

GE_GERICHTE ATAS/1194/2021 vom 24. November 2021

GE Cour de justice, 2021-11-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1194_2021

FR: GE_GERICHTE ATAS/1194/2021 du 24 novembre 2021

IT: GE_GERICHTE ATAS/1194/2021 del 24 novembre 2021

Erwägungen

E. 1.1

Il se justifie de statuer sur les deux recours par un même arrêt, dès lors qu'ils portent sur la même décision et sont fondés sur les mêmes motifs.

E. 1.2

Les deux recours ont été interjetés en temps utile (art. 60 LPGA), dans le respect des exigences, peu élevées, de forme et de contenu prescrites par la loi (art. 61 let. b LPGA ; cf. aussi art. 89B de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

E. 1.3

Tant l'intéressé que la fiduciaire ont qualité pour recourir (art. 59 LPGA).

E. 1.4

Les deux recours sont donc recevables.

E. 2

Le 1er janvier 2021 est entrée en vigueur la modification du 21 juin 2019 de la LPGA. Les recours restent cependant soumis à l'ancien droit, dès lors qu'ils étaient pendants devant la chambre de céans au 1er janvier 2021 (cf. art. 82a LPGA ; RO 2020 5137 ; FF 2018 1597 ; erratum de la CdR de l'Ass.féd. du 19 mai 2021, publié le 18 juin 2021 in RO 2021 358).

E. 3

La décision attaquée comporte celle que, du point de vue de l'AVS, le recourant n° 1 avait auprès de la recourante n° 2 le statut de salarié durant les exercices 2013 à 2016, et c'est en tant que telle qu'elle est attaquée par les deux recourants. Ceux-ci ne contestent pas les montants respectifs des reprises de masses salariales et, partant, de cotisations sociales et d'intérêts moratoires décidées par l'intimée, pour le cas où le statut de dépendant retenu par cette dernière serait confirmé par la chambre de céans. La décision attaquée ne l'est pas en tant qu'elle concerne un complément de salaire de CHF 1'239.- versé à Mme D_____ pour octobre 2013.

E. 4.1

L'AVS définit très largement le champ des personnes assurées obligatoirement à l'AVS, conformément à une conception universaliste voulant que ladite assurance sociale couvre en principe l'ensemble de la population active et non-active professionnellement. Dès les débuts de l'AVS, ont été notamment assurées obligatoirement les personnes physiques domiciliées en Suisse, exerçant

A/1761/2020 - 8/14 - ou non une activité lucrative, et les personnes physiques exerçant en Suisse une activité lucrative (art. 1a LAVS, à l'origine art. 1 LAVS ; art. 1 ss du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 31 octobre 1947 – RAVS – RS 831.101). Les assurés sont tenus de payer des cotisations, tant qu'ils exercent une activité lucrative s'agissant de ceux qui en exercent une et, s'agissant de ceux qui sont sans activité lucrative, à compter du 1er janvier de l'année qui suit la date à laquelle elles ont eu 20 ans jusqu'à la fin du mois où les femmes atteignent l'âge de 64 ans et les hommes l'âge de 65 ans (art. 3 al. 1 LAVS). Les cotisations des assurés qui exercent une activité lucrative sont calculées en pour-cent du revenu provenant de l'activité lucrative dépendante et indépendante (art. 4 al. 1 LAVS). Elles sont respectivement de 4.2 % du revenu provenant d'une activité dépendante (art. 5 al. 1 LAVS) – et s'y ajoutent alors les cotisations d'employeurs, également de 4.2 % (art. 12 s. LAVS) – et en principe de 7.8 % du revenu provenant d'une activité indépendante (art. 8 al. 1 LAVS). 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).

E. 4.2

Le revenu provenant d'une activité dépendante comprend toute rétribution pour un travail dépendant effectué dans un temps déterminé ou indéterminé (art. 5 al. 2 LAVS ; art. 7 ss RAVS). Quant à lui, le revenu provenant d'une activité indépendante comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante (art. 9 al. 1 LAVS ; art. 17 ss RAVS ; cf. aussi art. 12 al. 1 LPGA). La distinction entre activité dépendante et indépendante revêt de l'importance, notamment parce que l'assuré doit verser lui-même la totalité de sa cotisation s'il est indépendant, tandis que s'il est salarié son employeur doit en payer la moitié, et que les cotisations dues sur le revenu provenant d'une activité lucrative indépendante ne peuvent être prélevées à la source, contrairement à celles perçues sur le salaire déterminant (Michel VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI]. Commentaire thématique, 2011, n. 214).

E. 4.3

Selon l'art. 12 al. 2 LPGA, une personne exerçant une activité lucrative indépendante peut simultanément avoir la qualité de salariée si elle reçoit un salaire correspondant. Ainsi, en cas d'exercice simultané de plusieurs activités

A/1761/2020 - 9/14 - lucratives, il faut examiner pour chacune d'elles si le revenu en découlant est celui d'une activité indépendante ou salariée ; il n'y a pas lieu de les qualifier globalement (arrêt du Tribunal fédéral 9C_219/2009 du 21 août 2009 consid. 4.4 ; Michel VALTERIO, op. cit., n. 215 et 297).

E. 5.1

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, ce sont les circonstances économiques. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir quelques indices pour la qualification en matière d'AVS, mais ne sont pas déterminants. Doit en principe être considéré comme exerçant une activité dépendante, celui qui dépend de son employeur du point de vue économique ou dans l'organisation du travail et ne supporte pas de risque économique analogue à celui qui est encouru par l'entrepreneur. Ces principes ne conduisent cependant pas à eux seuls à des solutions uniformes, applicables schématiquement. Les manifestations de la vie économique revêtent en effet des formes si diverses qu'il faut décider dans chaque cas particulier si l'on est en présence d'une activité dépendante ou d'une activité indépendante en considérant toutes les circonstances de ce cas. Souvent, on trouve des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activité ; pour trancher la question, il faut se demander quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 6/05 du 19 mai 2006 consid. 2.2 ; ATF 123 V 162 consid. 1 et les arrêts cités ; ATAS/1071/2016 du 19 décembre 2016 consid. 4 à 7 ; P.-Y. GREBER / J.-L. DUC / G. SCARTAZZINI, Commentaire des art. 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS], 1997, ch. 94 ad art. 4 LAVS et les références sous note n° 151). Il n'existe aucune présomption juridique en faveur de l'activité salariée ou indépendante (Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG [DSD] éditées par l'OFAS, ch. 1020).

E. 5.2

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. Une prohibition de faire concurrence et un devoir de présence sont des indices en faveur d'un lien de dépendance (cf. DSD ch. 1015). Il en va de même lorsque la collaboration est régulière, autrement dit lorsque l'employé est régulièrement tenu de fournir ses prestations au même employeur (arrêt du Tribunal fédéral 9C_1062/2010 du 5 juillet 2011 consid. 7.2 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 334/03 du 10 janvier 2005 consid. 6.2.1). La simple 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).

E. 5.3

Le risque économique encouru par l'entrepreneur peut être défini comme étant celui que court la personne qui doit compter, en raison d'évaluations ou de

A/1761/2020 - 10/14 - comportements professionnels inadéquats, avec des pertes de la substance économique de l'entreprise. Constituent notamment des indices révélant l'existence d'un risque économique d'entrepreneur le fait que l'assuré opère des investissements importants, subit les pertes, supporte le risque d'encaissement et de du croire, supporte les frais généraux, agit en son propre nom et pour son propre compte, se procure lui-même les mandats, occupe du personnel et utilise ses propres locaux commerciaux (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 6/05 du 19 mai 2006 consid. 2.3). Certaines activités économiques, notamment dans le domaine des services, n'exigent pas, de

par leur nature, d'investissements importants ou de faire appel à du personnel. En pareilles circonstances, il convient d'accorder moins d'importance au critère du risque économique de l'entrepreneur et davantage à celui de l'indépendance économique et organisationnelle (arrêt du Tribunal fédéral 9C_364/2013 du 23 septembre 2013 consid. 2.2).

E. 5.4

Un autre facteur concourant à la reconnaissance d'un statut d'indépendant est l'exercice simultané d'activités pour plusieurs sociétés sous son propre nom, sans qu'il y ait dépendance à l'égard de celles-ci (RCC 1982 p. 208). À cet égard, ce n'est pas la possibilité juridique d'accepter des travaux de plusieurs mandants qui est déterminante, mais la situation de mandat effective (cf. RCC 1982 p. 176 consid. 2b). En revanche, on part de l'idée qu'il y a activité dépendante quand des caractéristiques typiques du contrat de travail existent, c'est-à-dire quand l'assuré fournit un travail dans un délai donné, est économiquement dépendant de l'« employeur » et, pendant la durée du travail, est intégré dans l'entreprise de celui-ci, et ne peut ainsi pratiquement exercer aucune autre activité lucrative (REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 12^{ème} éd., p. 34 ss ; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, SPR VII/1 p. 306). Les indices en ce sens sont l'existence d'un plan de travail déterminé, la nécessité de faire rapport sur l'état des travaux, ainsi que la dépendance de l'infrastructure sur le lieu de travail (RCC 1986 p. 126 consid. 2b ; RCC 1986 p. 347 consid. 2d) ou, en cas d'activité régulière, dans le fait qu'en cas de cessation de ce rapport de travail, il se retrouve dans une situation semblable à celle d'un salarié qui perd son emploi (ATF 122 V 169 consid. 3c ; Pratique VSI 5/1996 p. 258).

E. 6.1

En l'occurrence, il sied de rappeler que si l'intimée était tenue, en vertu de la maxime inquisitoire (art. 43 et 61 let. c LPG), d'établir les faits pertinents pour déterminer le statut du recourant n° 1, ce dernier, de même que la recourante n° 2, avaient l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela pouvait être raisonnablement exigé d'eux, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués ; à défaut, ils s'exposaient à devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (art. 28 LPG ; ATF 125 V 193 consid. 2 ; 122 V 157 consid. 1a ; 117 V 261 consid. 3b et les références).

A/1761/2020 - 11/14 - Or, en l'espèce, force est de retenir un manque de collaboration de la part du recourant n° 1 pour l'établissement des faits pertinents à l'appui du statut d'indépendant qu'il revendique par le biais de son recours. Ce manque de collaboration s'est manifesté non seulement durant les années 2011 à 2013, alors qu'il s'agissait d'étayer la qualité d'indépendant que l'intimée, non sans une prudente réserve, avait accepté de lui reconnaître, mais aussi en 2018, alors que, manifestation du fait du contrôle initié par l'intimée auprès de la recourante n° 2, il venait de demander une affiliation rétroactive comme indépendant, qualité dont il devait au demeurant savoir qu'elle ne lui était pas reconnue, ou du moins plus depuis longtemps, lui-même n'ayant pas fait état qu'il avait ou aurait versé à l'intimée des cotisations sociales d'indépendant sur les honoraires que la recourante n° 2 lui avait payés régulièrement durant les années considérées. Ce défaut de collaboration ne constitue cependant qu'un motif accessoire de reconnaître au recourant n° 1 le statut de salarié de la recourante n° 2 pour ladite période, car des motifs de fond suffisants fondent la décision attaquée, comme on le verra plus loin (infra consid. 7).

E. 6.2

Comme – de façon non contestée par les recourants – l'intimée l'avait précisé dans sa décision d'affiliation comme indépendant du 8 novembre 2011, ce statut n'était pas reconnu au recourant n° 1 pour toute activité qu'il déploierait comme comptable, et en particulier pas pour celle qu'il n'exerçait alors pas encore pour la recourante n° 2 et qu'il n'a exercée qu'à partir d'octobre 2013, soit quelque deux ans plus tard (durant lesquels il n'a eu de cesse de ne pas répondre aux questions et courriers de l'intimée). C'est un point de droit – au demeurant connu notamment de mandataires professionnellement qualifiés, tels que les deux recourants étaient censés l'être – qu'en cas d'exercice simultané de plusieurs activités lucratives (au surplus pas forcément de nature différente), la qualité de dépendant ou d'indépendant de celui qui les exerce doit être établie pour chacune d'elles au regard des critères prévalant en matière d'AVS (supra consid. 4.3). Ni le recourant n° 1, ni la recourante n° 2 ne pouvaient donc s'appuyer sur la décision d'affiliation comme indépendant du premier cité du 8 novembre 2011, pas plus d'ailleurs sur une facture d'acompte de cotisations personnelles du

E. 6.3

Il n'est pas non plus déterminant que l'AFC a finalement rendu, au demeurant pour les années 2016 à 2018, des décisions de taxation retenant des revenus d'indépendant. Cela ne constitue jamais qu'un indice (Michel VALTERIO, op. cit., n. 216), auquel les motifs de fond évoqués ci-après commandent de ne pas attribuer de caractère décisif pour ce qui a trait à la rémunération que la recourante n° 2 a versée au recourant n° 1 de 2013 à 2016. 7. 7.1. Il apparaît des plus vraisemblable que le recourant n° 1 n'a pas eu d'investissements importants à effectuer pour effectuer ses travaux de comptable notamment pour le compte de la recourante n° 2. Il n'a pas même allégué qu'il avait engagé du personnel pour ce faire, et, d'après l'OCPM, l'adresse professionnelle qu'il indiquait correspondait à son adresse privée. Son risque entrepreneurial était donc limité. 7.2. Il est possible, voire probable que le recourant n° 1 n'était pas tenu d'effectuer son travail pour la recourante n° 2 systématiquement dans les locaux de cette dernière (même s'il sied de relever que le contrôleur de l'intimée l'y a rencontré le 5 septembre 2018), et qu'il disposait d'une certaine flexibilité pour l'organisation de son travail. De la régularité des revenus que lui versait la recourante n° 2 se déduit néanmoins qu'il lui incombait de fournir à cette dernière des prestations régulières au fil des mois de la période litigieuse. 7.3. La nature du travail de comptable que le recourant n° 1 effectuait pour la recourante n° 2 était similaire à celui d'employés que cette dernière avait ou aurait eus en tant que fiduciaire, même s'ils ont l'un et l'autre préféré ne pas conclure formellement de contrat de travail et considérer leurs relations comme relevant d'un ou de contrat(s) de mandat (successifs), qualification qui n'est pas déterminante en matière d'AVS. 7.4. Il appert que la collaboration entre les recourants n° 1 et 2 a été très régulière, qu'elle était durable (la période litigieuse est de trois ans et trois mois), et qu'elle a produit pour le recourant n° 1 une part très substantielle de ses revenus. En effet, c'est chaque mois, quelquefois plusieurs fois par mois, que la recourante n° 2 a versé des honoraires au recourant n° 1 d'octobre 2013 à décembre 2016, pour un total de CHF 215'592.-. De la taxation fiscale que le recourant n° 1 a produite pour 2016 résulte que les honoraires qu'il a perçus de la recourante n° 2 en 2016 ont représenté plus de 78 % de ses revenus afférents à cette année (soit CHF 86'061.- sur CHF 110'000.-).

A/1761/2020 - 13/14 - Les factures d'honoraires que le recourant n° 1 a établies pour la quinzaine de ses autres mandants (et que la recourante n° 2 a produites) confirment que l'activité dont la rémunération est l'objet des deux recours a représenté la part nettement

principale de l'activité et des revenus du recourant n° 1. Quelques-unes d'entre elles, établies en 2018 ou en 2017, n'apparaissent pas même concerner des prestations fournies durant la période litigieuse de 2013 à 2016. Leurs montants sont modestes, oscillant pour la plupart entre quelques centaines de francs et deux à quatre mille francs ; ils sont sans comparaison avec les honoraires considérés en l'espèce, de respectivement CHF 8'505.- pour octobre à décembre 2013, CHF 56'642.- pour 2014, CHF 64'384.- pour 2015 et CHF 86'061.- pour 2016. La conclusion s'impose que le recourant n° 1 était économiquement dépendant de la recourante n° 2.

E. 8

décembre 2013 émanant du service des indépendants de l'intimée pour le 4ème trimestre 2013, pour respectivement se prévaloir d'un tel statut et admettre sa réalité dans leurs relations contractuelles, indépendamment d'ailleurs du fait que cette décision d'affiliation a été révoquée en décembre 2013 avec effet rétroactif au 31 juillet 2011 (que ce fait ait été connu ou non des recourants). Il leur incombait respectivement de se procurer et d'exiger la production d'une attestation de statut ou une confirmation d'affiliation comme indépendant, de surcroît au regard de leur collaboration vu son intensité. En tant que mandataires professionnellement qualifiés, ils ne pouvaient ignorer qu'ils pouvaient et devaient

A/1761/2020 - 12/14 - le faire (ch. 1054 des directives de l'OFAS sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative dans l'AVS, AI et APG – DIN). Une attestation sur l'honneur présentée par le recourant n° 1 à la recourante n° 2, établie au surplus le 31 octobre 2018, ne pouvait en aucun cas suppléer au défaut d'un tel document émanant de l'intimée.

E. 8.1

C'est donc à bon droit que l'intimée a considéré que le recourant n° 1 avait, du point de vue de l'AVS, le statut de salarié de la recourante n° 2 durant les années 2013 à 2016. Les deux recours sont mal fondés. Ils doivent être rejetés.

E. 8.2

Sous réserve d'exceptions ici non réalisées, la procédure en matière d'assurances sociales, en particulier d'AVS, est gratuite pour les parties (art. 61 let. a aLPHA ; art. 89H al. 1 LPA). Il n'y a pas lieu d'allouer une indemnité de procédure aux recourants, qui n'obtiennent pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA ; art. 89H al. 3 LPA), ni d'ailleurs à l'intimée, dès lors qu'il s'agit d'une administration publique dotée d'un service juridique (Jean METRAL, in CR-LPGA, n. 98 et 100 ad art. 61 ; Stéphane GRODECKI / Romain JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise, 2017, n. 1041).

* * * * *

A/1761/2020 - 14/14 - 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.