

GE_GERICHTE ATAS/1582/2009 vom 1. Dezember 2009

GE Cour de justice, 2009-12-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1582_2009

FR: GE_GERICHTE ATAS/1582/2009 du 1 décembre 2009

IT: GE_GERICHTE ATAS/1582/2009 del 1 dicembre 2009

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales, s'applique.

E. 3

Le recours a été interjeté en temps utile (art. 56 ss LPGA).

E. 4

Le litige porte sur le statut de Madame S_____ - indépendant ou salarié - dans l'activité qu'elle a exercée pour la société d'octobre 2004 à juin 2005.

E. 5

Aux termes de l'art. 12 LAVS, 1 Est considéré comme employeur quiconque verse à des personnes obligatoirement assurées une rémunération au sens de l'art. 5, al. 2. 2 Sont tenus de payer des cotisations tous les employeurs ayant un établissement stable en Suisse ou occupant dans leur ménage des personnes obligatoirement assurées. 3 Est réservée l'exemption de l'obligation de payer des cotisations, en vertu d'une convention internationale ou de l'usage établi par le droit des gens. 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).

A/4925/2007 - 9/15 - En vertu de l'art. 5 al. 2 LAVS, le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail. Le revenu provenant d'une activité indépendante comprend quand à lui tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante (art. 9 al. 1 LAVS).

E. 6

Une personne exerçant une activité lucrative indépendante peut simultanément avoir la qualité de salarié si elle reçoit un salaire correspondant (art. 12 LPGA). 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 ne sont pas déterminants.

E. 7

On admet généralement l'existence d'une activité salariée lorsqu'une personne dépend d'un employeur du point de vue économique et dans l'organisation du travail et qu'elle ne supporte pas le risque spécifique à l'entreprise (VSI 2001 p. 252 consid. 2a; VSI 1998 p. 235 consid. 4a; VSI 1997 p. 106s. consid. 2a). On se trouve en présence d'une activité dépendante lorsqu'elle présente les traits typiques du contrat de travail, à savoir lorsque l'intéressé doit offrir ses services pour une certaine durée, qu'il doit se tenir à disposition de l'entreprise - se trouvant alors dans l'incapacité de fait d'exercer quelque autre activité lucrative - et qu'il est lié aux instructions de l'entreprise (par exemple : il n'est pas libre de refuser les mandats, il est soumis à une clause de non - concurrence [RCC 1992 174s. consid. 4b]) qui décide également, pour la plus grande part, de la durée et de l'organisation du travail. De tels éléments parlent en effet en faveur d'un rapport de subordination (VSI 1997 p. 107 consid. 2b; Rehinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 12ème éd., p. 34ss; Vischer, Der Arbeitsvertrag, SPR VIII/1 p. 306 = Traité de droit privé suisse, vol. VII, tome I, 2, 1982 p. 34). L'observation d'un certain plan de travail, l'obligation de rendre compte de l'avancement des travaux ainsi que le recours à l'infrastructure du lieu de travail constituent autant d'indices d'une activité dépendante (RCC 1982 p. 176). Le risque économique couru par l'assuré tient alors à lui seul dans ce cas à la réussite personnelle ou, en cas d'activité exercée régulièrement, dans le fait de se retrouver, si le rapport de travail cesse, dans une situation semblable à celle d'un salarié qui perd son emploi (VSI 1997 p. 107 consid. 2b; ATF 119 V 163 consid. 3b = VSI

A/4925/2007 - 10/15 - 1993 p. 226; ATF 112 V 169 = VSI 1996 p. 256). 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). Un autre élément permettant de qualifier la rétribution compte tenu du lien de dépendance de celui qui la perçoit est le fait qu'il s'agit d'une collaboration régulière, autrement dit que l'employé est régulièrement tenu de fournir ses prestations au même employeur (ATF 110 V 78 consid. 4b). Le risque particulier de l'entrepreneur consiste dans les frais que l'intéressé est appelé à supporter indépendamment du succès qu'il peut remporter dans son travail (VSI 1997 p. 107 consid. 2b; RCC 1986 p. 347 consid. 2d; RCC 1986 p. 126 consid. 2b). Il découle du fait que, quel que soit le résultat de son activité, il doit supporter les coûts de son entreprise, en particulier les frais généraux, pertes, risque d'encaissement et de du croire (VSI 1998 p. 235 consid. 4a; Greber / Duc / Scartazzini, Commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance- vieillesse et survivants, ad art. 5 LAVS, n°111). Ainsi, le risque d'entrepreneur au sens donné par cette expression dans l'assurance-vieillesse et survivants signifie avant

tout que l'assuré est responsable des pertes résultant de l'insolvabilité des clients, de livraisons défectueuses ou de dispositions erronées (RCC 1986 consid. 4d p. 652). Le risque économique de l'entrepreneur peut être défini comme étant celui que court la personne qui doit compter, en raison d'évaluations ou de 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 ducroire, 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 (ATFA non publié du 14 novembre 2002, H 188/02 consid. 5.2 ; VSI 1997 p. 107 consid. 2b; ATF 119 V 163 consid. 3b = VSI 1993 p. 226). A eux seuls toutefois, ces principes ne permettent pas de dégager des solutions uniformes qui soient applicables systématiquement. La diversité des situations qui caractérisent la vie économique oblige à apprécier le statut de cotisant d'une personne active en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier. Comme il arrive souvent que l'on retrouve dans un cas d'espèce les caractéristiques des deux genres d'activité, il faut alors se demander quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (VSI 2001 p. 252 consid. 2a ; VSI 1998 p. 235 consid. 4a; ATF 123 V 162s. consid. 1 = VSI 1998 p. 56 consid. 1 ; ATF 122 V 171 = VSI 1996 p. 256).

A/4925/2007 - 11/15 - 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 (ATFA non publié du 14 février 2007, H 19/2006; Raphael LANZ, Die Abgrenzung der selbständigen von den unselbständigen Erwerbstätigkeit im Sozialversicherungs-, Steuer- und Zivilrecht, in: PJA 12/1997 p.1474 sv.; GREBER / DUC / SCARTAZZINI, Commentaire des art. 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance- vieillesse et survivants [LAVS], Bâle 1997, n. 103 ad art. 5; Hanspeter KÄSER, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, Berne 1996, p. 120, n. 4.30). En outre, la possibilité pour le travailleur d'organiser son horaire de travail ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'une activité indépendante (VSI 1996 p. 257 ss consid. 3c ; ATFA non publié du 10 janvier 2005, H 334/03 consid. 6.2.1).

E. 8

Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4e éd., Berne 1984, p. 136; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e éd., p. 278 ch. 5). Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa 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 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références; cf. ATF 130 III 324 sv. consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il 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 322 consid. 5a). Par ailleurs, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties 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, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références; cf. ATF 130 I 183 consid. 3.2). Les parties doivent ainsi faire connaître tout fait ou moyen de preuve qui ne serait connu que d'elles seules (ATF 108 Ib 80 s. consid. 2a/aa; Rhinow/Koller/Kiss, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, Bâle 1996, p. 217). Elles ne sont toutefois tenues de collaborer que dans la mesure où cela est raisonnablement

A/4925/2007 - 12/15 - exigible (DTA 1992 no 9 p. 111). En particulier, on ne peut exiger des parties qu'elles fassent connaître des faits ou apportent des preuves auxquels elles n'ont pas accès, mais que l'autorité est à même de constater en faisant usage des moyens de contrainte publique dont elle dispose (consid. 1c non publié de l'arrêt ATF 120 Ia 265; arrêt non publié G. du 1er décembre 1997, 2P.217/1995).

E. 9

Selon l'art. 412 al. 1 CO, le courtage est un contrat par lequel le courtier est chargé, moyennant un salaire, soit d'indiquer à l'autre partie l'occasion de conclure une convention, soit de lui servir d'intermédiaire pour la négociation d'un contrat. L'agent quant à lui est celui qui prend à titre permanent l'engagement de négocier la conclusion d'affaires pour un ou plusieurs mandants ou d'en conclure en leur nom et pour leur compte, sans être lié envers eux par un contrat de travail (art. 418a CO). La différence entre les deux types de contrats réside dans le fait que le contrat de courtage n'implique pas, à la différence du contrat d'agence, une activité répétitive ou professionnelle (ATF 118 IV 403). De plus, s'agissant du contrat d'agence, le TFA estime que l'existence d'une activité indépendante ne peut être admise que si l'agent dirige une entreprise ayant ses propres locaux et son propre personnel et supporte ainsi un réel risque d'entrepreneur (RCC 1988 p. 398). Selon la jurisprudence, le courtage au sens de l'art. 412 s. CO est au contraire considéré en principe comme une activité indépendante, dans la mesure où le courtier supporte le risque encouru par un entrepreneur, dès lors que les frais ne lui sont pas remboursés et qu'il n'a droit à la rémunération convenue que si ses démarches ont abouti à la conclusion du contrat (RCC 1988 p. 314 s.).

E. 10

En l'espèce, la société estime qu'elle n'a pas à s'acquitter de cotisations paritaires AVS/AI sur la base des honoraires qu'elle a versés à Madame S_____ d'octobre 2004 à juin 2005, au motif que celle-ci était de condition indépendante. Elle souligne à cet égard que Madame S_____ s'est présentée comme telle et produit copie du contrat conclu avec elle le 7 juin 2004, duquel il ressort que celle-ci était chargée, en qualité de consultant externe, de suivre la réalisation de trois produits, depuis le prototype jusqu'à la livraison dans les bureaux de la société.

E. 11

La caisse a au contraire considéré que Madame S_____ avait exercé au service de la société une activité salariée.

E. 12

Il y a préalablement lieu de rappeler que, quelque soient les termes employés dans le contrat du 7 juin 2004, ils ne sont pas déterminants pour la qualification du statut. Il appert de la partie en fait qui précède que Madame S_____ ne travaillait pas dans les bureaux de la société, qu'elle n'y venait que sur rendez-vous. Elle ne bénéficiait dès lors pas de l'infrastructure de son lieu de travail. Il semblerait qu'elle ait été autonome dans l'exercice de son activité. On ne saurait parler d'un

A/4925/2007 - 13/15 - rapport de subordination au vu de la description faite tant par Madame S_____ dans son courrier du 11 octobre 2007 que par Monsieur Y_____, entendu par le Tribunal de céans, des tâches qui lui incombait. Elle devait toutefois à chaque étape du projet soumettre les appels d'offre qu'elle préparait, ainsi que les offres de fournisseurs. L'on peut imaginer que dans ce cadre-là, elle recevait des instructions précises du dirigeant de la société, lesquelles peuvent parfaitement s'intégrer dans le cadre d'un mandat. Un montant forfaitaire avait été prévu de 12'000 fr. payable pour un tiers à l'acceptation des prototypes et pour le solde à la livraison des produits finis. Madame S_____ avait toutefois expliqué à cet égard qu'en attendant, Monsieur Y_____ lui avait demandé d'établir des notes d'honoraires. Ces notes d'honoraires étaient établies sur un papier à en-tête "Conseils et développement" au nom de Madame S_____, sans autres indications. Les factures portent des numéros dont les quatre derniers chiffres représentent l'année, les deux précédents le mois, à l'exception de celle du 25 février 2005 dont le numéro est le 6002005. On peut ainsi imaginer que le premier chiffre correspond au nombre de factures envoyées dans le mois, soit une pour octobre 2004, deux pour novembre 2004, quatre pour décembre 2004, cinquante pour janvier 2005, six pour février 2005, sept pour mars 2005, huit pour avril 2005 et neuf pour mai 2005, ce qui laisserait penser que Madame S_____ avait d'autres clients. S'agissant de la question du risque économique, il est vrai que, selon le contrat du 7 juin 2004, s'il était mis fin à sa mission, une somme forfaitaire de 2'000 fr. lui aurait été due, quoi qu'il en soit, soit indépendamment du succès de ses démarches pour concrétiser les produits de la société. Toutefois, le solde du montant forfaitaire, à savoir les 2/3 de 12'000 fr., ne devait quant à lui, n'être payé qu'à la livraison des produits finis, ce qui implique indéniablement un risque de perte. Au bas de ses factures, Madame S_____ indique expressément que ses frais sont inclus, sans toutefois en préciser ni le montant, ni la nature. On ne saurait donc conclure de cette indication qu'elle ne supportait pas elle-même les frais occasionnés par l'exécution de son travail. Il ressort du contrat du 7 juin 2004 qu'elle ne pouvait pas agir en son propre nom et pour son propre compte, ce qui pourrait constituer un indice en faveur d'un statut de salarié. Il convient toutefois de rappeler que le courtier, reconnu par le TF comme étant en principe de condition indépendante, sert précisément d'intermédiaire pour la négociation d'un contrat. Le fait qu'elle n'était pas enregistrée comme indépendante en France n'est en soi pas déterminant ni dans un sens ni dans un autre. On peut relever à cet égard qu'elle avait déposé dans le canton du Jura une demande en ce sens auprès du Contrôle de l'habitant et sollicité de Monsieur U_____ la mise à sa

A/4925/2007 - 14/15 - disposition de locaux à Porrentruy. On peut en déduire qu'elle envisageait d'exercer en Suisse une activité indépendante. On ne sait cependant pas si tel était déjà le cas d'octobre 2004 à juin 2005. Il est intéressant enfin de relever à la lumière

des témoignages entendus que la société utilisait de nombreux prestataires indépendants. Le dossier de Madame S_____ était par ailleurs classé parmi ceux-ci.

E. 13

Quand bien même les circonstances exactes de l'activité exercée par l'appelée en cause n'ont ainsi pas pu être établies de manière claire et irréfutable vu le défaut de l'intéressée - on ne peut que déplorer également le fait que Madame W_____ n'ait pas jugé utile de se présenter devant le Tribunal de céans -, celui-ci est cependant d'avis que plusieurs indices présents au dossier conduisent à retenir plutôt l'existence d'une activité indépendante.

E. 14

Aussi le recours est-il admis.

A/4925/2007 - 15/15 -

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