

GE_GERICHTE ATAS/1135/2019 vom 10. Dezember 2019

GE Cour de justice, 2019-12-10, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1135_2019

FR: GE_GERICHTE ATAS/1135/2019 du 10 décembre 2019

IT: GE_GERICHTE ATAS/1135/2019 del 10 dicembre 2019

Erwägungen

E. 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), 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.

E. 2

À teneur de l'art. 1 al. 1 LAVS, les dispositions de la LPGA s'appliquent aux art. 1 à 97 LAVS, à moins que la loi n'y déroge expressément. Toutefois, les modifications légales contenues dans la LPGA constituent, en règle générale, une version formalisée dans la loi de la jurisprudence relative aux notions

A/4336/2018 - 8/20 - correspondantes avant l'entrée en vigueur de la LPGA ; il n'en découle aucune modification du point de vue de leur contenu, de sorte que la jurisprudence développée à leur propos peut être reprise et appliquée (ATF 130 V 343 consid. 3).

E. 3

Le délai de recours est de trente jours (art. 60 al. 1 LPGA et art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA-GE - E 5 10]). Lorsque le délai échoit un samedi, un dimanche ou un jour férié selon le droit fédéral ou cantonal, son terme est reporté au premier jour ouvrable qui suit (art. 38 al. 3 LPGA et 17 al. 3 LPA-GE). En l'espèce, la décision litigieuse a été reçue par la recourante le 8 novembre 2018. Le délai de recours échéant le samedi 8 décembre, il est reporté au lundi 10 décembre 2018, de sorte que le recours, posté à cette date, a été interjeté en temps utile. Respectant également les formes prescrites par la loi, il est recevable (art. 56 à 61 LPGA).

E. 4

Le litige porte sur le point de savoir si l'intimée est en droit de soumettre au paiement de charges sociales la rémunération que la recourante a versée à une société sous-traitante en 2013, 2014 et 2016. Puisque celle-ci est une entreprise sise au Portugal, ce litige présente un caractère transfrontalier. Aussi convient-il de déterminer, dans un premier temps, le droit applicable.

E. 5

a. L'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP – RS 0.142.112.681) est entré en vigueur le 1er juin 2002 et, simultanément avec lui, le Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes

de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (règlement n° 1408/71 – RO 2004 121). Jusqu'au 31 mars 2012, les parties à l'ALCP appliquaient entre elles le règlement n° 1408/71. Une décision n° 1/2012 du Comité mixte du 31 mars 2012 (RO 2012 p. 2345) a actualisé le contenu de l'Annexe II à l'ALCP avec effet au 1er avril 2012 et il a été prévu, en particulier, que les Parties appliqueraient désormais entre elles le Règlement (CE) n° 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) n° 988/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 (règlement n° 883/2004 – RS 0.831.109.268.1). Compte tenu de l'objet temporel du litige qui concerne les cotisations sociales dues pour les années 2013, 2014 et 2016, il y a lieu d'appliquer le règlement n° 883/2004. b. Aux termes de l'art. 16 par. 2 ALCP, dans la mesure où l'application de l'Accord implique des notions de droit communautaire, il sera tenu compte de la jurisprudence pertinente de la Cour de justice des Communautés européennes

A/4336/2018 - 9/20 - antérieure à la date de sa signature. Dans un arrêt de principe du 26 novembre 2015 (ATF 142 II 35), le Tribunal fédéral a rappelé que, de jurisprudence constante, dans le but d'assurer une situation juridique parallèle entre les États membres de la Communauté européenne, d'une part, et entre ceux-ci et la Suisse, d'autre part, il s'inspire des arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne après la date de signature de l'ALCP (21 juin 1999), pour autant que des motifs sérieux ne s'y opposent pas (arrêt du Tribunal fédéral 2C_944/2015 du 16 mars 2015 consid. 2.1 ; cf. également ATF 142 V 2 consid. 6.5.2).

E. 6

a. En vertu de son art. 2 par. 1, le règlement n° 883/2004 s'applique aux ressortissants de l'un des États membres, aux apatrides et aux réfugiés résidant dans un État membre qui sont ou ont été soumis à la législation d'un ou de plusieurs États membres, ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants. Selon son art. 3 par. 1, ce règlement s'applique à toutes les législations relatives aux branches de sécurité sociale qui concernent : les prestations de maladie (let. a) ; les prestations de maternité et de paternité assimilées (let. b) ; les prestations d'invalidité (let. c) ; les prestations de vieillesse (let. d) ; les prestations de survivant (let. e) ; les prestations en cas d'accidents du travail et de maladies professionnelles (let. f) ; les prestations de décès (let. g) ; les prestations de chômage (let. h) ; les prestations de préretraite (let. i) ; les prestations familiales (let. j). b. Le titre II du règlement n° 883/2004 permet de déterminer la législation applicable. L'art. 11 par. 1 énonce le principe de l'unicité de la législation applicable, dans le sens de l'applicabilité de la législation d'un seul État membre. Les principes de base d'affiliation sont prévus à l'art. 11 par 3 du règlement n° 883/2004. Ainsi, à teneur de l'art. 11 par. 3 let. a dudit règlement, sous réserve des art. 12 à 16, la personne qui exerce une activité salariée ou non salariée dans un État membre est soumise à la législation de cet État membre. Cette disposition prescrit ainsi une obligation de cotiser dans le lieu de travail de l'assuré (lex labori) (ATAS/672/2016 du 24 août 2016 consid. 6). Les termes « activité salariée » et « activité non salariée » désignent une activité, ou une situation assimilée, qui est considérée comme telle pour l'application de la législation de sécurité sociale de l'État membre dans lequel cette activité est exercée ou la situation assimilée se produit (art. 1 let. a et b du règlement n° 883/2004). c. L'art. 12 règlement n° 883/2004 traite de la situation des travailleurs détachés. Il prévoit que la personne qui exerce une activité salariée dans un État membre

pour le compte d'un employeur y exerçant normalement ses activités, et que cet employeur détache pour effectuer un travail pour son compte dans un autre État membre, demeure soumise à la législation du premier État membre, à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas vingt-quatre mois et que cette personne ne soit pas envoyée en remplacement d'une autre personne détachée (art. 12 par. 1). La personne qui exerce normalement une activité non salariée dans

A/4336/2018 - 10/20 - un État membre et qui part effectuer une activité semblable dans un autre État membre demeure soumise à la législation du premier État membre, à condition que la durée prévisible de cette activité n'excède pas vingt-quatre mois (art. 12 par. 2). La période de détachement est ainsi de maximum vingt-quatre mois. Afin d'attester de son affiliation au régime de sécurité sociale, le travailleur détaché dispose d'une attestation A1 délivrée par les institutions de l'État d'établissement en application des art. 11 à 16 du règlement n° 883/2004 et de l'art. 19 du règlement n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement n° 883/2004 (règlement n° 987/2009 – RS 0.831.109.268.11). L'art. 19 par. 2 du règlement n° 987/2009 prévoit qu'à la demande de la personne concernée ou de l'employeur, l'institution compétente de l'État membre dont la législation est applicable en vertu d'une disposition du titre II du règlement n° 883/2004 atteste que cette législation est applicable et indique, le cas échéant, jusqu'à quelle date et à quelles conditions. À teneur de l'art. 14 par. 1 du règlement n° 987/2009, aux fins de l'application de l'art. 12 par. 1 du règlement n° 883/2004, une « personne qui exerce une activité salariée dans un État membre pour le compte d'un employeur y exerçant normalement ses activités, et que cet employeur détache dans un autre État membre » peut être une personne recrutée en vue de son détachement dans un autre État membre, à condition qu'elle soit, juste avant le début de son activité salariée, déjà soumise à la législation de l'État membre dans lequel est établi son employeur. À teneur de l'art. 14 par 2 du règlement n° 987/2009, aux fins de l'application de l'art. 12 par. 1 du règlement n° 883/2004, les termes « y exerçant normalement ses activités » désignent un employeur qui exerce généralement des activités substantielles autres que des activités de pure administration interne sur le territoire de l'État membre dans lequel il est établi. Ce point est déterminé en tenant compte de tous les facteurs caractérisant les activités de l'entreprise en question ; les facteurs pertinents doivent être adaptés aux caractéristiques propres de chaque employeur et à la nature réelle des activités exercées. d. L'art. 13 du règlement n° 883/2007 a trait à l'exercice d'activités dans deux ou plusieurs États membres. La teneur citée ici est celle en vigueur dès le 1er avril 2012, les modifications entrées en vigueur au 1er janvier 2015 n'étant pas pertinentes pour la résolution du cas d'espèce. À teneur de l'art. 13 par. 1 du règlement n° 883/2004, la personne qui exerce normalement une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres est soumise : à la législation de l'État membre de résidence, si elle exerce une partie substantielle de son activité dans cet État membre ou si elle dépend de plusieurs entreprises ou de plusieurs employeurs ayant leur siège social ou leur siège d'exploitation dans différents États membres (let. a) ; ou à la législation de l'État membre dans lequel l'entreprise ou l'employeur qui l'emploie a son siège ou son

A/4336/2018 - 11/20 - domicile, si la personne n'exerce pas une partie substantielle de ses activités dans l'État membre de résidence (let. b). Selon l'art. 14 par. 5 du règlement n° 987/2009, aux fins de l'application de cette dernière disposition, une personne qui « exerce normalement une activité salariée dans deux ou plusieurs États membres » désigne une

personne qui exerce simultanément, ou en alternance, pour la même entreprise ou le même employeur ou pour différentes entreprises ou différents employeurs, une ou plusieurs activités différentes dans deux États membres ou plus. À teneur de l'art. 13 par. 2 du règlement n° 883/2004, La personne qui exerce normalement une activité non salariée dans deux ou plusieurs États membres est soumise : à la législation de l'État membre de résidence, si elle exerce une partie substantielle de son activité dans cet État membre (let. a) ; à la législation de l'État membre dans lequel se situe le centre d'intérêt de ses activités, si la personne ne réside pas dans l'un des États membres où elle exerce une partie substantielle de son activité (let. b). Selon l'art. 14 par. 6 du règlement n° 987/2009, aux fins de l'application de cette dernière disposition, une personne qui « exerce normalement une activité non salariée dans deux ou plusieurs États membres » désigne en particulier une personne qui exerce, simultanément ou en alternance, une ou plusieurs activités non salariées différentes, quelle qu'en soit la nature, dans deux États membres ou plus. Enfin, l'art. 14 par. 7 du règlement n° 987/2009 précise que pour distinguer les activités visées aux paragraphes 5 et 6 des situations décrites à l'art. 12 par. 1 et 2 du règlement n° 883/2004, la durée de l'activité exercée dans un ou plusieurs États membres (qu'elle soit de nature permanente ou ponctuelle et temporaire) est un facteur déterminant. À ces fins, il est procédé à une évaluation globale de tous les faits pertinents, y compris, en particulier dans le cas d'une activité salariée, le lieu de travail tel qu'il est défini dans le contrat d'engagement.

E. 7

a. Pour l'établissement des faits pertinents, il y a lieu d'appliquer les principes ordinaires régissant la procédure en matière d'assurances sociales, à savoir, en particulier, la maxime inquisitoire, ainsi que les règles sur l'appréciation des preuves et le degré de la preuve. b. La maxime inquisitoire signifie que l'assureur social et, en cas de litige, le juge, établissent d'office les faits déterminants, avec la collaboration des parties, sans être lié par les faits allégués et les preuves offertes par les parties, en s'attachant à le faire de manière correcte, complète et objective afin de découvrir la réalité matérielle (art. 43 LPGA ; art. 19 s., 22 ss, 76 et 89A LPA ; Ghislaine FRÉSARD FELLAY / Bettina KAHIL-WOLFF / Stéphanie PERRENOUD, Droit suisse de la sécurité sociale, vol. II, 2015, p. 499 s.). Les parties ont l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués ; à défaut, elles s'exposent à devoir

A/4336/2018 - 12/20 - supporter les conséquences de l'absence de preuve (art. 28 LPGA ; ATF 125 V 193 consid. 2 ; 122 V 157 consid. 1a ; 117 V 261 consid. 3b et les références).

c. Comme l'administration, le juge apprécie librement les preuves administrées, sans être lié par des règles formelles (art. 61 let. c LPGA). Il lui faut examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les pièces du dossier et autres preuves recueillies permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux. Il lui est loisible, sur la base d'une appréciation anticipée des preuves déjà disponibles, de refuser l'administration d'une preuve supplémentaire au motif qu'il la tient pour impropre à modifier sa conviction (ATF 131 III 222 consid. 4.3 ; ATF 129 III 18 consid. 2.6 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_5/2011 du 24 mars 2011 consid. 3.1). d. Une preuve absolue n'est pas requise en matière d'assurances sociales. L'administration et le juge fondent leur décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré

de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 ; 126 V 353 consid. 5b ; 125 V 193 consid. 2 et les références). Il n'existe pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 319 consid. 5a ; Ghislaine FRÉSARD-FELLAY / Bettina KAHIL-WOLFF / Stéphanie PERRENOUD, op. cit., p. 517 s.). Reste réservé le degré de preuve requis pour la notification de décisions, l'exercice d'un moyen de droit, le contenu d'une communication dont la notification est établie (ATF 124 V 400 ; 121 V 5 consid. 3b ; 119 V 7 consid. 3c/bb ; ATAS/286/2018 du 3 avril 2018 consid. 3 ; ATAS/763/2016 du 27 septembre 2016 consid. 4 et 5c).

E. 8

En l'espèce, la recourante indique avoir sous-traité divers travaux, en 2013, 2014 et 2016, à une entreprise sise au Portugal. Selon ses dires, seuls les deux frigoristes dirigeant ladite entreprise et employés par celle-ci seraient venus travailler en Suisse. Hormis le nom de cette société et les factures émises par cette dernière à son égard, la recourante n'a produit aucun autre document attestant de la situation de ladite société ou du nombre de ses employés. Comme l'a indiqué son administrateur lors de l'audience de comparution personnelle, elle ne s'est pas soucié de la situation en matière d'assurances sociales de cette société, ignorant qu'il convenait de lui demander une copie de l'attestation A1 émise par la sécurité sociale portugaise et confirmant la soumission de ses employés aux assurances sociales portugaise. Dans le cadre de la présente procédure, l'intimée a par ailleurs produit un courriel de l'OFAS expliquant que l'organisme portugais compétent avait indiqué, après avoir procédé à certaines vérifications dans leurs services de district, n'avoir trouvé aucune trace d'attestations A1 émises pour cet employeur.

A/4336/2018 - 13/20 - À défaut de telles attestations, et à défaut d'autres indications que celles fournies par la recourante, la chambre de céans n'est pas en mesure d'examiner si les règles de conflit dérogeant au principe fixé à l'art. 11 al. 3 let. a du règlement n° 883/2004 pourraient trouver application au cas d'espèce. Par conséquent, conformément à cette dernière disposition, il convient d'examiner l'activité effectuée en Suisse par l'entreprise sous-traitante portugaise sous l'angle du droit suisse (art. 11 al. 3 let. a du règlement n° 883/2004).

E. 9

Le droit suisse étant applicable, il convient à présent de déterminer les obligations de A_____ SA vis-à-vis des deux dirigeants, voire autres employés de la société portugaise ayant travaillé sur ses chantiers en Suisse. À cette fin, il faut d'abord déterminer leur statut.

E. 10

Selon l'art. 1a al. 1 let. b LAVS, sont notamment assurées à titre obligatoire à la LAVS les personnes physiques exerçant en Suisse une activité lucrative. Est réputé salarié celui qui fournit un travail dépendant et qui reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens des lois spéciales (art. 10 LPGa). Est considéré comme exerçant une activité lucrative indépendante celui dont le revenu ne provient pas de l'exercice d'une activité en tant que salarié. Une personne exerçant une activité lucrative indépendante peut simultanément avoir la qualité de salarié si elle reçoit un salaire correspondant (art. 12 LPGa). 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). D'après l'art. 5 al. 2 LAVS, on considère comme salaire déterminant toute rétribution pour un travail dépendant effectué dans un temps déterminé ou indéterminé ; quant au revenu provenant d'une activité indépendante, il comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante (art. 9 al. 1 LAVS).

E. 11

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 ils 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

A/4336/2018 - 14/20 - 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 (ATF 123 V 162 consid. 1, 122 V 171 consid. 3a, 283 consid. 2a, 119 V 161 consid. 2 et les arrêts cités). 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 (RCC 1989 p. 111 consid. 5a, 1986 p. 651 consid. 4c, 1982 p. 178 consid. 2b). Le recours du travailleur à des tiers en qualité d'auxiliaires n'exclut toutefois pas à lui seul l'existence d'un tel lien de dépendance (ATF 97 V 217 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 199/05 du 30 juin 2005 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_303/2010 consid. 4.2). 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). Seul un examen détaillé de l'ensemble des circonstances économiques concrètes du cas d'espèce permet de déterminer si l'on est en présence d'une activité dépendante ou indépendante. Cela étant, 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 des assurances H 19/2006 du 14 février 2007 ; Raphael LANZ, Die Abgrenzung der selbständigen von den unselbständigen Erwerbstätigkeit im Sozialversicherungs-, Steuer- und Zivilrecht, in: PJA 12/1997 p. 1474 ss ; P.-Y. GREBER/

J.-L. DUC/ G. SCARTAZZINI, Commentaire des art. 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, n. 103 ad art. 5 LAVS; Hanspeter KÄSER, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, Berne 1996, p. 120, n. 4.30).

E. 12

a. Ni le droit suisse ni la jurisprudence ne donnent de définition précise de la sous- traitance. Selon la définition communément admise par la doctrine, le contrat de sous-traitance est le contrat d'entreprise par lequel une partie (le sous-traitant) s'engage à l'égard d'une autre (l'entrepreneur principal) à effectuer tout ou partie de la prestation de l'ouvrage que celui-ci s'est engagé à réaliser pour un maître (le maître principal; Peter GAUCH, Der Werkvertrag, 5ème éd. 2011, n. 137 p. 53; Pierre TERCIER/ Pascal G. FAVRE, Les contrats spéciaux, 4ème éd. 2009, p. 644, n. 4290 ; voir également François CHAIX, Le contrat de sous-traitance en droit suisse, 1995, p. 85 ss. ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_782/2014 du 25 août 2015 consid. 6.1.1).

A/4336/2018 - 15/20 - Entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant, la relation est régie par un contrat d'entreprise au sens de l'art. 363 du code des obligations (CO – RS 220), la seule particularité tenant au fait que c'est un entrepreneur (à l'égard du maître) qui tient le rôle du sous-traitant. Ce contrat étant totalement indépendant du contrat principal passé entre le maître et l'entrepreneur principal, en vertu du principe de la relativité des conventions (ATF 124 III 64, JdT 1998 I 612), c'est donc l'entrepreneur principal qui répond à l'égard du maître principal de l'exécution des travaux effectués par les sous-traitants ; ceux-ci sont en effet des auxiliaires de l'exécution (art. 101 CO ; ATF 116 II 305, JdT 1991 I 173). Pour sa part, en l'absence de convention contraire (par ex. sous forme d'une clause indépendante de garantie du sous-traitant envers le maître principal), le sous-traitant répond uniquement à l'égard de l'entrepreneur principal des éventuels défauts de l'ouvrage (art. 367 ss CO ; Pierre TERCIER/ Pascal G. FAVRE, op. cit. n. 4294 ss). Les sous-traitants (tâcherons) sont généralement réputés exercer une activité dépendante. Ils sont seulement considérés comme personnes exerçant une activité indépendante s'il est prouvé que les caractéristiques de la libre entreprise dominant manifestement et si l'on peut admettre, d'après les circonstances, qu'ils traitent sur un pied d'égalité avec l'entrepreneur qui leur a confié le travail (arrêt du Tribunal fédéral 8C_597/2011 du 10 mai 2012 consid. 2.3 et les références citées). b. Dans un arrêt du 27 février 1970, le Tribunal fédéral des assurances a considéré qu'en présence d'un dossier ne contenant ni convention ni décomptes écrits, on ne pouvait déduire de la simple production de quittances signées par un sous-traitant que celui-ci formait, avec un associé, une société simple mandatée par l'entrepreneur principal. Aussi le TFA a-t-il jugé que les associés A et B ne traitaient pas sur un pied d'égalité avec l'entrepreneur qui leur avait confié le travail, d'autant que la preuve d'une activité indépendante n'avait pas été apportée (RCC 1970 p. 369-370). Dans le secteur du gros-œuvre et du second œuvre, la question de savoir si le sous- traitant traite sur un pied d'égalité avec l'entrepreneur principal dépend notamment de la question de savoir qui répond de l'exécution défectueuse des travaux vis-à-vis du maître de l'ouvrage (arrêt du Tribunal fédéral H 191/05 du 30 juin 2006 consid. 4.1).

E. 13

En l'espèce, selon les informations figurant au dossier et les allégués de la recourante en audience, les deux frigoristes portugais ont travaillé sur divers chantiers que devait terminer la recourante. S'ils ont apparemment fourni en tout cas une partie du matériel nécessaire à

l'accomplissement des divers travaux, il ne semble pas qu'ils auraient encouru un quelconque risque économique, la recourante devant rendre seule des comptes aux entreprises qui l'avaient mandatée. Rien ne permet en outre de penser que la société portugaise aurait été très libre dans son organisation. L'administrateur de la recourante a d'ailleurs indiqué qu'il supervisait lui-même les chantiers. Enfin, la recourante indique que les deux frigoristes

A/4336/2018 - 16/20 - dirigeant la société portugaise étaient employés par celle-ci, et à aucun moment elle ne soutient qu'ils devraient être considérés comme indépendants. Au vu de ce qui précède, et conformément aux jurisprudences susmentionnées, la preuve d'une activité indépendante n'étant pas apportée (ni même alléguée), les employés de l'entreprise portugaise ayant travaillé en Suisse doivent être considérés comme étant employés de la recourante, et les rémunérations versées à l'entreprise portugaise comme du salaire.

E. 14

La recourante conclut subsidiairement à ce que les reprises sur salaires soient réduites à CHF 80'000.- pour 2013, CHF 120'000.- pour 2014, et CHF 192'000.- pour 2016 et à ce que les factures rectificatives soient corrigées en conséquence. a. À teneur de l'art. 14 al. 1 LAVS, les cotisations perçues sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité lucrative dépendante sont retenues lors de chaque paie. Elles doivent être versées périodiquement par l'employeur en même temps que la cotisation d'employeur. L'art. 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 ss RAVS, prescrit l'obligation pour l'employeur de déduire sur chaque salaire la cotisation du salarié et de verser celle-ci à la caisse de compensation avec sa propre cotisation. Pendant l'année, les employeurs doivent verser périodiquement des acomptes de cotisations ; pour fixer les acomptes, la caisse de compensation se base sur la masse salariale probable (art. 35 al. 1 RAVS). Les employeurs sont tenus d'informer la caisse de compensation chaque fois que la masse salariale varie sensiblement en cours d'année (art. 35 al. 2 LAVS). Les employeurs doivent fournir le décompte des salaires dans les trente jours qui suivent le terme de la période de décompte, qui comprend une année civile (art. 36 al. 2 et 3 phr. 1 RAVS), de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. La caisse de compensation établit le solde entre les acomptes versés et les cotisations effectivement dues, sur la base du décompte ; les cotisations encore dues doivent être versées dans les trente jours à compter de la facturation ; les cotisations versées en trop sont restituées ou compensées (art. 36 al. 4 RAVS). La LAVS s'applique par analogie à la fixation et la perception des cotisations de l'assurance-invalidité (art. 3 al. 1 phr. 1 de la loi sur l'assurance invalidité - LAI - RS 831.20), des cotisations dues pour les allocations pour perte de gain (art. 27 al. 2 phr. 1 de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952 - LAPG - RS 834.1) et des cotisations dues pour les prestations de l'assurance-chômage (art. 6 de la loi fédérale sur l'assurance chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 - LACI - RS 837.0). Il incombe aux caisses de compensation pour allocations familiales admises de fixer et prélever les cotisations (art. 15 al. 1 let.b de la loi fédérale sur les allocations familiales du 24 mars 2006 LAFam – RS 836.2), au nombre desquelles figurent celles qui sont gérées par des caisses de compensation AVS (art. 14 let. c LAFam).

A/4336/2018 - 17/20 - b. L'obligation de payer les cotisations et de fournir les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'art. 52

LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 193 consid. 2a). À teneur de l'art. 52 LAVS, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation (al. 1). Si l'employeur est une personne morale, les membres de l'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à titre subsidiaire du dommage ; lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles répondent solidairement de la totalité du dommage (al. 2). c. Dans un arrêt du 23 janvier 2017, la chambre de céans a confirmé la décision d'une caisse de compensation reprenant les rémunérations versées par la recourante à un sous-traitant étranger à titre de salaire, sous déduction d'un forfait de 35% pour le matériel. Ce forfait de 35% ressortait d'un courrier rédigé par le sous-traitant étranger, dans lequel ce dernier avait proposé d'inclure dans ses factures un forfait pour le matériel (peintures, papiers peints, fourniture etc.) équivalant à 35% de sa production (ATAS/52/2017 consid. 13).

E. 15

En l'espèce, la recourante soutient que les montants de CHF 80'000.- pour 2013, CHF 120'000.- pour 2014, et CHF 192'000.- pour 2016 correspondraient au salaire maximum auquel pourraient prétendre les deux dirigeants de la société portugaise ayant travaillé sur ses chantiers. Les montants restants, à savoir CHF 180'325.- pour 2013, CHF 161'748.- pour 2014 et CHF 435'510.- pour 2016, correspondraient, selon elle, aux frais encourus par la société portugaise (frais de déplacement, de matériel, d'hébergement, charges sociales portugaises et marge de la société portugaise). Elle allègue qu'ils auraient conclu oralement une « sorte de forfait » d'environ CHF 250.- par jour et par personne pour la nourriture et le logement, et que les sous-traitants amenaient par ailleurs leur matériel (tubes, colliers, soudure), le seul qu'elle fournissait étant le compresseur. Il n'y avait selon elle pas de forfait pour le matériel, dès lors que le matériel utilisé dépendait de ce qu'ils installaient. La chambre de céans ne saurait se contenter de ces allégations non étayées pour réduire les montants réclamés par l'intimée. Si seuls les montants calculés par la recourante devaient être retenus à titre de salaire, cela signifierait que les sommes de CHF 180'325.-, CHF 161'748.- et CHF 435'510.- correspondraient à divers frais encourus par la société sous-traitante (logement, repas, matériel, transport), ce qui paraît manifestement excessif en comparaison. Les pièces produites avec ses dernières écritures, qui attesteraient de la pratique dans la profession de frigoriste, ne peuvent constituer une preuve valable des faits allégués par la recourante dans le cadre de la présente procédure.

A/4336/2018 - 18/20 - Par ailleurs, rien ne démontre que seuls deux employés au maximum auraient travaillé en Suisse sur les chantiers de la recourante. Si trois des factures figurant au dossier semblent mentionner le nombre de travailleurs (à savoir un ou deux), elles concernent des montants de respectivement EUR 63'500.-, EUR 50'000.- et EUR 65'200.-, soit parmi les moins importants des factures adressées par la société sous-traitante (dont de nombreuses factures s'élèvent à plus de EUR 90'000.-, et une à EUR 145'200.-). Au vu des sommes en jeu, la recourante n'a pas démontré, au degré de la vraisemblance prépondérante, que seuls deux employés de la société portugaise auraient travaillé en Suisse. Étant donné le devoir de collaboration de la recourante, sans la moindre preuve sur le nombre d'employés affectés à ces travaux, le matériel prétendument fourni par la société portugaise, et ses frais de fonctionnement, la chambre de céans ne peut que confirmer la décision sur opposition querellée, qui ne prête pas le flanc à la critique. À défaut d'éléments

tangibles de preuve démontrant le contraire, l'intégralité des sommes versées par la recourante à la société portugaise doit être considérée comme du salaire soumis à cotisations.

E. 16

Il sied enfin de relever qu'en réclamant à la recourante les arriérés de cotisations par décision du 9 janvier 2018, l'intimée a exercé à temps son droit de fixer les cotisations (art. 24 al. 1 LPGA, 16 al. 1 LAVS et 39 al. 1 RAVS). Elle était également fondée à lui réclamer des intérêts moratoires (art. 41bis al. 1 let. b RAVS). La détermination de leur montant est correcte.

E. 17

a. La recourante a fait valoir, dans le cadre de son opposition, les difficultés financières auxquelles elle serait confrontée si elle devait s'acquitter des cotisations réclamées, et, devant la chambre de céans, le fait qu'elle pensait que les employés portugais étaient en règle. Ces éléments pourraient constituer une demande de remise. b. Aux termes de l'art. 14 al. 4 let. d LAVS, le Conseil fédéral édicte des dispositions sur la remise du paiement des cotisations arriérées, même en dérogation à l'art. 24 LPGA. Selon l'art. 40 RAVS, celui qui pouvait croire de bonne foi qu'il ne devait pas les cotisations réclamées en sera exonéré pour le tout ou en partie lorsque le paiement de ces cotisations lui imposerait une charge trop lourde au regard de ses conditions d'existence (al. 1). La remise est accordée par la caisse de compensation, sur demande écrite de la personne tenue de payer des cotisations arriérées. Cette demande doit être motivée et être adressée à la caisse de compensation dans les trente jours à dater de la notification de l'ordre de paiement (al. 2). S'il est manifeste que les conditions posées à l'al. 1 sont remplies, la caisse de compensation peut aussi prononcer d'office la remise (al. 3). Les directives de l'OFAS sur la perception des cotisations dans l'AVS, AI et APG (DP) valables dès le 1er janvier 2008, qui sont régulièrement mises à jour notamment par rapport à l'évolution de la jurisprudence, comportent notamment les A/4336/2018 - 19/20 - principes suivants : dès l'instant que les cotisations réclamées font l'objet d'une procédure de recours, la remise de ces cotisations peut être demandée en cours de procès, à titre de conclusion subsidiaire (ch. 3064 DP). La caisse de compensation doit alors se prononcer sur cette demande et faire à ce sujet une proposition au juge (décision rendue « lite pendente »). Cette proposition tient lieu de décision de remise et permet au juge de statuer sur la question (RCC 1950, p. 260 ; ch. 3065 DP). c. En l'occurrence, il peut être considéré que la recourante a formé une demande de remise dans le cadre de son recours, si bien que la cause sera renvoyée à l'intimée pour examen de cette demande.

E. 18

Compte tenu de ce qui précède, le recours doit être rejeté. La cause sera renvoyée à l'intimée pour examiner si une remise de l'obligation de payer les cotisations arriérées peut être octroyée à la recourante et, ceci fait, rendre une nouvelle décision sur ce point. La recourante, qui succombe, n'a pas droit à des dépens (art. 61 let. g LPGA). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/4336/2018 - 20/20 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant À la forme :

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