

## **GE\_GERICHTE ATAS/396/2019 vom 8. Mai 2019**

GE Cour de justice, 2019-05-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_396\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_396_2019)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/396/2019 du 8 mai 2019

IT: GE\_GERICHTE ATAS/396/2019 del 8 maggio 2019

### **Erwägungen**

#### **E. 29**

Par réponse du 2 juin 2017, Meroba a maintenu ses décisions du 24 mars 2017 de reprises de cotisations. M. L.\_\_\_\_\_ était titulaire de la raison sociale individuelle M.\_\_\_\_\_, inscrite au registre du commerce le 4 octobre 2013 et travaillait dans les domaines du chauffage, sanitaire, tuyauterie, soudure et climatisation. Dans le cadre du contrôle AVS de la société, il avait été constaté que M. L.\_\_\_\_\_ avait travaillé pour celle-ci avant le 29 août 2013. Au moment de son activité pour la société, M. L.\_\_\_\_\_ n'avait pas de statut d'indépendant. Il n'avait été reconnu en cette qualité par la SUVA que depuis le 1er mars 2015, à titre accessoire, et, à titre principal, dès le 1er janvier 2017. Selon les informations téléphoniques reçues de la SUVA lors du contrôle, M. L.\_\_\_\_\_ n'avait, à fin 2013, pas déposé de demande d'affiliation en qualité d'indépendant auprès d'elle. Il n'avait pas non plus donné

A/1265/2017 - 8/29 - suite aux demandes de celle-ci, seul organe habilité à statuer en matière d'indépendance dans les métiers du bâtiment. La SUVA n'avait donc pas pu reconnaître comme indépendant en 2013. Selon les informations téléphoniques reçues du service du registre central d'affiliation des indépendants de la caisse cantonale genevoise de compensation, M. L.\_\_\_\_\_ avait fait une demande pour s'affilier le 9 décembre 2013, mais il n'avait pas donné suite aux demandes de cette caisse. Son activité semblait relever essentiellement de la sous-traitance. La SUVA considérait la sous-traitance comme une activité dépendante. M. L.\_\_\_\_\_ avait été affilié comme indépendant auprès du régime social des indépendants en France (RSI) du 15 octobre 2013 au 21 décembre 2016. Malgré ses demandes réitérées, Meroba n'avait jamais obtenu d'attestation d'affiliation d'indépendant de sa part. Meroba constatait que B.\_\_\_\_\_ Energie SA avait adressé son courrier du 9 mai à la demanderesse et non à M. L.\_\_\_\_\_. Il était donc douteux que les travaux effectués en 2013 par M. L.\_\_\_\_\_ aient été confiés directement à celui-ci par B.\_\_\_\_\_ Energie SA. De plus, les factures adressées par la demanderesse à B.\_\_\_\_\_ Energie SA pour les travaux effectués par M. L.\_\_\_\_\_ ne mentionnaient pas le nom de ce dernier, qui avait lui-même adressé ses factures à la société. Il n'y avait donc jamais eu de relation directe entre M. L.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ Energie SA. Les éventuels accords internes entre B.\_\_\_\_\_ Energie SA, M. L.\_\_\_\_\_ et la société ne pouvaient pas être invoqués par la société contre la décision querellée. Selon les informations reçues de B.\_\_\_\_\_ Energie SA, cette dernière avait fait appel à la société pour effectuer des travaux et fournissait le matériel nécessaire à ceux-ci. Dans ce cadre, M. L.\_\_\_\_\_ avait travaillé au nom de la société. Celle-ci confiait donc des chantiers de tiers à M. L.\_\_\_\_\_ et n'avait pas fourni elle-même le matériel, contrairement à ce qu'elle affirmait. Ainsi, M. L.\_\_\_\_\_ n'avait fait que mettre sa force de travail au service de la société. Selon les dires de cette dernière, M. L.\_\_\_\_\_ n'avait pas encore constitué son entreprise et ne disposait même pas d'un compte bancaire au moment où il avait exécuté les travaux. Lorsqu'elle l'avait engagé pour les effectuer, elle savait donc

qu'il n'avait pas le statut d'indépendant et qu'elle prenait le risque de devoir payer les charges sociales dues pour son travail. En novembre 2013, M. L. \_\_\_\_\_ avait encore travaillé comme intérimaire au sein de la société I. \_\_\_\_\_-Jobs SA, dont M. C. \_\_\_\_\_ était administrateur. Enfin, M. L. \_\_\_\_\_ n'avait pas fait opposition à la notification de reprise de ses revenus auprès de la société du 13 avril 2017. Pour ces motifs, il avait été retenu que M. L. \_\_\_\_\_ avait eu une activité dépendante pour le compte de la société. S'agissant des « apports en nature », bien que travaillant à 80% pour la société, M. C. \_\_\_\_\_ n'avait déclaré aucun salaire pour une activité au sein de celle-ci à ce jour. Des apports en nature avaient eu lieu lors de la création de la société, ce qui était mentionné dans les statuts et au registre du commerce. Ces apports étaient justifiés par acte notarié et inscription dans les statuts et n'étaient pas remis en question dans le cadre du contrôle AVS. Lors du contrôle des comptes de la société,

A/1265/2017 - 9/29 - il avait été constaté des écritures relatives à de nouveaux « apports en nature » au débit du compte n° 4320 « achat outillage » et au crédit des comptes personnels de MM. C. \_\_\_\_\_ et D. \_\_\_\_\_. À la suite de ces « apports en nature », de nombreux et importants prélèvements bancaires avaient été effectués et débités des mêmes comptes courants des associés-gérants durant l'année 2013 et au début de l'année 2014. Du 8 mai au 14 novembre 2013, CHF 36'000.- avaient ainsi été débités du compte personnel n° 200212 de M. D. \_\_\_\_\_ (6'000.- et 6 x 5'000.-) et le 4 mars 2014, CHF 52'000.- avaient été débités du compte personnel n° 200201 de M. C. \_\_\_\_\_. Ces prélèvements avaient été effectués sur le compte n° 1001-Crédit suisse 1182319-01. Ils n'auraient pas été possibles sans la comptabilisation préalable des « apports en nature » précités. Malgré la valeur relativement importante de certains éléments y figurant, la société n'avait pas été en mesure de fournir une seule facture d'acquisition. Comme seuls justificatifs comptables de ces apports, elle n'avait fourni que deux listes mentionnant des prix basés sur ceux d'un catalogue de leur fournisseur datant de 2009. Ces nouveaux apports en nature n'avaient pas fait l'objet d'une évaluation formelle et juridiquement valable. Ils n'étaient pas fondés sur des justificatifs comptablement et juridiquement admissibles. En leur qualité d'associés-gérants, MM. C. \_\_\_\_\_ et D. \_\_\_\_\_ disposaient d'un très large pouvoir d'appréciation quant à la valeur de l'apport en nature. Ils se trouvaient simultanément acheteurs et vendeurs. En se fondant sur une valeur d'achat à neuf en 2009 et en appliquant les taux d'amortissement fiscalement admis pour le mobilier commercial ainsi que les installations d'ateliers et d'entrepôts ayant un caractère mobilier, soit 25% par an, la valeur des apports, devait approcher de zéro à fin 2013. De plus, contrairement au droit comptable et fiscal en vigueur, ces apports en nature n'avaient pas été portés à l'actif des comptes de l'entreprise, mais directement passés en charge. Ce faisant, ils n'avaient plus aucune valeur comptable à la fin de l'année 2013. Il paraissait ainsi peu probable que MM. C. \_\_\_\_\_ et D. \_\_\_\_\_ auraient payé la même somme à un tiers qui leur aurait vendu ces mêmes apports. Selon les taxations fiscales des époux C. \_\_\_\_\_ et H. \_\_\_\_\_, leur fortune brute passait de CHF 519'739.- à fin 2012 à CHF 609'243.- à fin 2013, soit une augmentation de CHF 89'504.- en 2013, alors que leurs revenus bruts déclarés se montaient seulement à CHF 9'950.- en 2013. La fortune brute de M. C. \_\_\_\_\_ passait de CHF 114'437.- en 2012 à CHF 12'676.- en 2013. La déclaration d'impôts 2012 n'avait par ailleurs pas permis de constater que leur fortune brute comportait, à fin 2012, des biens commerciaux susceptibles d'être apportés en nature au sein de la demanderesse. Leur déclaration d'impôts 2013 n'avait pas été fournie à ce jour. Pour ces motifs, il avait été considéré que les apports en nature enregistrés dans les comptes représentaient une forme de rémunération de l'activité lucrative devant être reprise au titre

de salaire déterminant, la provenance de la fortune personnelle des biens apportés n'ayant pas été confirmée. Les montants des apports en nature ayant fait l'objet de la reprise de salaire faisaient partie du salaire déterminant et c'était à juste titre qu'ils avaient été repris par la caisse en application des art. 628 et 634 CO, 5 LAVS et 13 RAVS.

A/1265/2017 - 10/29 - Suite aux constatations faites lors du contrôle AVS, Meroba avait rendu deux décisions concluant à la reprise de salaires de MM. L\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_. Le 3 avril 2017, la société avait contesté les décisions précitées. Le 3 avril 2017, la société avait indiqué à la caisse qu'elle n'était pas d'accord avec ses décisions du 24 mars 2017 relatives à la reprise pour les cotisations AVS. À ce jour, aucune opposition formelle, avec griefs et motivation, n'avait toutefois été déposée auprès de Meroba dans ce cadre. Meroba a notamment produit un courrier que lui avait adressé B\_\_\_\_\_ Energie SA le 1er juin 2017, indiquant qu'elle n'avait pas été liée par un contrat à M. L\_\_\_\_\_ et qu'elle avait commandé le travail à la société, qui lui avait facturé les travaux réalisés. Il s'agissait de divers travaux de tuyauterie et de soudure. B\_\_\_\_\_ Energie SA pensait que M. L\_\_\_\_\_ était salarié de la société. S'agissant de l'attestation de prestations qu'elle avait faite à la société signée par M. Q\_\_\_\_\_, ce dernier avait mal interprété le terme indépendant. Meroba a également produit un extrait du relevé du compte du grand livre de la société « 5000 – Facture personnel temporaire » de 2013 dont il ressort, au 6 novembre 2013, sous libellé : I\_\_\_\_\_ -Jobs SA, au débit : CHF 7'691.20, CHF 1'368.01 et CHF 7'523.98.

### **E. 30**

Le 13 décembre 2017, la société a relevé qu'il était inexact de prétendre que M. L\_\_\_\_\_ n'avait pas agi en qualité d'indépendant pour les travaux confiés par B\_\_\_\_\_ Energie SA. Il ressortait de l'attestation établie le 4 décembre 2017 par M. L\_\_\_\_\_ qu'il avait été sollicité, dès l'été 2013, par B\_\_\_\_\_ Energie SA, qui recherchait de nouveaux sous-traitants en plomberie-sanitaire pour pallier un important manque de personnel durant la période des vacances de son personnel. Il avait profité de cette opportunité pour constituer sa société, qui avait été inscrite au registre du commerce de Genève le 4 octobre 2013. Durant la période transitoire pendant laquelle sa raison individuelle n'était pas encore formellement constituée, la société avait accepté de faire l'intermédiaire entre son entreprise et B\_\_\_\_\_ Energie SA. M. L\_\_\_\_\_ avait entrepris les démarches administratives pour faire inscrire sa raison individuelle, mais celles-ci s'étaient avérées beaucoup plus longues que prévu. Sa première difficulté avait été d'obtenir un bail commercial. C'était finalement grâce à M. C\_\_\_\_\_ qu'il avait pu en obtenir un, qui avait été signé le 1er octobre 2013. Dans ces conditions, il était inexact de prétendre que M. L\_\_\_\_\_ n'avait pas agi en qualité d'indépendant à l'égard des travaux qui lui avaient été confiés par B\_\_\_\_\_ Energie SA. Il était faux de dire que M. C\_\_\_\_\_ avait été associé-gérant de l'entreprise K\_\_\_\_\_ Sàrl en liquidation, référence faite à la déclaration sur l'honneur de M. J\_\_\_\_\_ du 3 décembre 2017. Sa fortune n'était pas de CHF 519'739.- à fin 2012. Meroba s'était fondée sur un avis de taxation du 3 novembre 2014, qui constituait une taxation d'office partielle, car son activité développée en tant qu'indépendant, sous la raison individuelle G\_\_\_\_\_ -travaux n'avait pas été déclarée ni prise en compte. En réalité, sa fortune brute à fin 2012 était de CHF

A/1265/2017 - 11/29 - 591'603.-. Ainsi, la différence de fortune entre 2012 et 2013 n'était pas de CHF 89'504.- mais seulement de CHF 17'640.-. Pour le surplus, la société persistait dans ses précédentes écritures. À l'appui de sa réplique, elle a notamment transmis : - l'attestation établie le 4 décembre 2017 par M. L\_\_\_\_\_ résumée par la société dans sa

réplique. - un bail à loyer convenu avec M\_\_\_\_\_, représenté par M. L\_\_\_\_\_, pour un local de 18 m<sup>2</sup> situé à Meyrin dès le 1er octobre 2013. - une déclaration établie le 3 décembre 2017 par M. J\_\_\_\_\_ déclarant avoir géré et dirigé K\_\_\_\_\_ Sàrl depuis sa création en 2002 jusqu'à sa faillite en 2012 et que M. C\_\_\_\_\_ n'avait eu aucune activité professionnelle pour cette société, à laquelle il avait seulement prêté son nom et son adresse à titre amical et gratuit. - un courrier adressé le 8 décembre 2017 à M. C\_\_\_\_\_ par Madame R\_\_\_\_\_, de la Fiduciaire S\_\_\_\_\_ SA, l'informant avoir été mandatée par celui-ci et son épouse, Mme H\_\_\_\_\_, pour la surveillance comptable et fiscale de leurs entreprises commerciales, dès le 18 décembre 2014. À son arrivée, elle avait constaté de nombreux manquements à la déontologie de ses prédécesseurs. Dans son mémoire de réponse, Meroba avait repris les chiffres indiqués sur l'avis de taxation du 3 novembre 2014, concernant l'année 2012, indiquant une fortune de CHF 519'739.-. À l'examen des pièces du dossier, elle constatait que cet avis était partiel, car l'ancienne fiduciaire de M. C\_\_\_\_\_ avait omis de déclarer son activité indépendante sous la raison individuelle de G\_\_\_\_\_ - Travaux. Il avait été taxé d'office sur une base de CHF 36'000.- pour son activité indépendante, alors que le bilan 2012 de cette dernière société faisait apparaître un bénéfice net de CHF 70'427.31 et des actifs bruts pour CHF 71'864.31, portant sa fortune réelle à CHF 591'603.- en 2012. La différence entre sa fortune brute en 2012 et 2013 n'était donc plus que de CHF 17'640.- et non pas de CHF 89'504.- comme l'invoquait Meroba. - le bilan au 31 décembre 2012 de G\_\_\_\_\_ -Travaux mentionnant des actifs à hauteur de CHF 71'864.31 et un résultat de CHF 70'427.-. - la déclaration fiscale 2013 des époux C\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_ mentionnant des revenus de l'activité dépendante de CHF 12'615.- pour M. C\_\_\_\_\_ et de CHF 74'549.- pour son épouse, tous deux employés d'I\_\_\_\_\_ -Jobs SA. S'agissant de l'activité indépendante de M. C\_\_\_\_\_, le chiffre d'affaires était de CHF 136'411.-, moins, notamment, les charges de personnel à hauteur de CHF 68'434.- et les frais généraux et charges d'exploitation à hauteur de CHF 93'116.-, soit un bénéfice net de CHF 0.- et une perte de CHF 30'487.-. - un avis de taxation 2012 dont il ressort qu'ont été pris en compte pour M. C\_\_\_\_\_, au titre de salaires bruts, CHF 6'289.-, CHF 72'000.- et A/1265/2017 - 12/29 - CHF 36'000.- de bénéfice net, et pour son épouse CHF 74'550.-, soit un revenu total de CHF 144'634.- et une fortune brute totale de CHF 519'739.-. - un avis de taxation d'activité indépendante 2012 mentionnant un bénéfice net pour G\_\_\_\_\_ -Travaux de CHF 36'000.-.

### **E. 31**

Par duplique du 12 janvier 2018, Meroba a maintenu sa position. Elle relevait que les documents fiscaux présentés par M. C\_\_\_\_\_ ne lui avaient pas permis de constater qu'il disposait dans sa fortune mobilière au 31 décembre 2012 de matériel d'exploitation pour un montant de CHF 52'000.-. Aucune facture n'avait été fournie à ce jour pour justifier, ne fut-ce qu'en partie, la valeur des éléments soit disant apportés en nature. Les écritures comptables indiquaient que l'enregistrement du soi-disant apport en nature avait immédiatement précédé le prélèvement en espèces de CHF 52'000.- sur le compte bancaire.

### **E. 32**

Lors d'une audience du 6 juin 2018 devant la chambre de céans : a. M. C\_\_\_\_\_ a confirmé que M. L\_\_\_\_\_ avait travaillé comme indépendant pour la société B\_\_\_\_\_ Energie SA et qu'il travaillait encore pour celle-ci, entre autre. M. L\_\_\_\_\_ était arrivé, sauf erreur, en 2010-2011 en France voisine et s'était établi à Évian. Il avait d'abord travaillé comme

salarié à Martigny pour une entreprise du canton de Vaud, puis avait voulu créer sa propre entreprise. Il avait un potentiel de travail avec la société B\_\_\_\_\_ Energie SA qui cherchait des sous-traitants. Il ne faisait pas du tout la même activité que celle de la société. M. C\_\_\_\_\_ avait essayé d'aider M. L\_\_\_\_\_ à se mettre à son compte, car au début il parlait mal le français. Celui-ci ne pouvait pas facturer directement ses prestations à B\_\_\_\_\_ Energie SA, car il n'avait pas de compte bancaire. Comme M. L\_\_\_\_\_ devait fournir à B\_\_\_\_\_ Energie SA des pièces qu'il ne pouvait pas acquérir lui-même, M. C\_\_\_\_\_ les avait acquises pour lui au nom de la société. Il avait déduit ces sommes de la facturation de B\_\_\_\_\_ Energie SA. Sans son intervention, cette dernière n'aurait probablement pas engagé M. L\_\_\_\_\_ à l'époque, même si elle avait finalement été contente de ses prestations. M. L\_\_\_\_\_ était très motivé pour travailler en tant qu'indépendant. La société avait fait des gros chantiers pour B\_\_\_\_\_ Energie SA, mais n'avait pas participé au chantier sur lequel M. L\_\_\_\_\_ avait travaillé pour celle-ci en 2013. M. C\_\_\_\_\_ n'avait pas pensé qu'il était risqué de facturer pour M. L\_\_\_\_\_. Il était parti de l'idée que celui-ci obtiendrait son statut d'indépendant rapidement, ce qui n'avait pas été le cas. M. L\_\_\_\_\_ avait travaillé comme intérimaire pour I\_\_\_\_\_-Jobs SA, dont M. C\_\_\_\_\_ était administrateur. M. C\_\_\_\_\_ a encore indiqué avoir d'abord travaillé, dès 1989, avec un statut d'artisan en France, où il résidait. Son épouse étant devenue suisse, il avait obtenu la naturalisation facilitée en 1997 et ils s'étaient installés à Genève en 1998. Il était devenu artisan sur Genève. De 2005 à 2011, ils avaient fait un tour du monde en bateau. En 2011, ils avaient créé I\_\_\_\_\_-Jobs SA, une entreprise de placement temporaire puis, en 2012, il avait créé l'entreprise individuelle, G\_\_\_\_\_-travaux, car certains clients préféraient avoir des sous-traitants plutôt que des intérimaires.

A/1265/2017 - 13/29 - Comme il disposait d'intérimaires, il les faisait travailler pour G\_\_\_\_\_-travaux. En 2012, il avait encore créé T\_\_\_\_\_-formation et enfin la société en octobre. En 1988, il travaillait comme artisan en tuyauterie industrielle (soudeur) au CERN. C'était là qu'il avait rencontré M. D\_\_\_\_\_ avec un statut d'artisan tâcheron. En 2012, celui-ci avait perdu son client principal, le CERN. M. C\_\_\_\_\_ avait alors décidé de créer la société avec lui. Ils avaient fait en sorte que le capital soit créé par les outils de M. D\_\_\_\_\_, car il leur fallait des fonds. Il n'avait lui-même plus de liquidités, ayant mis tout ce qu'il avait dans ses autres sociétés. Il avait établi une liste des outils sur la base d'un catalogue de 2009, laquelle avait été validée par une fiduciaire. Au départ, ils avaient des outils pour deux personnes. Ils avaient diversifié leurs activités et travaillé avec la société P\_\_\_\_\_, qui leur avait demandé de fournir du personnel outillé. Ils avaient alors engagé jusqu'à quinze personnes et avaient ajouté des outils qu'ils avaient. La société avait également acheté du matériel d'occasion. M. C\_\_\_\_\_ ne travaillait pas à l'atelier de la société, mais s'occupait des devis, de la commande des fournitures et de la gestion. Il passait la plupart de son temps à ces activités. M. D\_\_\_\_\_ et des intérimaires d'I\_\_\_\_\_-Jobs SA travaillaient en atelier et sur des chantiers. Il avait utilisé la société G\_\_\_\_\_- Travaux comme une holding. Cette société facturait ses prestations aux autres sociétés. En 2015, l'office cantonal des assurances sociales (ci-après l'OCAS) avait considéré qu'il y avait un rapport de dépendance économique avec la société G\_\_\_\_\_-travaux et qu'elle devait percevoir des cotisations de I\_\_\_\_\_-Jobs SA et de la société. Du coup, il avait cessé de facturer ses prestations par G\_\_\_\_\_- travaux et avait remboursé I\_\_\_\_\_-Jobs SA et la société des montants perçus, ce qui expliquait la baisse de ses revenus en 2013. En 2014, il avait changé de fiduciaire. Celle-ci avait procédé aux rectifications nécessaires, car il avait été mal conseillé auparavant. Il avait décidé de rembourser aux sociétés les montants liés à

sa rémunération, car il ne voulait pas que ses sociétés paient les cotisations. Il avait été très surpris de recevoir le refus d'affiliation de janvier 2015. Il avait demandé son statut d'indépendant à la caisse AVS en 2012, quand il avait créé sa société. S'agissant de l'apport des outils, ils avaient agi de la même manière les deux fois. La première fois, c'était le notaire qui avait soumis la liste des outils qu'ils avaient établie à une fiduciaire. Il avait vendu son bateau en Nouvelle-Zélande en 2012. Il n'était pas comptable, mais autodidacte. Il s'en était remis à des professionnels. S'il avait vendu les outils à quelqu'un d'autre, il en aurait obtenu davantage. Ils n'avaient pas surévalué les outils, sinon, avec M. D\_\_\_\_\_, ils se seraient réciproquement volés. M. C\_\_\_\_\_ a produit un courrier que la caisse cantonale de compensation avait adressé le 8 janvier 2015 à G\_\_\_\_\_ -Travaux l'informant que sa demande d'affiliation en tant que personne de condition indépendante en raison individuelle dans le domaine de la gestion d'entreprise et la comptabilité à partir du 1er avril 2013 était refusée. Les circonstances dans lesquelles son activité était exercée ne lui permettaient pas de le considérer comme indépendant. En effet, il facturait ses

A/1265/2017 - 14/29 - propres entreprises et n'avait pas de clientèle diversifiée, mis à part I\_\_\_\_\_ -Jobs SA et la société. Il ne disposait pas de contrat de mandats et n'avait pas de locaux commerciaux propres à cette activité. Il n'était pas autonome dans son travail puisqu'il était assisté par une fiduciaire et ne supportait pas un réel risque économique d'entrepreneur dans l'exercice de son activité de gestion d'entreprise et comptabilité. Les accords pris entre les parties portant sur la qualification d'un revenu pour l'AVS se déterminaient uniquement sur la base des critères du droit AVS. Il existait manifestement un rapport de dépendance économique entre I\_\_\_\_\_ -Jobs SA, la société et lui-même. En conséquence, il appartenait à I\_\_\_\_\_ - Jobs SA et à la société de retenir les cotisations AVS/AI/APG et AC sur les sommes qu'elles lui payaient et de les verser, y compris sa part ainsi que les contributions d'allocation familiales, à la caisse de compensation à laquelle elles étaient affiliées. b. Le conseil de la société a précisé que tous les aspects (de la décision) avaient été contestés et que la société n'avait pas reçu de décision sur opposition sur le plan de l'AVS. c. Le représentant de Meroba a présenté ses excuses au recourant pour avoir rendu abruptement la décision, mais le dossier avait trop duré. Le recourant avait effectivement été mal conseillé. Meroba n'avait pas pu valider que l'apport en nature venait de la fortune personnelle de l'intéressé. Il n'était pas concevable que le recourant n'ait pas pu obtenir de ses fournisseurs la copie d'une facture. Si le matériel en cause datait d'avant 2005, il était largement amorti.

### **E. 33**

Par ordonnance du 7 juin 2018, la chambre de céans a ordonné l'appel en cause de B\_\_\_\_\_ Energie SA, considérant qu'il était envisageable que M. L\_\_\_\_\_ ait eu une activité dépendante pour cette dernière, dont la situation juridique était en conséquence susceptible d'être affectée par l'issue de la procédure.

### **E. 34**

Le 19 juillet 2018, B\_\_\_\_\_ Energie SA a conclu à ce qu'il soit constaté qu'il n'y avait eu aucun rapport de travail entre elle et M. L\_\_\_\_\_ avec suite de frais et dépens. Elle a fait valoir que les activités de ce dernier et de la société étaient très proches. S'agissant des travaux litigieux effectués en 2013, la société lui avait adressé trois factures, sans mentionner M. L\_\_\_\_\_. L'appelée en cause avait réglé les montants dus sur le compte d'exploitation de la société. Elle n'avait eu de rapports contractuels qu'avec cette dernière,

qui avait été son unique interlocutrice au moment de la négociation des contrats et lors de l'exécution des travaux. L'appelée en cause avait été persuadée que M. L\_\_\_\_\_ était salarié de la société. Les travaux effectués en faveur de l'appelée en cause consistaient en divers travaux de tuyauterie et de soudure. Il s'agissait uniquement de la main-d'œuvre. Si l'activité exercée en 2013 par M. L\_\_\_\_\_ devait être qualifiée de dépendante, c'était en lien avec la société uniquement.

### **E. 35**

Le 16 août 2018, Meroba a informé la chambre de céans ne pas avoir de remarques sur les écritures de l'appelée en cause. À la lecture de l'extrait du registre du

A/1265/2017 - 15/29 - commerce, elle avait constaté que la faillite de K\_\_\_\_\_ Sàrl en liquidation, dont M. C\_\_\_\_\_ était associé gérant, avait été suspendue faute d'actifs. Cette entreprise, pour laquelle un apport en nature avait déjà eu lieu, selon le procès-verbal d'audition de l'office des faillites, était active dans le même domaine d'activité que la société. Elle s'interrogeait dès lors sur le sort réservé aux machines, outils et stocks de matériel de l'entreprise K\_\_\_\_\_ Sàrl en liquidation. En comptabilisant l'apport en nature dans les charges de l'entreprise (achat de matériel), les éléments apportés n'avaient aucune valeur à l'actif de l'entreprise, ce qui contredisait l'argument de M. C\_\_\_\_\_, selon lequel les apports valaient beaucoup plus que le montant comptabilisé et prélevé. Ce procédé n'était pas conforme au droit comptable, ni au droit fiscal. En effet, selon les directives fiscales genevoises (Guide fiscal pour les indépendants, AFC Genève, 2013, rubrique « Acquisitions et apports privés »), tout achat considéré comme un investissement devait être porté à l'actif du bilan. D'autre part, selon ces mêmes directives, les apports privés (soit les actifs transférés de la fortune privée à la fortune commerciale) pouvaient être comptabilisés tout au plus à leur valeur vénale. La valeur vénale correspondait au prix qui aurait été acquitté dans des conditions normales de marché. Selon Meroba, la valeur vénale des biens acquis avant 2005 et apportés dans l'entreprise en 2014 devait être proche de zéro en raison de leur obsolescence notamment. Elle ne pouvait en aucun cas être aussi élevée que celle retenue par M. C\_\_\_\_\_. Ainsi, il y avait là distribution dissimulée de bénéfice, soumise à cotisations sociales. Meroba s'étonnait du fait que M. C\_\_\_\_\_ ait conservé, pendant son voyage autour du monde, ses machines, outils et stocks de matériel, mais pas ses documents comptables, contrairement à ses obligations. G\_\_\_\_\_ -Travaux n'avait pas remboursé les montants facturés au titre d'honoraires à la société, mais la charge avait simplement été transférée d'un compte à un autre. Comme le montrait l'extrait de la comptabilité de la société, les montants facturés par G\_\_\_\_\_ -Travaux avaient été crédités du compte 4760 « honoraires » pour CHF 60'088.89 et débitée du compte 4790 « autres frais administratifs » pour un montant à peu près équivalent, soit CHF 50'000.-. Meroba relevait encore que M. C\_\_\_\_\_ avait indiqué lors de son audition qu'il souhaitait éviter que ses sociétés payent trop de charge, au vu du manque de liquidités. En conséquence, elle maintenait ses conclusions.

### **E. 36**

Le 11 septembre 2018, la société a fait valoir que l'audition de M. Q\_\_\_\_\_ pourrait démontrer qu'il avait parfaitement compris la portée juridique de l'attestation qu'il avait établie le 9 mai 2017. Elle maintenait que M. L\_\_\_\_\_ avait travaillé en qualité d'indépendant pour B\_\_\_\_\_ Energie SA, et qu'elle avait seulement accepté d'agir comme intermédiaire entre son entreprise et cette dernière pendant la période transitoire au cours de

laquelle la raison individuelle de M. L.\_\_\_\_\_ n'était pas encore constituée formellement. L'activité de leurs deux entreprises était différente. Il avait par ailleurs été démontré par pièce que les factures encaissées par la société pour ce dernier lui avaient été reversées, sous déduction des fournitures. Dans la

A/1265/2017 - 16/29 - mesure où la société n'avait pas appelé en cause B.\_\_\_\_\_ Energie SA et qu'elle rejoignait cette dernière dans ses conclusions, elle s'opposait à toute éventuelle condamnation à payer des dépens à celle-ci en cas de rejet de l'appel en cause.

### **E. 37**

Le 21 septembre 2018, la demanderesse a fait valoir qu'il fallait écarter les considérations émises par Meroba le 16 août 2018 et les pièces y relatives, qui avaient été faites spontanément, les parties n'étant pas autorisées à plaider par écrit quand bon leur semblait.

### **E. 38**

Sur questions de la chambre de céans, Meroba a indiqué à la chambre de céans que le montant des cotisations LPP avait été établi sur la base de l'art. 24 du règlement de la Fondation prévoyance de la métallurgie du bâtiment (ci-après FPMB) qui prévoyait que le salaire effectif servait de base au calcul des cotisations pour les salariés et qu'il équivalait au salaire AVS. Les cotisations LPP avaient été prélevées sur l'intégralité du salaire AVS, le règlement de la fondation ne prévoyant pas l'application d'un salaire coordonné. Dans le présent cas, on ne se trouvait pas dans une situation relevant de l'art. 3 LPP, soit un cas où le Conseil fédéral avait soumis à l'assurance obligatoire l'ensemble des personnes de condition indépendante qui appartenait à une profession déterminée. MM. C.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_ étant affiliés à la FPMB, ils étaient assurés à titre obligatoire sur l'entier de leur salaire AVS, conformément à l'art. 24 précité. M. L.\_\_\_\_\_ était quant à lui employé par une entreprise ayant adhéré à la Convention collective de travail pour les métiers techniques de la métallurgie du bâtiment dans le canton de Genève et était donc assuré à la FPMB et soumis à son règlement.

### **E. 39**

Lors d'une audience du 26 mars 2019 : a. M. D.\_\_\_\_\_ a déclaré à la chambre de céans qu'il était auparavant artisan indépendant sur France travaillant uniquement pour le CERN. M. C.\_\_\_\_\_ avait la même activité que lui. À un moment donné, pour divers motifs, M. D.\_\_\_\_\_ n'avait quasiment plus de mandat. M. C.\_\_\_\_\_, qui revenait de son tour du monde, lui avait alors proposé de créer ensemble une entreprise suisse. Tout le côté administratif avait été pris en charge par M. C.\_\_\_\_\_ et lui-même travaillait sur le chantier. M. C.\_\_\_\_\_ s'occupait des devis et des factures. Ils avaient eu jusqu'à quinze employés. Concrètement, c'était M. C.\_\_\_\_\_ qui les gérait. Deux ou trois personnes travaillaient avec lui-même sur le chantier du CERN et les autres étaient sur d'autres chantiers. L'activité de la société allait au-delà du CERN, mais il travaillait pour sa part principalement au CERN. Au tout début, ils essayaient de payer leurs ouvriers et fournisseurs plus qu'eux-mêmes pour l'équilibre de la société. M. C.\_\_\_\_\_ et lui-même touchaient ce qui restait. Ils essayaient d'avoir un salaire variant entre CHF 2'000.- et 5'000.- par mois. Dans son esprit, M. C.\_\_\_\_\_ touchait la même chose que lui, mais ils n'en avaient jamais parlé. Son salaire lui était versé par la société. Pour créer la Sàrl, ils avaient apporté leur matériel. Au début, ce n'était que ce qui était nécessaire pour deux ou trois personnes. Par la suite, ils avaient fourni du matériel supplémentaire, puisqu'il y avait plus d'employés. C'était M. C.\_\_\_\_\_ qui suivait les chantiers et qui disait aux employés

A/1265/2017 - 17/29 - ce qu'ils devaient faire. Pour sa part, il gérait les employés qui travaillaient avec lui sur le CERN. Ces derniers s'adressaient à M. C\_\_\_\_\_ au sujet de leurs vacances ou de leur rémunération. Les employés avaient passé des contrats avec I\_\_\_\_\_ -Jobs SA et non avec la société. M. D\_\_\_\_\_ ne faisait pas le point régulièrement avec M. C\_\_\_\_\_ sur la trésorerie de la société et ne savait pas si les gens payaient les factures ou pas. Il voyait M. C\_\_\_\_\_ quasiment tous les jours. S'il y avait eu un problème, il lui en aurait parlé. La société fonctionnait bien. Au début, il y avait eu des hauts et des bas. Actuellement, la société était en pleine expansion. Ses fiches de paie mentionnaient I\_\_\_\_\_ -Jobs SA et la société. Il n'avait lui-même jamais été concerné par G\_\_\_\_\_ -Travaux. Le montant de son salaire variait selon les mois. Lorsqu'ils avaient libéré le capital de la société, ils avaient passé par un notaire et une fiduciaire. La liste du matériel apporté à l'entreprise mentionnait des prix de catalogue. Pour l'outillage complémentaire, ils avaient procédé de la même manière. La fiduciaire leur avait dit qu'il n'y avait pas de problème, au moment de la création de la société. La deuxième fois, c'était M. C\_\_\_\_\_ qui s'en était occupé. Sur les deux listes, ils avaient pris en compte le fait que c'était du matériel d'occasion en réduisant le prix catalogue de 40%. Ils avaient fourni du matériel une seconde fois en raison d'un mandat pour la société P\_\_\_\_\_ qui demandait plusieurs ouvriers. Tout le matériel se trouvait dans son entreprise en France. Il devait avoir le bilan de celle-ci, mais cela faisait longtemps qu'il avait arrêté de travailler avec cette entreprise, soit en 2011. Il avait acheté les outils sur son compte personnel et non sur celui de l'entreprise. Il avait dépensé pas mal d'argent pour ces outils, car il les appréciait et, de manière générale, il adorait son métier. M. C\_\_\_\_\_ lui avait dit qu'il fallait qu'ils attestent de la valeur de leurs apports à la demande de Meroba. Il n'avait pas été en mesure de fournir des factures ayant déménagé plusieurs fois et n'étant pas très à l'aise avec l'administratif. Une partie des pièces avait peu de valeur. Il avait acheté du matériel de sociétés qui faisaient faillite, soit l'outillage portatif (meuleuse, perceuse, poste à souder), à la moitié ou au deux tiers du prix neuf, en 2008 et 2009 environ. Il avait accumulé du matériel en profitant des occasions dans l'idée de créer une société par la suite. Comme il travaillait alors seul, il n'avait pas forcément besoin de ce matériel. Il ne connaissait pas M. L\_\_\_\_\_. b. Le représentant de Meroba a indiqué que, de son point de vue, MM. C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ avaient un statut de salarié et étaient affiliés à la FPMB. M. D\_\_\_\_\_ avait touché régulièrement un salaire et les cotisations avaient été réglées. La société déclarait un salaire mensuel pour lui à Meroba. De mémoire, sur plusieurs années, M. D\_\_\_\_\_ avait touché un salaire de la société et les cotisations avaient été réglées. S'agissant de M. C\_\_\_\_\_, il n'y avait pas de revenu déclaré pour la société, qui était la seule entreprise de M. C\_\_\_\_\_ affiliée auprès de Meroba. M. C\_\_\_\_\_ n'était pas affilié à titre facultatif à Meroba.

A/1265/2017 - 18/29 - Meroba aurait pu reprendre toutes les factures de G\_\_\_\_\_ -Travaux à la société au titre de salaire de M. C\_\_\_\_\_, comme l'avait fait l'OCAS par rapport à I\_\_\_\_\_ -Jobs SA, mais il ne l'avait pas fait. M. C\_\_\_\_\_ avait ainsi été traité de façon favorable, étant rappelé que G\_\_\_\_\_ -Travaux avait facturé CHF 65'000.- à la société en 2014. Il ressortait des observations de la société du 11 septembre 2018 que les factures encaissées par elle de B\_\_\_\_\_ Energie SA avaient été reversées à M. L\_\_\_\_\_, sous déduction de la valeur des fournitures fournies par la société en faveur de ce dernier, ce qui confirmait que l'activité de la société n'était pas si éloignée de celle de B\_\_\_\_\_ Energie SA. c. M. C\_\_\_\_\_ a déclaré qu'il n'avait jamais touché de salaire de la société. Il avait eu un revenu de G\_\_\_\_\_ -Travaux pendant toute la période concernée par la présente cause. En 2015, l'OCAS lui avait refusé le statut d'artisan. À l'heure actuelle, il touchait un salaire

de CHF 1'727.- par mois de F\_\_\_\_\_ Sàrl pour toutes ses activités, y compris celles auprès d'I\_\_\_\_\_ -Jobs SA. Il payait les cotisations sociales sur ce montant (CIEPP-FER CIAM). M. D\_\_\_\_\_ n'avait jamais été au courant des comptes de la société. La situation de celle-ci n'avait pas été facile jusqu'à maintenant, mais elle allait mieux. À l'heure actuelle, ils avaient beaucoup de chantiers. Il avait porté cette société à bout de bras. Contrairement à M. D\_\_\_\_\_, il n'avait de salaire pour son activité pour la société. À l'époque des faits, il facturait son activité pour la société par le biais de G\_\_\_\_\_ -Travaux. Il devait toucher environ CHF 5'000.- par mois pour son activité pour la société, qui avait toujours perdu de l'argent. Il pouvait fournir ses bilans. La facture de CHF 65'000.- de G\_\_\_\_\_ -Travaux à la société, en 2014, ne représentait pas ses revenus, mais des frais encourus pour son activité auprès de la société. La plupart du matériel venait de M. D\_\_\_\_\_. Pour sa part, il n'avait pas acquis d'outillage dans des conditions particulièrement favorables auprès d'entreprises en faillite. Il en avait acquis dans le cadre de son activité pour sa société qui s'appelait C\_\_\_\_\_. Il avait encore les bilans relatifs à cette activité, mais pas les factures. Il aurait donc pu démontrer l'achat des outillages apportés à la société, mais ne l'avait pas fait puisque la plupart venait de M. D\_\_\_\_\_. Lors du deuxième apport d'outillage à la société, il avait remis un outillage qui venait de sa propre entreprise et qu'il avait mis en dépôt pendant son voyage autour du monde. Au début de la société, M. D\_\_\_\_\_ avait déjà tout son outillage au CERN, c'était celui qui avait été repris. La liste des outillages atteignait une somme importante en raison du nombre important de petit matériel. La liste des pièces détachées atteignait un montant important, en raison du nombre de pièces, mais pas de la valeur de chaque pièce. M. J\_\_\_\_\_ travaillait pour B\_\_\_\_\_ Energie SA en tant qu'artisan indépendant ou par le biais d'une société. Il n'était pas le numéro deux de B\_\_\_\_\_. M. C\_\_\_\_\_ connaissait M. Q\_\_\_\_\_ depuis une vingtaine d'année et savait qu'il avait un poste important à B\_\_\_\_\_ Energie SA. M. Q\_\_\_\_\_ savait qu'il avait accepté de facturer le travail de M. L\_\_\_\_\_ pour son travail auprès de B\_\_\_\_\_ Energie SA, puisque ce

A/1265/2017 - 19/29 - dernier ne pouvait pas le faire, n'étant pas indépendant. C'était pour équiper des villas de tuyauterie et plomberie. La société avait travaillé pour B\_\_\_\_\_ Energie SA pour deux chantiers de tuyauterie industrielle (HUG et CMU). Le montant des factures pour ceux-ci était beaucoup plus élevé que celui facturé en lien avec le travail de M. L\_\_\_\_\_. C'était la société qui avait facturé le travail de M. L\_\_\_\_\_ et non I\_\_\_\_\_ -Jobs SA, car au début ils étaient sûrs que celui-ci pourrait se mettre rapidement à son compte, ce qui n'avait pas été le cas. Par la suite, M. L\_\_\_\_\_ avait été salarié d'I\_\_\_\_\_ - Jobs SA. Son idée avait été de donner un coup de main à M. L\_\_\_\_\_. Il avait confiance en lui, car ils étaient des professionnels et s'entraidaient. Il avait accepté le risque d'une éventuelle responsabilité pour autant qu'il y en ait eu un, étant rappelé que M. L\_\_\_\_\_ travaillait encore à ce jour pour B\_\_\_\_\_ Energie SA en tant qu'indépendant. d. Le conseil de la société a relevé qu'il s'agissait-là d'une activité totalement différente de celle de la société et a demandé l'audition de MM. L\_\_\_\_\_ et Q\_\_\_\_\_. e. Le représentant de l'appelée en cause a relevé que le but de la société, selon le registre du commerce, était en partie le sanitaire-chauffage, ce qui correspondait au travail qu'avait fait pour elle M. L\_\_\_\_\_. Il ne pouvait pas confirmer que M. Q\_\_\_\_\_ était au courant de l'accord entre M. L\_\_\_\_\_ et M. C\_\_\_\_\_. L'appelée en cause avait mandaté la société pour faire les travaux effectués par M. L\_\_\_\_\_ et les lui avait facturés. Chez B\_\_\_\_\_ Energie SA, ils étaient très attentifs au fait de travailler avec des indépendants ou des sociétés. f. Le conseil de l'appelée en cause a également demandé l'audition de MM. L\_\_\_\_\_ et Q\_\_\_\_\_.

## E. 40

Sur ce, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. b 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 relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, y compris en cas de divorce, ainsi qu'aux prétentions en responsabilité (art. 331 à 331e du Code des obligations [CO - RS 220]; art. 52, 56a, al. 1, et art. 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 [LPP - RS 831.40]; art. 142 du Code civil [CC - RS 210]). Le for est au siège ou domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé (art. 73 al. 3 LPP). En l'espèce, le litige, qui oppose une institution de prévoyance et un employeur, relève du droit de la prévoyance professionnelle, selon l'art. 73 al. 1 LPP.

A/1265/2017 - 20/29 - Dès lors que Meroba est domiciliée à Genève, la chambre de céans est compétente pour connaître du litige, tant en raison de la matière que du lieu. 2. L'ouverture de l'action prévue à l'art. 73 al. 1 LPP n'est soumise, comme telle, à l'observation d'aucun délai (Vincent SPIRA, *Le contentieux des assurances sociales fédérales et la procédure cantonale*, Recueil de jurisprudence neuchâteloise, 1984, p. 19). La procédure prévue par l'art. 73 LPP n'est pas déclenchée par une décision sujette à recours, mais par une simple prise de position de l'institution de prévoyance qui ne peut s'imposer qu'en vertu de la décision d'un tribunal saisi par la voie de l'action (ATF 115 V 239). C'est dire que les institutions de prévoyance (y compris celles de droit public) n'ont pas le pouvoir de rendre des décisions proprement dites (ATF 115 V 224). À teneur de l'art. 73 al. 2 LPP, les cantons doivent prévoir une procédure simple, rapide et, en principe, gratuite dans laquelle le juge constatera les faits d'office. Dans le canton de Genève, la procédure en matière de prévoyance professionnelle, est régie par la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA- E 5 10) et plus particulièrement par les art. 89A et ss. En l'espèce, le recours formé par la société correspond à une demande, qui est recevable. 3. Le litige porte sur le bien-fondé des décisions prises par la défenderesse le 24 mars 2017 réclamant à la demanderesse des cotisations sociales : - d'un montant de CHF 8'240.15 concernant M. L\_\_\_\_\_, pour un travail du 1er au 31 décembre 2013, sur un salaire de CHF 15'847.85 ; - d'un montant de CHF 24'005.45 sur des « salaires complémentaires » touchés du 1er au 31 décembre 2013, à hauteur de CHF 55'028.- pour M. C\_\_\_\_\_ et de CHF 37'105.- pour M. D\_\_\_\_\_. 4. Selon l'art. 2 al. 1 LPP, sont soumis à l'assurance obligatoire les salariés qui ont plus de 17 ans et reçoivent d'un même employeur un salaire annuel supérieur à CHF 21'330.-. Selon l'art. 3 LPP, à la requête des organisations professionnelles intéressées, le Conseil fédéral peut soumettre à l'assurance obligatoire, d'une façon générale ou pour la couverture de risques particuliers, l'ensemble des personnes de condition indépendante qui appartiennent à une profession déterminée. Il ne peut faire usage de cette faculté que si la majorité de ces personnes sont membres de l'organisation professionnelle requérante. Selon l'art. 4 LPP, les salariés et les indépendants qui ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire peuvent se faire assurer à titre facultatif conformément à la présente loi (al. 1). Les dispositions sur l'assurance obligatoire, en particulier les limites de revenu fixées à l'art. 8, s'appliquent par analogie à l'assurance facultative

A/1265/2017 - 21/29 - (al. 2). Les travailleurs indépendants ont d'autre part la possibilité de s'assurer uniquement auprès d'une institution de prévoyance active dans le domaine de prévoyance étendue, et notamment auprès d'une institution de prévoyance non inscrite au

registre de la prévoyance professionnelle. Dans ce cas, les al. 1 et 2 ne s'appliquent pas (al. 3). Les cotisations et montants versés par des indépendants à une institution de prévoyance professionnelle doivent être affectés durablement à la prévoyance professionnelle (al. 4). Selon l'art. 7 LPP, les salariés auxquels un même employeur verse un salaire annuel supérieur à CHF 21'330.- sont soumis à l'assurance obligatoire pour les risques de décès et d'invalidité dès le 1er janvier qui suit la date à laquelle ils ont eu 17 ans et, pour la vieillesse, dès le 1er janvier qui suit la date à laquelle ils ont eu 24 ans (al. 1). Est pris en considération le salaire déterminant au sens de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS). Le Conseil fédéral peut admettre des dérogations (al. 2). Selon l'art. 8 al. 1 LPP, la partie du salaire annuel comprise entre CHF 24'885.- et CHF 85'320.- doit être assurée. Cette partie du salaire est appelée « salaire coordonné » (al. 2). Les indépendants peuvent se faire assurer auprès de l'institution de prévoyance qui assure leurs salariés ou dont ils relèvent à raison de leur profession (art. 44 al. 1 LPP). Selon l'art. 66 LPP, l'institution de prévoyance fixe dans ses dispositions réglementaires le montant des cotisations de l'employeur et de celles des salariés. La somme des cotisations (contribution) de l'employeur doit être au moins égale à la somme des cotisations de tous les salariés. La contribution de l'employeur ne peut être fixée plus haut qu'avec son assentiment (al. 1). L'employeur est débiteur de la totalité des cotisations envers l'institution de prévoyance. Celle-ci peut majorer d'un intérêt moratoire les cotisations payées tardivement (al. 2). L'employeur déduit du salaire les cotisations que les dispositions réglementaires mettent à la charge du salarié (al. 3). Il transfère à l'institution de prévoyance sa contribution ainsi que les cotisations des salariés au plus tard à la fin du premier mois suivant l'année civile ou l'année d'assurance pour laquelle les cotisations sont dues (al. 4). 5. Selon l'art. 2 du règlement de la FPMB, la Fondation a pour but de permettre aux employeurs d'assurer leurs salariés contre les conséquences économiques de la retraite, de l'invalidité et du décès, en garantissant des prestations déterminées conformément aux dispositions du présent règlement (ch. 1). En application de l'art. 44 LPP, les indépendants peuvent se faire assurer auprès de l'institution de prévoyance qui assure leurs salariés ou de celle dont ils relèvent en raison de leur profession (ch. 4). Selon l'art. 24 du règlement de la FPMB, pour les salariés, le salaire effectif (cotisants) sert de base au calcul des cotisations. Il est égal au salaire AVS (ch. 1).

A/1265/2017 - 22/29 - La Fondation ne peut pas prendre en considération dans le salaire effectif des éléments de salaire de nature particulière occasionnelle (ch. 2). 6. 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 [cf. art. 5 et 9 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10), art. 6 ss du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS - RS 831.101)]. 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 (art. 12 al. 1 LPGA). 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 (ATF 140 V 241 consid. 4.2 et les références). Les rapports de droit civil peuvent certes fournir, éventuellement, quelques indices, mais ils ne sont pas déterminants. D'une manière

générale, est réputé salarié 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 encouru par l'entrepreneur (ATF 123 V 161 consid. 1; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_796/2014 du 27 avril 2015 consid. 3.2). 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 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 140 V 108 consid. 6; ATF 123 V 161 consid. 1). La notion de dépendance englobe les rapports créés par un contrat de travail, mais elle les déborde largement. 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 et l'obligation du travailleur d'exécuter personnellement la tâche qui lui est confiée. 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 72 consid. 4b). En outre, la possibilité pour le travailleur d'organiser

A/1265/2017 - 23/29 - son horaire de travail ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'une activité indépendante (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_213/2016 du 17 octobre 2016 consid. 3.3). On est généralement en présence d'une activité lucrative indépendante lorsque la personne tenue de cotiser participe, par l'engagement de sa force de travail et de son capital, aux échanges économiques en s'organisant elle-même et de manière visible pour le public, en vue de fournir des prestations de service ou de créer des produits qui sont acquis ou utilisés au moyen de contre-prestations financières ou pécuniaires (ATF 125 V 383 consid. 2a). Est indépendant celui qui exerce son activité selon sa propre organisation librement choisie – reconnaissable de l'extérieur – et à ses propres risques et profits (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_658/2007 du 26 septembre 2008 consid. 2). Le risque économique d'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 tel risque le fait que la personne concernée opère des investissements importants, subit les pertes, supporte le risque d'encaissement et de du croire, assume 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. Le risque économique de l'entrepreneur n'est cependant pas à lui seul déterminant pour juger du caractère dépendant ou indépendant d'une activité. C'est en principe l'ensemble des circonstances du cas concret qui permet de déterminer si on est en présence d'une activité dépendante ou indépendante, en particulier la nature et l'étendue de la dépendance économique et organisationnelle à l'égard du mandant ou de l'employeur. Cet aspect peut 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\_213/2016 du

17 octobre 2016 consid. 3.4 et les références citées, arrêt du Tribunal fédéral 9C\_460/2015 du 18 novembre 2015 consid. 3.4). S'agissant du risque économique, il ne suffit pas, pour reconnaître à une activité un caractère indépendant, que la personne concernée coure le risque de voir son revenu dépendre du succès de ses affaires. Le fait que la personne ne bénéficie d'aucun revenu (formellement garanti) ne constitue donc qu'un simple indice en faveur d'une activité indépendante (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_460/2015 du 18 novembre 2015 consid. 5.2.1). Le Tribunal fédéral a récemment confirmé un arrêt de la Cour des assurances sociales du canton du Valais retenant qu'un associé et directeur d'une Sàrl, disposant de la signature individuelle, avait une fonction assimilable à un travailleur indépendant étant donné notamment que la charge essentielle du travail afférent au

A/1265/2017 - 24/29 - lancement de la société lui avait incombé et qu'il avait supporté une partie du risque de l'entrepreneur lors du lancement de sa société. En outre, l'intéressé avait lui-même admis détenir le pouvoir de décision (arrêt 8C\_331/2017 du 8 mars 2018 consid. 4.2). Le Tribunal fédéral a nié l'aptitude au placement d'un assuré qui avait créé sa propre Sàrl, constatant que ce dernier n'avait en réalité jamais cessé son activité indépendante depuis son inscription au chômage (arrêt 8C\_435/2010 du 25 janvier 2011). L'associé gérant d'une Sàrl, qui participe à l'exploitation de la société, doit être assimilé, sous l'angle de la réalité économique, à une personne de condition indépendante (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 224/01 du 13 décembre 2002 consid. 4.3 ; ATF 126 V 212 consid. 2b ; DTA 1998 n° 32 p. 177 consid. 4a et b). Tel est le cas également lorsque l'activité n'est pas rémunératrice (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 224/01 du 13 décembre 2002 consid. 4.3). La personne qui possède l'intégralité du capital social d'une Sàrl et qui est, ainsi, juridiquement fondée à prendre toutes les décisions concernant sa société a un statut indépendant. Elle ne peut par conséquent pas être assurée à titre obligatoire à l'assurance-accidents (ATAS/1123/2018 du 30 novembre 2018). 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). Les notions d'activité lucrative dépendante et indépendante propres au droit de l'AVS s'appliquent également à l'assurance-chômage obligatoire, à la prévoyance professionnelle et à l'assurance-accidents obligatoire (OFAS, Directive sur le salaire déterminant dans l'AVS, l'AI et l'APG - DSD - ch. 1040). 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). 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

A/1265/2017 - 25/29 - (REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 12ème 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. 3; Pratique VSI 5/1996 p. 258). 7. Selon l'art. 5 al. 2 LAVS, on considère comme salaire déterminant toute rétribution pour un travail dépendant effectué dans un temps déterminé ou indéterminé. Sont en principe soumis à cotisations tous les revenus liés à des rapports de travail ou de service qui n'auraient pas été perçus sans ces rapports. Inversement, l'obligation de payer des cotisations ne concerne en principe que les revenus qui ont été effectivement perçus par le travailleur (ATF 138 V 463 consid. 6.1 et les références). 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 et 12 al. 1 LPGA). 8. Selon l'art. 781 al. 5 ch. 4 CO relatif à la société à responsabilité limitée, les dispositions du droit de la société anonyme relatives à l'augmentation ordinaire du capital-actions s'appliquent par analogie à l'augmentation du capital social par des fonds propres.

Selon l'art. 635 ch. 1 CO, les fondateurs rendent compte dans un rapport écrit de la nature et de l'état des apports en nature ou des reprises de bien et du bien-fondé de leur évaluation.

Un réviseur agréé vérifie le rapport de fondation et atteste par écrit qu'il est complet et exact (art. 635a CO).

Selon l'art. 650 al. 1 CO l'augmentation du capital-actions est décidée par l'assemblée générale; elle doit être exécutée par le conseil d'administration dans les trois mois. Selon l'al. 2 de l'art. 650 al. 1 CO, la décision de l'assemblée générale doit être constatée par un acte authentique et mentionner le montant nominal total de l'augmentation et le montant des apports qui doivent être effectués à ce titre (ch. 1), la nature des apports et, en cas d'apport en nature, son objet, son estimation, le nom de l'apporteur qui l'effectue ainsi que les actions qui lui reviennent (ch. 4).

Selon l'art. 650 al. 3 CO, la décision de l'assemblée générale est caduque si, dans les trois mois, augmentation du capital-actions n'est pas inscrite au registre du commerce. Selon l'art. 754 CO – applicable à la société à responsabilité limitée par renvoi de l'art. 827 CO – les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de

A/1265/2017 - 26/29 - même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs (al. 1). Celui qui d'une manière licite, délègue à un autre organe l'exercice d'une attribution, répond du dommage causé par ce dernier, à moins qu'il ne prouve avoir pris en matière de choix, d'instruction et de surveillance, tous les soins commandés par les circonstances (al. 2). 9. Le juge des assurances sociales 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 ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références). 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 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). Le principe inquisitoire, qui régit la procédure dans le domaine de l'assurance sociale (cf. art. 43 al. 1 et 61 let. c LPG), exclut que la charge de l'apport de la preuve ("Beweisführungslast") incombe aux parties, puisqu'il revient à l'administration, respectivement au juge, de réunir les preuves pour établir les faits pertinents. Dans le procès en matière d'assurances sociales, les parties ne supportent en règle générale le fardeau de la preuve que dans la mesure où la partie qui voulait déduire des droits de faits qui n'ont pas pu être prouvés en supporte l'échec. Cette règle de preuve ne s'applique toutefois que s'il n'est pas possible, dans les limites du principe inquisitoire, d'établir sur la base d'une appréciation des preuves un état de fait qui correspond, au degré de la vraisemblance prépondérante, à la réalité (ATF 128 V 218 consid. 6; ATF 117 V 261 consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_632/2012 du 10 janvier 2013 consid. 6.2.1). Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves ; ATF 122 II 464 consid. 4a; ATF 122 III 219 consid. 3c). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101 - Cst; SVR 2001 IV n. 10 p. 28 consid. 4b), la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst. étant toujours valable (ATF 124 V 90 consid. 4b; ATF 122 V 157 consid. 1d).

A/1265/2017 - 27/29 - 10. En l'espèce, l'activité exercée par M. L.\_\_\_\_\_ pour B.\_\_\_\_\_ Energie SA, en 2013, ne peut être qualifiée d'indépendante, dès lors que celui-ci n'avait pas directement conclu de contrat avec cette société, car il n'avait pas encore créé sa propre entreprise, n'ayant encore ni locaux, ni statut d'indépendant. Il convient dès lors de retenir que M. L.\_\_\_\_\_ a agi en tant que sous-traitant de la société demanderesse, qui a accepté de faire l'intermédiaire entre lui et B.\_\_\_\_\_ Energie SA en facturant les prestations de M. L.\_\_\_\_\_ à cette dernière et en fournissant à celui-ci du matériel pour effectuer son travail pour B.\_\_\_\_\_ Energie SA. Il faut également relever que M. L.\_\_\_\_\_ a, par la suite, été employé par M. C.\_\_\_\_\_ dans le cadre de sa société I.\_\_\_\_\_ -Jobs SA, ce qui corrobore le fait que ce dernier a « employé » M. L.\_\_\_\_\_, par le biais de la société demanderesse, pour son activité auprès de B.\_\_\_\_\_ Energie SA, afin de lui permettre de travailler avec cette dernière, qui a pour politique de n'engager que des sociétés ou des indépendants. C'est donc à juste titre que Meroba a considéré comme salaires les montants versés en 2013 par la société à M. L.\_\_\_\_\_, étant précisé que, selon l'art. 24 du règlement de la FPMB, pour les salariés, le salaire effectif sert de base au calcul des cotisations et qu'il est égal au salaire AVS (ch. 1). La demande contestant le bien-fondé de la décision rendue à cet égard par la défenderesse le 24 mars 2017 doit ainsi être rejetée. 11. a. S'agissant de MM. C.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_, tous deux sont associés gérants de la demanderesse, qu'ils ont créée ensemble. Au vu de leurs déclarations et des pièces au dossier, il apparaît que M. D.\_\_\_\_\_ doit être considéré comme salarié de la société, dès lors qu'il touche régulièrement un salaire de celle-ci et qu'il n'a pas un rôle concret de dirigeant, celui-ci étant exercé par M. C.\_\_\_\_\_. S'agissant de M. C.\_\_\_\_\_, il agit concrètement dans la société en qualité d'indépendant, dès lors qu'il la dirige effectivement, est libre de son organisation et ne touche pas de salaire de

celle-ci. Il n'est dès lors pas assujéti à Meroba en tant que salarié, étant précisé qu'il ne s'y est pas assujéti de manière facultative. La demande doit en conséquence être admise en ce qui le concerne et il sera dit que c'est à tort que la défenderesse a facturé à la société des cotisations sociales LPP pour les montants versés par M. C\_\_\_\_\_ en contrepartie de l'apport d'outillage en 2013, pour autant que ces montants puissent être considérés comme une rétribution d'un travail. b. Meroba ne conteste pas que MM. C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ ont apporté de l'outillage à la société en 2013, mais estime que la valeur des biens n'a pas été rendue vraisemblable et qu'il en résulte que les montants touchés en 2013 par ces derniers doivent être considérés comme du salaire. À teneur de déclarations de MM. C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ et des pièces du dossier, la chambre de céans retient comme vraisemblable que MM. C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ ont bien apporté de l'outillage à la société en 2013. La valeur prise en compte de cet apport semble en revanche avoir été surévaluée. Il en résulte que les sommes que MM. C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ ont

A/1265/2017 - 28/29 - reçues de la société n'étaient peut-être pas une contrepartie correcte des apports, ce qui pourrait représenter un dommage pour la société susceptible de faire l'objet d'une action en responsabilité contre les membres du conseil d'administration, notamment, en application de l'art. 754 CO, applicable à la société à responsabilité limitée par renvoi de l'art. 827 CO. Les sommes perçues en contrepartie de l'outillage par MM. C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ ne peuvent toutefois être qualifiées de salaire, car il n'apparaît pas qu'elles ont été versées en rétribution d'un travail. M. D\_\_\_\_\_ touchait en effet un salaire de la société pour son travail et M. C\_\_\_\_\_ un revenu versé par G\_\_\_\_\_ - Travaux. Il n'est ainsi pas établi, au degré de la vraisemblance prépondérante, que les sommes perçues par MM. C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ étaient du salaire déguisé et non le paiement, certes surévalué, de matériel. Il en résulte que la défenderesse ne pouvait pas non plus prélever les cotisations sociales sur les montants versés par la société à M. D\_\_\_\_\_ en contrepartie de l'outillage apporté en 2013 et que la demande doit également être admise sur ce point. 12. Les faits de la cause étant suffisamment établis pour la trancher, la chambre de céans ne donnera pas suite à la demande d'audition de MM. L\_\_\_\_\_ et Q\_\_\_\_\_ formée par la demanderesse et l'appelée en cause. 13. L'art. 73 al. 2 LPP institue le principe de la gratuité de la procédure, à l'instar de l'art. 61 let. g LPGA. Contrairement aux autres branches des assurances sociales, la législation en matière de prévoyance professionnelle ne contient aucune disposition relative à la fixation des dépens pour la procédure devant le tribunal cantonal désigné pour connaître des litiges en matière de prévoyance professionnelle (art. 73 al. 2 LPP). Il appartient par conséquent au droit cantonal de procédure de déterminer si et à quelles conditions il existe un droit à une indemnité de dépens (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_590/2009 du 26 mars 2010, consid. 3.1). Selon l'art. 89H al. 3 de la loi sur la procédure administrative (LPA-RSG E 5 10), une indemnité est allouée au recourant qui obtient gain de cause. Les dépens sont fixés en fonction du nombre d'échanges d'écritures, de l'importance et de la pertinence des écritures, de la complexité de l'affaire et du nombre d'audiences et d'actes d'instruction (ATAS/334/2013 du 9 avril 2013). La demanderesse qui obtient partiellement gain de cause a droit à des dépens qui seront fixés à CHF 2'000.- et mis à la charge de la défenderesse. L'appelée en cause a également droit à des dépens qui seront fixés à 800.- et mis à la charge de la demanderesse, cette dernière n'ayant pas gain de cause sur le sujet ayant nécessité l'appel en cause.

A/1265/2017 - 29/29 - 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.