

GE_GERICHTE ATAS/377/2016 vom 18. Mai 2016

GE Cour de justice, 2016-05-18, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_377_2016

FR: GE_GERICHTE ATAS/377/2016 du 18 mai 2016

IT: GE_GERICHTE ATAS/377/2016 del 18 maggio 2016

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

A/1527/2015 - 8/17 -

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 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]). Les délais en jours ou en mois fixés par la loi ou par l'autorité ne courent pas du 7e jour avant Pâques au 7e jour après Pâques inclusivement et du 15 juillet au 15 août inclusivement (art. 38 al. 4 let. a LPGA et 89C let. a LPA-GE). En l'espèce, le recours a été interjeté le 11 mai 2015, contre la décision expédiée le 9 avril, reçu le lendemain, soit dans un délai de plus de trente jours. En 2015, le dimanche de Pâques était le 5 avril, de sorte que le délai de recours était suspendu du 29 mars au 12 avril. La décision contestée ayant été reçue pendant la suspension des délais, le délai de recours a débuté le 13 avril 2015 et est arrivé à échéance le 12 mai 2015, compte tenu des principes susmentionnés. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable, en vertu des art. 56ss LPGA et 89B LPA-GE.

E. 4

Le litige porte sur la question de savoir si la société est tenue à cotisations sociales sur les rémunérations qu'elle verse à l'avocat, respectivement si celles-ci sont dues pour une activité salariée ou indépendante.

E. 5

juillet 2011 consid. 7.3 et les références; voir aussi ATF 119 V 161 consid. 3b). Le risque économique de l'entrepreneur n'est cependant pas à lui seul déterminant pour juger du caractère dépendant ou indépendant d'une activité. La nature et l'étendue de la dépendance économique et organisationnelle à l'égard du mandant ou de l'employeur peuvent singulièrement parler en faveur d'une activité dépendante dans les situations dans lesquelles l'activité en question n'exige pas, de par sa nature, des 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_460/2015, op. cit., consid. 3.4 et les références). Les tâcherons et sous-traitants sont réputés exercer une activité dépendante, mais ce principe souffre toutefois des exceptions. Leur activité ne peut être qualifiée d'indépendante que lorsque les caractéristiques de la libre entreprise dominant manifestement et que l'on peut admettre, d'après les circonstances, que l'intéressé traite sur un pied d'égalité avec l'entrepreneur qui lui a confié le travail (ATF 114 V 65 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 169/04 du 21 avril 2005 consid. 4.4).
A/1527/2015 - 11/17 -

E. 6

a) Dans le domaine des assurances sociales notamment, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par l'assureur, qui prend les mesures d'instruction nécessaires et recueille les renseignements dont il a besoin (cf. art. 43 al. 1 LPGA). Le devoir d'instruction s'étend jusqu'à ce que les faits nécessaires à l'examen des prétentions en cause soient suffisamment élucidés (arrêt du Tribunal fédéral 8C_364/2007 du 19 novembre 2007 consid. 3.2). Sont pertinents tous les faits dont l'existence peut influencer d'une manière ou d'une autre le jugement relatif à la prétention litigieuse. (VSI 1994 p. 220 consid. 4a). Conformément au principe inquisitoire, il appartient en premier chef à l'administration de déterminer, en fonction de l'état de fait à élucider, quels sont les mesures d'instruction qu'il convient de mettre en œuvre dans un cas d'espèce donné. Elle dispose à cet égard d'une grande liberté d'appréciation. Si elle estime que l'état de fait déterminant n'est pas suffisamment établi, ou qu'il existe des doutes sérieux quant à la valeur probante des éléments recueillis, l'administration doit mettre en œuvre les mesures nécessaires au complément de l'instruction (ATF 132 V 108 consid. 6.5). Elle est tenue d'éclaircir l'état de fait déterminant avant de rendre sa décision (ATF 132 V 368 consid. 4). Mais le principe inquisitoire 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 193 consid. 2 et les références). b) 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 353 consid. 5b; ATF 125 V 193 consid. 2 et les références; cf. ATF 130 III 321 ss 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 319 consid. 5a).

E. 7

La recourante fait grief à l'intimée d'avoir retenu que les montants qu'elle verse à l'avocat via son compte sous-traitant constituent un revenu provenant d'une activité lucrative dépendante qui doit être soumis aux cotisations sociales paritaires. Elle fait valoir que l'avocat est son administrateur et actionnaire unique et qu'ils ne sont liés par aucun contrat de travail. Comme son administrateur n'est soumis à aucun

A/1527/2015 - 12/17 - rapport de subordination et n'est pas dépendant d'elle sur le plan économique, elle en déduit qu'il exerce une activité indépendante et ne saurait être considéré comme un travailleur salarié. Pour sa part, l'intimée considère que l'avocat est administrateur et avocat collaborant dans la société tout en continuant à exercer en parallèle une certaine activité d'avocat indépendant. Aux vu des instructions qu'il donne aux collaborateurs, il en est le supérieur hiérarchique, soit un salarié de la société s'agissant des revenus résultant des mandats gérés par celle-ci qui doivent être déclarés dans le cadre de la SA. Dans la décision litigieuse, elle estime impossible de maintenir une raison individuelle à côté d'une SA dont les buts sociaux sont identiques. À titre préalable, il convient de rappeler que si l'assuré exerce simultanément plusieurs activités lucratives, selon la conception de la stricte distinction entre activité lucrative indépendante et salariée ancrée à l'art. 5 et 9 LAVS, il faut examiner pour chacune d'elles si le revenu en découlant provient d'une activité indépendante ou salariée, même si les travaux sont exécutés pour une seule et même entreprise (ATF 122 V 169 consid. 3b; ATF 119 V 161 consid. 3c; ATF 104 V 126 consid. 3b). En effet, la loi ne prévoit pas d'évaluation globale en fonction de la signification économique des différentes activités. Ainsi, un assuré peut être qualifié simultanément de personne exerçant une activité salariée pour un travail et indépendante pour la même entreprise ou pour un autre travail (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_219/2009 du 21 août 2009 consid. 4.4). Le fait qu'une personne tenue à cotisations soit déjà affiliée à une caisse de compensation en tant qu'indépendante n'a aucune signification pour la qualification juridique du revenu par l'AVS (ATF 119 V 161 consid. 3c). Inversement lorsqu'une personne est tenue de verser des cotisations pour une activité qualifiée de salariée, la qualification juridique de ce revenu du point de vue du droit des cotisations AVS ne constitue pas un précédent contraignant pour la qualification juridique d'une autre activité lucrative. Sont seuls réservés les aspects relatifs à la coordination dans le cas de personnes qui exercent la même activité lucrative pour différents employeurs ou mandants ou exercent différentes activités lucratives pour le même employeur ou mandant (ATF 119 V 161 consid. 3b). Au vu de ces précisions, il apparaît que la coexistence en parallèle d'une activité au sein d'une entreprise individuelle et d'une SA est possible et que l'affiliation de l'avocat en tant que raison individuelle ne préjuge pas de la qualification de son activité au sein de la SA.

E. 8

Pour que les rémunérations versées à l'avocat par la société du 15 juillet 2010 au 31 décembre 2012, via le compte sous-traitant, ne soient pas soumises à cotisations sociales

auprès de la société, elles doivent avoir été perçues en raison d'une activité indépendante de l'avocat en tant que mandataire de la société.

A/1527/2015 - 13/17 - Par conséquent, il convient de définir juridiquement le revenu perçu par l'avocat via le compte sous-traitant de la société. En l'espèce, l'avocat a créé une étude d'avocats sous la forme d'une SA afin notamment de ne pas être responsable personnellement des dettes de l'étude. Dans cette SA, il détient toutes les actions nominatives et il est administrateur unique. À ce titre, il exerce la haute direction de la société, établit les instructions nécessaires, et fixe son organisation (art. 22 des statuts). La SA peut créer des succursales, ainsi que mettre à disposition des locaux, du personnel et des infrastructures (art. 3 des statuts). Chaque actionnaire a droit à une part du bénéfice résultant du bilan en proportion des versements opérés au capital-actions. Les actionnaires ne sont tenus que des prestations statutaires et ne répondent pas personnellement des dettes sociales (art. 7). Selon les déclarations de l'avocat lors de son audition par la chambre de céans, la société gère ses locaux et le personnel, respectivement elle paie les loyers et les salaires des collaborateurs ainsi que du secrétariat. Les services ne sont rendus que pour le tiers mandant, à savoir lui-même. La clientèle est la sienne mais ensuite elle est traitée par la SA. Les clients signent une procuration en sa faveur et ensuite il délègue le traitement du dossier à la SA. Les clients paient leurs honoraires sur le compte de la société. La société n'a pas pour vocation de faire de bénéfice. Toutefois, s'il y a un bénéfice, il est reversé à l'avocat. La société lui verse en cours d'année des avances sur le résultat final. La RC relative à l'activité d'avocat est au nom de la société. D'après la convention de fiducie du 15 juillet 2010 conclue entre l'avocat (le fiduciaire) et la société (le fiduciant) et signée pour les deux co-contractants par lui-même, la société n'a aucune clientèle et a pour but de traiter celle de l'avocat (préambule). Le fiduciaire charge le fiduciant de traiter en son nom, pour le compte et risque exclusif du fiduciant, la clientèle et les mandats de ce dernier. Le fiduciaire reste seul et exclusif propriétaire de ses clients et de ceux de la société (art. 1). Dans ce cadre, le fiduciaire n'agit que sur instructions du fiduciant. À l'égard des tiers, le fiduciaire interviendra en son propre nom et exclusivement pour le compte du fiduciant et aux risques et périls de celui-ci. De ce fait tous les risques et conséquences liés à l'opération faisant l'objet du présent contrat sont à la charge exclusive du fiduciant ou de ses ayants droit (art. 2). En l'occurrence, la chambre de céans relève des contradictions tant dans la convention de fiducie qu'entre le statut juridique de la société prévu par les statuts et celui instauré par la convention de fiducie. Tout d'abord, la convention de fiducie prévoit en même temps que la société n'a aucune clientèle (préambule) et que le fiduciaire est seul propriétaire de ses clients et de ceux de la société (art. 1). Par conséquent, il semble que la société puisse avoir des clients autres que ceux de l'avocat. En outre, selon les statuts de la société, les actionnaires ne répondent pas personnellement des dettes sociales (art. 7), alors que selon la convention de fiducie tous les risques sont à la charge exclusive de l'avocat (art. 2) et d'après les déclarations de l'avocat, la RC d'avocat est au nom de la société. Par conséquent, la

A/1527/2015 - 14/17 - RC d'avocat au nom de la société est en contradiction avec la convention de fiducie qui prévoit une responsabilité exclusive du fiduciaire, respectivement avec la réduction de responsabilité qui est recherchée par la constitution d'une SA d'avocats. Selon l'art. 12 de la loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000 (LLCA - RS 935.61), l'avocat est soumis notamment aux règles suivantes : il exerce son activité professionnelle en toute indépendance, en son nom personnel et sous sa propre

responsabilité (let. b), il doit être au bénéfice d'une assurance responsabilité civile professionnelle offrant une couverture adaptée à la nature et à l'étendue des risques liés à son activité; la somme couvrant les événements dommageables pour une année doit s'élever au minimum à un million de francs; des sûretés équivalentes peuvent remplacer l'assurance responsabilité civile (let. f). S'agissant des SA d'avocats, dans un arrêt de principe (ATF 138 II 140ss traduit au JdT 2013 I 103ss), le Tribunal fédéral a précisé que l'art. 12 let. b LLCA selon lequel l'avocat exerce son activité « en son nom personnel » ne vise pas le rapport contractuel avec le client, mais seulement le statut professionnel de l'avocat exécutant le mandat. Celui-ci agit en son nom personnel, même s'il se trouve dans une relation d'emploi, en tant qu'il exécute le mandat sous sa propre responsabilité professionnelle et doit lui-même respecter les règles professionnelles spécifiques. Il en conclut que l'art. 12 let. b LLCA n'empêche pas l'attribution de mandats à des sociétés d'avocats avec personnalité (consid. 19). Pour les mêmes motifs, l'art. 12 let. b LLCA exigeant que l'avocat exerce sous sa propre responsabilité n'exclut pas qu'une étude d'avocats soit constituée en société avec personnalité car cette règle ne se rapporte qu'à la responsabilité de respecter les règles professionnelles. Elle n'exige pas une responsabilité personnelle de l'avocat sur le plan civil. L'obligation professionnelle de souscrire une assurance responsabilité civile montre que le législateur attache plus d'importance à la garantie d'une capacité de dédommagement suffisante qu'à la responsabilité personnelle illimitée de l'avocat, le risque de faillite étant réduit par la souscription d'une telle assurance. Le Tribunal fédéral en déduit que la réduction de responsabilité qui est sans doute recherchée lors du choix de constituer une société avec personnalité n'est pas de nature à amenuiser le sens des responsabilités des avocats (consid. 20). En définitive, les devoirs de l'avocat n'excluent pas qu'un avocat soit l'employé d'une personne morale entièrement dominée par des avocats inscrits au registre des avocats (consid. 17 et 21). En l'occurrence, la recourante facture ses activités aux clients, ce qui semble indiquer que l'avocat ne supporte pas le risque économique de l'indépendant. Selon le contrat de fiducie, la recourante agit en son propre nom et pour le compte de l'avocat ce qui semble également confirmer l'absence de risque économique de l'entrepreneur, l'avocat n'agissant pas en son propre nom. D'après les déclarations de l'avocat à la chambre de céans, les clients lui donnent procuration et il délègue le traitement du dossier à la société. Or, le dossier de l'intimée ne contient aucun

A/1527/2015 - 15/17 - modèle de procuration qui permette de vérifier la réalité de ces affirmations qui, si elles sont fondées, constituent un indice d'un risque économique de l'entrepreneur. Le dossier de l'intimée ne contient également aucune pièce permettant de déterminer si les honoraires versés par les clients à la recourante servent exclusivement à payer les charges de la société, à savoir notamment les salaires des collaborateurs, le loyer - pour autant que les locaux de l'étude ne soient pas la propriété de la société ou de l'avocat, question qui n'a pas été instruite jusqu'ici puisque notamment le dossier de l'intimée ne contient pas de copie de l'éventuel contrat de bail qui aurait permis d'identifier qui loue les locaux -, les équipements, les services téléphoniques et informatiques, la comptabilité, etc. Le dossier de l'intimée ne contient également aucune pièce permettant de déterminer si une partie desdits honoraires est ristournée à l'avocat pour son travail - auquel cas il serait employé de la recourante - ou à titre de participation au bénéfice de la société bien que l'avocat affirme que celle-ci n'a pas vocation de faire du bénéfice. Au demeurant cette affirmation doit être tempérée par l'art. 3 des statuts qui prévoit que la société peut créer des succursales, ainsi que mettre à disposition des locaux, du personnel et des infrastructures, ce

qui sous-entend qu'elle a un but commercial. Le dossier de l'intimée ne contient également aucune pièce permettant d'établir si l'avocat reçoit de la société une rémunération pour son activité d'administrateur ou de directeur, même si celui-ci le dément. Il manque également les contrats de travail des employés permettant de comprendre qui les a engagés, à savoir la société ou l'avocat, et au nom de qui. Étant donné qu'il existe des éléments allant tant dans le sens d'une activité indépendante de l'avocat que dans celui d'une activité salariée, faute de ces divers éléments, la chambre de céans n'est pas en mesure d'établir si la rémunération versée par la société à l'avocat provient d'une activité salariée ou indépendante, respectivement si les cotisations sociales relatives aux dites rétributions doivent être prélevées par la société ou être facturées à l'avocat.

E. 9

En vertu de l'art. 43 al. 1 LPGA, l'assureur examine les demandes, prend d'office les mesures d'instruction nécessaires et recueille les renseignements dont il a besoin (principe inquisitoire; voir ATF 125 V 193 consid. 2 et les références). Or, l'intimée n'a procédé en cours de procédure à aucune mesure d'instruction malgré la remise par la recourante de la convention de fiducie dans le cadre de la procédure d'opposition qui devait jeter un doute sur l'activité salariée de l'avocat et amener la recourante à instruire le statut de l'avocat. Pour ces raisons, il convient d'annuler la décision sur opposition et de retourner le dossier à l'intimée afin qu'elle complète son dossier au sens de ce qui précède. La chambre de céans relève encore que la convention de fiducie conclue par l'avocat avec la recourante, respectivement son administrateur, c'est-à-dire lui-même, pose un certain nombre de questions. En effet, si la création de la société apparaît légitime pour exclure la responsabilité de l'avocat sur ses biens personnels et pour assurer la pérennité de l'étude en cas de changements d'associés, en

A/1527/2015 - 16/17 - revanche, la conclusion de la convention de fiducie apparaît insolite dans la mesure où elle semble exclure l'avocat de l'activité juridique de la société et en faire un mandataire. Or, selon la jurisprudence (VSI 2/1998 p. 105 consid 5a), les organes de l'AVS, à l'instar des autorités fiscales, ne sont pas tenus de se considérer comme forcément liés par la forme de droit civil sous laquelle les faits apparaissent. Cette règle est valable notamment lorsqu'il y a volonté d'éluder le paiement des cotisations. Il faut admettre l'existence d'une telle volonté lorsque : – les intéressés ont choisi une construction juridique insolite ou incompatible avec la situation réelle, et en tout cas sans aucun rapport avec les données économiques du cas particulier; – il apparaît que ce choix est abusif et a été fait uniquement pour alléger la charge des cotisations qui seraient dues normalement; – le procédé choisi conduirait effectivement à une diminution notable de la dette de cotisations s'il était admis par les organes de l'AVS. Lorsque ces trois conditions sont réunies, il faut décider comme si la tentative d'éluder (l'obligation de cotiser) n'avait pas eu lieu et fonder l'obligation de payer des cotisations sur la règle qui aurait correspondu, normalement, au but économique visé par le cotisant (ATF 113 V 95 et les références citées = RCC 1987 p. 604). Une telle volonté d'éluder le paiement des cotisations a notamment été retenue dans le cas d'une société en nom collectif ayant pour unique fonction de transformer les salaires des deux associés travaillant dans une autre entreprise en revenu d'une activité indépendante (VSI 2/1998 p. 105ss) ou lors de paiements qualifiés de « prélèvements privés » en faveur d'un administrateur unique et ne figurant pas comme salaires dans la comptabilité (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 20/00 du 21 décembre 1999 consid. 4). Par conséquent, dans le cadre de l'instruction complémentaire

que l'intimée sera amenée à accomplir, elle devra également instruire la question de savoir si la convention de fiducie n'a pas pour but d'éviter le paiement de cotisations sociales sur les contributions versées par la recourante à l'avocat.

E. 10

Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et la décision sur opposition du 9 avril 2015 annulée. La recourante étant représentée par un avocat et obtenant gain de cause, une indemnité de CHF 2'000.- lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPG; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative du 30 juillet 1986 [RFPA - E 5 10.03]).

A/1527/2015 - 17/17 - 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.