique de fond. Au fond, l'assuré souligne que l'attestation datée du 19 avril 2007 doit être considérée comme nulle, ayant été remplie par l'une de ses employées par erreur.

A/3816/2012 - 4/10 - Selon ses comptes 2006, il a plus de trois clients, il possède le bail des bureaux à son nom, il a engagé du personnel et supporte les pertes pour un total de 80'209 fr. Il ne peut dès lors être que considéré comme un indépendant, et non pas comme un salarié d'un employeur non assujéti. Il demande enfin que les cotisations AVS soient calculées sur la base d'un revenu de 58'322 fr., et en aucun cas sur les chiffres communiqués par l'administration fiscale cantonale, les redressements effectués par celle-ci étant également faux. Le même jour, soit le 17 décembre 2012, il s'est opposé à la décision du 17 décembre 2012 relative à l'année 2007, alléguant être de condition indépendante.

#### **E. 8**

Dans sa réponse du 28 janvier 2013, la Caisse a confirmé l'irrecevabilité du recours interjeté par l'assuré, a rappelé que les cotisations pour l'année 2006 avaient été fixées par décisions du 23 mai 2007, entrées en force, qu'une poursuite avait été engagée par la Caisse le 10 décembre 2012 pour les arriérés de cotisations 2006, que dès lors la créance de cotisations 2006 n'était pas prescrite. Au fond, la Caisse rappelle que l'assuré est administrateur de Y\_\_\_\_\_ et que la rétribution de 200'000 fr. versée à celui-ci en sa qualité d'organe fait partie du salaire déterminant, de sorte que la décision du 23 mai 2007, réclamant à l'assuré des cotisations calculées sur ce montant, en tant que salarié d'un employeur non tenu de cotiser, est fondée.

#### **E. 9**

Dans sa réplique du 27 février 2013, l'assuré s'étonne de ce que la Caisse ne mentionne l'existence d'une décision du 23 mai 2007 que dans son courrier du 28 janvier 2013. Il rappelle à cet égard que dans sa lettre du 29 août 2011, la Caisse déclarait, s'agissant de l'année 2006 notamment, que « nous n'avons pas encore été en mesure d'établir des décomptes définitifs des cotisations et contributions dues ». Il considère dès lors que cette décision du 23 mai 2007 – dont il n'a au demeurant pas trouvé de copie dans son dossier – doit être considérée comme non exécutée et dès lors nulle et non avenue. L'assuré conclut

que, dans la mesure où aucune preuve n'a été fournie quant à la notification de la décision du 23 mai 2007, les cotisations dues pour l'année 2006 sont bel et bien prescrites. Au fond, l'assuré reproche à la Caisse de confondre « honoraires » et « honoraires d'administrateur » et affirme que dans son cas, il s'agit bien d'un simple mandat d'administrateur. Il explique ainsi que les honoraires d'administrateur servent en règle générale à indemniser les travaux de surveillance d'une société, à la convocation à l'assemblée générale des actionnaires, la rédaction d'un procès-verbal, décider et appliquer les desideratas des actionnaires. Un simple administrateur n'est pas engagé dans les

A/3816/2012 - 5/10 - affaires courantes d'une société. Il a pouvoir de délégation. Un administrateur délégué peut avoir les deux casquettes. Selon l'assuré, il apparaît des relevés du compte bancaire que les sommes qu'il a reçues sont irrégulières, tant en espace-temps qu'en valeur monétaire, de sorte que « cela devrait suffire à comprendre que nous ne sommes pas en présence d'une rémunération dite de salarié ». Il ressort au contraire que l'assuré agit bien pour son propre compte avec une prise de risque commerciale, plusieurs facturations d'honoraires diversifiées, ses propres locaux, ses charges commerciales, ses actifs et employés.

#### **E. 10**

Dans sa duplique du 25 mars 2013, la Caisse persiste dans ses conclusions, affirmant avoir dûment notifié la décision du 23 mai 2007 à l'assuré.

#### **E. 11**

La Chambre de céans a ordonné la comparution personnelle des parties le 14 mai 2013. Le mandataire a à cette occasion déclaré que « Je m'occupe des affaires fiscales de l'assuré depuis 2010. Je n'ai pas trouvé dans le dossier de l'assuré la décision du 23 mai 2007. » L'assuré a confirmé que : « Je ne me souviens pas d'avoir reçu cette décision. Vous me montrez l'attestation de salaire 2006. La signature y figurant n'est pas la mienne, elle est celle de Mme W \_\_\_\_\_, qui était ma secrétaire administrative. Elle m'a quitté en septembre 2010 en mauvais termes puisque j'ai été contraint de déposer plainte pénale contre elle car elle falsifiait des documents. Elle n'avait pas l'autorisation de remplir le document qui a été adressé à la caisse, ni de le signer. Je me souviens avoir eu plusieurs entretiens téléphoniques avec la CCGC. J'avais expliqué ma situation. Je contestais devoir être considéré comme salarié d'un employeur non soumis à cotisation. La personne qui m'avait répondu m'avait dit que mon dossier serait réexaminé. Je ne suis pas sûr de n'avoir pas formé opposition par écrit. Ce que je sais, c'est que je n'ai même pas cette décision dans mon dossier. » A l'issue de l'audience, un délai a été imparti à la Caisse pour qu'elle produise les décomptes des 28 mai et 3 juin 2010, ainsi que toutes pièces utiles.

#### **E. 12**

Le 17 mai 2013, la Caisse a précisé que les décisions de cotisations des 28 mai et 3 juin 2010, auxquelles avait fait allusion le mandataire lors de l'audience, concernaient le statut d'employeur de celui-ci. Elle a rappelé qu'elle avait rendu une décision de cotisations personnelles 2007 pour salarié d'un employeur non tenu de cotiser le 10 décembre 2012, à laquelle l'assuré avait formé opposition.

A/3816/2012 - 6/10 - Elle a enfin informé la Chambre de céans qu'elle avait reçu le 11 décembre 2012 les communications fiscales définitives 2006-2007 relatives aux revenus réalisés par l'assuré en tant que conseiller fiscal indépendant, de sorte qu'elle était en

mesure de rendre d'ores et déjà des décisions de cotisations personnelles pour 2006 et 2007. Le revenu communiqué pour 2006 est de 87'091 fr., avec un capital propre de - 4'634 fr. et de 130'962 fr. pour 2007 avec un capital propre de - 15'153 fr.

### **E. 13**

Le 27 mai 2013, l'assuré allègue que, contrairement aux allégations du représentant de la Caisse lors de l'audience du 14 mai 2013, aucune décision de taxation 2006 n'a été rendue. Il prend note que la Caisse a reçu la communication fiscale 2006 le 11 décembre 2012. Il en conclut que « mon recours ne peut pas être déclaré irrecevable, puisqu'il conteste la première décision de l'exercice 2006 notifiée le 11 décembre 2012 au titre de « décision sur opposition », alors que cette décision est visiblement erronée. En conséquence, votre tribunal doit maintenant statuer sur le fond de mon recours, soit sur la prescription du droit de taxer, subsidiairement sur une base de taxation pour « salarié d'un employeur à l'étranger » qui est inappropriée à mon statut effectif d'indépendant. » L'assuré sollicite enfin une nouvelle audition, « afin cette fois d'entrer sur le fond de cette histoire ».

### **E. 14**

Le 30 juillet 2013, la Caisse a maintenu ses conclusions, à savoir l'irrecevabilité du recours à titre principal, et à son rejet à titre subsidiaire. Elle attire l'attention de la Chambre de céans sur les points suivants : « la logique selon laquelle la décision relative à la période de cotisations 2006 devrait faire défaut suite au courrier que la Caisse a fait parvenir à la Cour de céans le 17 mai 2013 et relative à d'autres décisions concernant le recourant, reste pour nous un mystère. En effet, il ressort incontestablement des pièces que nous avons versées à la procédure que la Caisse a bel et bien adressé à l'assuré une décision le 23 mai 2007 concernant la période 2006 (cf. pièce 4 du préavis du 28 janvier 2013) et qu'aucune opposition régulière n'a été interjetée à son encontre. »

### **E. 15**

Ce courrier a été transmis à l'assuré pour information. 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; RS E 2 05) en vigueur dès le 1er 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).

A/3816/2012 - 7/10 - Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. 2. La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, est applicable à la présente procédure. 3. Le recours, interjeté dans la forme et le délai légaux prévus par les art. 56ss LPGA est recevable. 4. Le litige porte, au fond, sur le statut de l'assuré, lequel considère être de condition indépendante et non pas être salarié d'un employeur non assujéti à la LAVS. 5. La Caisse a, par décision du 23 mai 2007, fixé le montant des cotisations dues par l'assuré pour l'année 2006. Elle n'indique pas expressément le statut retenu pour l'assuré. L'attestation de salaires annuelle du 19 avril 2007 sur laquelle elle s'est fondée mentionne toutefois qu'elle le considère comme un salarié. L'assuré allègue n'avoir pas reçu ladite décision, et précise que l'attestation de salaires annuelle a été établie et signée par la secrétaire administrative qui travaillait à l'époque pour lui, sans qu'elle en ait été autorisée. L'assuré souligne quoi qu'il en soit que, aux dires mêmes de la Caisse, les cotisations 2006 n'ont pas été fixées définitivement, puisque le 29 août 2011, la Caisse déclarait, s'agissant

plus particulièrement de l'année 2006, que « nous n'avons pas encore été en mesure d'établir des décomptes définitifs des cotisations et contributions dues ». L'assuré en conclut que les cotisations 2006 sont prescrites. A cet égard, la Caisse rappelle que la décision du 23 mai 2007 est entrée en force et qu'elle a engagé une poursuite contre l'assuré le 10 décembre 2012 pour les arriérés de cotisations 2006. 6. Il s'agit dès lors de déterminer préalablement si la décision du 23 mai 2007 a été ou non notifiée à l'assuré. 7. Le 4 juin 2010, l'assuré, se référant expressément à un décompte de cotisations du 28 mai 2010, a contesté le statut retenu par la Caisse de salarié d'un employeur non assujetti à la LAVS. Il considère en effet être de condition indépendante. Il ne fait aucune allusion à une décision du 23 mai 2007. On peine dès lors à comprendre pour quelle raison la Caisse considère, dans sa décision sur opposition du 11 décembre 2012, que l'opposition vise cette décision du 23 mai 2007. De plus, par courriers du 17 août 2007, soit après que cette décision du 23 mai 2007 ait été établie, la Caisse réclame à l'assuré les certificats de salaires des autres sociétés, n'ayant en sa possession que celui de la société Y \_\_\_\_\_ Ltd pour un montant de 200'000 fr., ainsi que les justificatifs des dépenses relatifs à son activité administratif (frais de déplacement), ce afin de « traiter correctement votre attestation de salaires 2006 ».

A/3816/2012 - 8/10 - Le 29 août 2011 enfin, la Caisse rappelle qu'elle dispose pour l'année 2006 d'éléments afférents aux revenus et frais effectifs que l'assuré lui a remis par courriers des 22 août et 3 septembre 2007, et requiert encore de l'assuré qu'il lui communique un certain nombre de documents, à défaut de quoi elle « considèrera que ces revenus ont été obtenus dans le cadre de son activité salariée pour le compte d'employeurs sis à l'étranger et rendra ses décomptes définitifs 2006 en les englobant dans le revenu déterminant AVS ». 8. Il paraît difficile d'admettre, au vu de ces courriers des 17 août 2007 et 29 août 2011, et selon le degré de vraisemblance requis par la jurisprudence, qu'une décision définitive portant sur les cotisations 2006 ait été notifiée à l'assuré le 23 mai 2007. Quoi qu'il en soit, le fardeau de la preuve de la notification d'un acte et de sa date incombe en principe à l'autorité qui entend en tirer une conséquence juridique (ATF 124 V 402 consid. 2a). En ce qui concerne plus particulièrement la notification d'une décision ou d'une communication de l'administration adressée par courrier ordinaire, elle doit au moins être établie au degré de la vraisemblance prépondérante requis en matière d'assurance sociale (ATF 124 V 402 consid. 2b). L'autorité supporte donc les conséquences de l'absence de preuve (ou de vraisemblance prépondérante) en ce sens que si la notification ou sa date sont contestées et qu'il existe effectivement un doute à ce sujet, il y a lieu de se fonder sur les déclarations du destinataire de l'envoi (ATF non publié du 5 mai 2008, 8C\_621/2007, consid. 4.2). L'envoi sous pli simple ne permet en général pas d'établir que la communication est parvenue au destinataire. La seule présence au dossier de la copie d'une lettre n'autorise pas à conclure avec un degré de vraisemblance prépondérante que cette lettre a été effectivement envoyée par son expéditeur et qu'elle a été reçue par le destinataire (ATF 101 Ia 8 consid. 1). La preuve de la notification d'un acte peut néanmoins résulter d'autres indices ou de l'ensemble des circonstances, en particulier de la correspondance échangée ou de l'absence de protestation de la part d'une personne qui reçoit des rappels (cf. ATF 105 III 46 consid. 3 ; DTA 2000 n. 25 p. 121 consid. 1b, ATF non publié du 21 janvier 2003, C 6/02, consid. 3.2). Force est en l'espèce de considérer que la preuve de la notification de la décision du 23 mai 2007 n'a pas été apportée. 9. Aussi le recours est-il admis et la décision sur opposition du 11 décembre 2012 annulée. 10. Le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA ; art. 89H al. 3 de

la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA ; RS E 5 10).

A/3816/2012 - 9/10 - Le point de savoir si et à quelles conditions une partie a droit à des dépens en instance cantonale de recours lorsqu'elle obtient gain de cause relève du droit fédéral et dépend, d'une part, de l'issue du litige et, d'autre part, de la personne de l'ayant droit (ATF 129 V 115 consid. 2.2 et les arrêts cités). Dès lors que le droit fédéral ne comprend aucune disposition sur la fixation du montant de l'indemnité de dépens en cause, il y a lieu de se référer à la jurisprudence relative à l'art. 85 al. 2 let. f aLAVS, qui reste applicable pour l'interprétation de l'art. 61 let. g LPGA (ATFA non publié du 14 avril 2005, I 245/04, consid. 2.2). L'autorité cantonale chargée de fixer l'indemnité de dépens jouit d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 111 V 49 consid. 4a). En règle ordinaire, les honoraires d'avocat sont fixés en fonction de l'importance et de la difficulté du litige, ainsi que d'après le travail et le temps que le mandataire a dû y consacrer (cf. GRISEL, Traité de droit administratif, p. 848). Pour apprécier l'importance du travail et du temps consacré à la cause, il faut tenir compte du fait que le procès en matière d'assurance sociale est gouverné par la maxime inquisitoire, ce qui, dans de nombreux cas, est de nature à faciliter la tâche du mandataire. L'activité de celui-ci ne doit être prise en considération que dans la mesure où elle s'inscrit raisonnablement dans le cadre de l'accomplissement de sa tâche, à l'exclusion de démarches inutiles ou superflues. De plus, les démarches que le mandataire a entreprises avant l'ouverture de la procédure n'entrent pas en ligne de compte pour déterminer le montant des honoraires (ATF 111 V 49 consid. 4a). On tiendra compte, dans ce contexte, des conséquences économiques qu'aura pour l'intéressé l'issue de la procédure (ATF 114 V 87 consid. 4, ATFA non publié du 23 janvier 2006, I 699/04, consid. 2). La juridiction de céans fixe les dépens sur la base d'une échelle qui comprend un forfait de 500 à 1'000 fr. en fonction de la complexité de l'affaire, à quoi s'ajoute le premier échange d'écritures, estimé de 500 à 2'500 fr. en fonction de l'importance et de la pertinence des écritures et de la complexité de l'affaire, tout échange d'écritures complémentaires étant estimé de 250 à 1'500 fr. selon les mêmes critères, et les audiences de comparution personnelle et d'enquêtes, estimées de 250 à 500 fr. chacune. En l'espèce, compte tenu de la complexité du litige et du nombre d'écritures, les dépens seront fixés à 1'200 fr.

A/3816/2012 - 10/10 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme :

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