

GE_GERICHTE ATAS/396/2022 vom 3. Mai 2022

GE Cour de justice, 2022-05-03, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_396_2022

FR: GE_GERICHTE ATAS/396/2022 du 3 mai 2022

IT: GE_GERICHTE ATAS/396/2022 del 3 maggio 2022

Erwägungen

E. 1.1

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 1.2

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. Le recours a été interjeté en temps utile (art. 38 al. 4 let. a et 60 LPGA) et satisfait aux exigences de forme et de contenu prescrites par la loi (art. 61 let. b LPGA ; cf. aussi art. 89B de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

A/2163/2020 - 10/17 -

E. 1.3

Touchée par la décision attaquée et ayant un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification, la recourante a qualité pour recourir (art. 59 LPGA). Le recours sera donc déclaré recevable.

E. 2

Mme C_____ et Mme B_____ ont qualité d'appelées en cause. À ce titre, elles ont pu exercer les droits conférés aux parties et l'arrêt que rend la chambre de céans leur est opposable (art. 71 LPA ; Stéphane GRODECKI / Romain JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise, 2017, n. 903 ss).

E. 3

Le litige porte sur la question de savoir si la recourante est tenue de payer des cotisations sociales sur les rémunérations qu'elle a versées à ses deux apporteuses d'affaires entre le 5 janvier 2015 et le 31 décembre 2018. Pour résoudre le litige, il faut examiner si ces rémunérations sont dues pour une activité exercée à titre salarié ou indépendant.

E. 4.1

Selon l'art. 3 al. 1, 1ère phrase, LAVS, les assurés sont tenus de payer des cotisations tant qu'ils exercent une activité lucrative. Les cotisations des assurés qui exercent une activité lucrative sont calculées en pour-cent du revenu provenant de l'activité lucrative dépendante et indépendante (art. 4 al. 1 LAVS).

E. 4.2

Le revenu provenant d'une activité dépendante, appelé salaire déterminant, comprend toute rétribution pour un travail dépendant effectué dans un temps déterminé ou indéterminé (art. 5 al. 2 LAVS ; art. 7 ss RAVS). Le revenu provenant d'une activité indépendante comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante (art. 9 al. 1 LAVS ; art. 17 ss RAVS ; cf. aussi art. 12 al. 1 LPGA). La distinction entre activité dépendante et indépendante revêt de l'importance, notamment parce que l'assuré doit verser lui-même la totalité de sa cotisation s'il est indépendant, tandis que s'il est salarié son employeur doit en payer la moitié, et que les cotisations dues sur le revenu provenant d'une activité lucrative indépendante ne peuvent être prélevées à la source, contrairement à celles perçues sur le salaire déterminant (Michel VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI], Commentaire thématique, 2011, n. 214). Selon l'art. 12 al. 2 LPGA, une personne exerçant une activité lucrative indépendante peut simultanément avoir la qualité de salariée si elle reçoit un salaire correspondant. Ainsi, en cas d'exercice simultané de plusieurs activités lucratives, il faut examiner pour chacune d'elles si le revenu en découlant est celui d'une activité indépendante ou salariée ; il n'y a pas lieu de les qualifier globalement (arrêt du Tribunal fédéral 9C_219/2009 du 21 août 2009 consid. 4.4 ; Michel VALTERIO, op. cit., n. 215 et 297).

A/2163/2020 - 11/17 -

E. 4.3

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_460/2015 du 18 novembre 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 et les références).

E. 4.4

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, ainsi que l'obligation de l'employé d'exécuter personnellement la tâche qui lui est confiée (RCC 1989 p. 111 consid. 5a ; RCC 1986 p. 651 consid. 4c ; RCC 1982 p. 178 consid. 2b). Un autre élément permettant de qualifier la rétribution compte tenu du lien de dépendance de celui qui la perçoit est le fait qu'il s'agit d'une collaboration régulière,

autrement dit que l'employé est régulièrement tenu de fournir ses prestations au même employeur (ATF 110 V 72 consid. 4b ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 334/03 du 10 janvier 2005 consid. 6.2.1). En outre, la possibilité pour le travailleur d'organiser son horaire de travail ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'une activité indépendante (ATF 122 V 169 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_460/2015 du 18 novembre 2015 consid. 3.2 et les références).

E. 4.5

Le risque économique encouru par l'entrepreneur peut être défini comme étant celui que court la personne qui doit compter, en raison d'évaluations ou de comportements professionnels inadéquats, avec des pertes de la substance économique de l'entreprise. Constituent notamment des indices révélant l'existence d'un risque économique d'entrepreneur le fait que l'assuré opère des investissements importants, subit les pertes, supporte le risque d'encaissement et de ducroire, supporte les frais généraux, agit en son propre nom et pour son propre compte, se procure lui-même les mandats, occupe du personnel et utilise ses propres locaux commerciaux (arrêts du Tribunal fédéral 9C_624/2011 du

A/2163/2020 - 12/17 - 25 septembre 2012 consid. 2.2, 9C_1062/2010 du 5 juillet 2011 consid. 7.3 et les références ; voir aussi ATF 119 V 161 consid. 3b). Cependant, le critère du risque économique de l'entrepreneur n'est pas à lui seul déterminant pour juger du caractère dépendant ou indépendant d'une activité. C'est 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_460/2015 du 18 novembre 2015 consid. 3.4 et les références).

E. 4.6

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).

E. 4.7

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).

E. 4.8

Par ailleurs, le fait que l'activité soit principale ou accessoire n'est pas déterminant, la rétribution à qualifier doit être considérée pour elle-même, d'après la situation dans laquelle se trouve la personne considérée au moment où elle acquiert cette rétribution. Certaines rétributions peuvent être du salaire déterminant pour une personne dont la profession principale consiste en l'exercice d'une activité indépendante (VSI 1995 p. 27 et 144).

A/2163/2020 - 13/17 -

E. 4.9

L'agent qui ne touche que des commissions est censé exercer une activité salariée même s'il supporte ses frais et travaille à son domicile sans disposer de locaux spécialement aménagés pour son activité (Michel VALTERIO, op. cit., n. 234). C'est dans ce sens que vont les directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (DSD), s'agissant en particulier des voyageurs et représentants de commerce et personnes exerçant une profession analogue (cf. ch. 4019 ss), soit les personnes physiques qui, contre rémunération, concluent ou négocient la conclusion d'affaires au nom et pour le compte d'un tiers en dehors des locaux commerciaux de ce tiers (ch. 4020 DSD). Ces personnes sont en règle générale considérées comme des salariées, car elles sont généralement dans un rapport de subordination et de dépendance envers la maison qu'elles représentent et ne supportent pas un risque économique d'entrepreneur (ch. 4021 DSD). Leur activité lucrative doit être qualifiée de dépendante notamment même lorsqu'elles ne touchent pas de fixe mais seulement des provisions, supportent elles-mêmes les frais généraux, ne sont pas tenues de remettre à leur employeur un rapport sur leurs activités, ne doivent pas observer un horaire de travail déterminé, travaillent simultanément pour plusieurs maisons, exercent leur activité seulement à titre accessoire, sont affiliées comme travailleurs indépendants à une caisse de compensation pour une autre activité lucrative, sont inscrites au registre du commerce sous une raison individuelle, sont désignées comme agentes notamment au sens des art. 418a ss de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (CO - RS 220), agissent comme représentantes indirectes (ch. 4023 DSD). Un statut d'indépendant ne leur est exceptionnellement reconnu que lorsqu'elles supportent un véritable risque économique d'entrepreneurs, c'est-à-dire lorsqu'elles disposent d'une propre organisation de vente, ce qui suppose qu'elles utilisent leurs propres locaux commerciaux, occupent du personnel et supportent elles-mêmes la majeure partie des frais généraux (ch. 4026 DSD).

E. 4.10

La maxime inquisitoire s'applique, en ce sens que l'assureur social (ou, en cas de litige, le juge) doit établir d'office les faits déterminants, sans être lié par les faits allégués et les preuves offertes par les parties, en s'attachant à établir les faits de manière correcte, complète et objective (art. 43 et 61 let. c LPGA ; Ghislaine FRÉSARD-FELLAY, Procédure et contentieux, in Droit suisse de la sécurité sociale, vol. II, éd. par Ghislaine FRÉSARD-FELLAY / Bettina KAHIL WOLFF / Stéphanie PERRENOUD, 2015, n. 27 ss ; Ueli KIESER, ATSG- Kommentar, 3ème éd., 2015, n. 13 ss ad art. 43, n. 95 ss ad art. 61).

Les parties ont cependant l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués ; à défaut, elles s'exposent à devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (art. 28 LPGA ; ATF 125 V 193 consid. 2 ; 122 V 157 consid. 1a ; 117 V 261 consid. 3b et les références). Cette obligation de collaborer doit même être conçue de façon étendue s'agissant de l'allégation soit que l'employeur a effectivement retenu les cotisations AVS sur les revenus versés,

A/2163/2020 - 14/17 - soit que le salarié et l'employeur ont conclu une convention de salaire net (Michel VALTERIO, op. cit., n. 766).

E. 4.11

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). Il n'existe pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).

E. 5

La décision attaquée qualifie les activités fournies par les apporteurs d'affaires à la recourante d'activités dépendantes et comporte une reprise de cotisations sociales d'un montant de CHF 87'025.20 et des intérêts moratoires d'un montant de CHF 8'266.20. Des contrats liant la recourante aux apporteurs d'affaires, il résulte que les apporteurs d'affaires apportaient des clients de leurs carnets d'adresse respectifs contre commission, à l'instar de courtiers. Les contrats en cause mentionnaient que leur objet était la relation de courtage entre la recourante et les apporteurs d'affaires. La recourante a exposé, notamment lors de son audition le 8 mars 2022, que malgré les termes des contrats, chacune des apporteurs d'affaires ne l'avait en réalité mise en contact qu'avec l'un de leur proche qui avait accepté de lui donner mandat de gérer ses affaires. Les apporteurs d'affaires avaient ensuite eu droit, chaque trimestre, à un pourcentage des résultats de la gestion et des honoraires revenant ainsi à la recourante. Les contrats mentionnaient certes que les apporteurs d'affaires étaient tenues de maintenir une relation permanente et régulière avec les clients présentés à la société, sans cependant prescrire des tâches en lien avec ces clients. La recourante et les apporteurs ont cependant contesté que les apporteurs d'affaires se soient réellement chargées de la gestion des affaires des clients amenés ; elles avaient uniquement mis en contact ces derniers avec la société en vue que cette dernière gère leurs affaires. Les indications fournies par Mme C_____ par écrit au sujet d'un business plan notamment ne peuvent pas être mises en lien avec des activités prévues par le contrat d'apporteur d'affaires, et la recourante a nié qu'une telle activité ait été faite pour elle. Il est ainsi contesté et en tout état pas établi que Mme B_____ et C_____ se soient chargées

de la gestion ou d'autres tâches

A/2163/2020 - 15/17 - donnant lieu à une rémunération au sein de la société, le contrat prévoyant à cet égard que la gestion était du seul ressort de la société recourante. Les relations entre la recourante et les apporteuses d'affaires ne s'apparentent pas à celles entre un employeur et un voyageur de commerce, mais davantage à une relation de courtage dans le cadre duquel les apporteuses doivent être considérées comme indépendantes. Comme l'a résumé le Tribunal fédéral des assurances dans un arrêt H 6/05, H 23/05 du 19 mai 2006, le courtage est en règle générale considéré comme une activité indépendante (RCC 1988 p. 315 s. consid. 3c). Comme tout mandataire, le courtier est tenu d'exécuter son mandat dans les règles et conformément aux instructions du mandant (art. 412 al. 2 CO en corrélation avec l'art. 397 CO). Au surplus, le contrat de courtage peut être révoqué en tout temps (art. 412 al. 2 CO en corrélation avec l'art. 404 CO) et selon l'art. 413 al. 1 CO, le courtier n'a en principe droit à son salaire que si l'indication qu'il a donnée ou la négociation qu'il a conduite aboutit à la conclusion du contrat. Ce dernier élément, qui met en lumière le caractère nettement aléatoire de l'activité de courtier, est important du point de vue du droit des assurances sociales qui fait du risque encouru par l'entrepreneur l'un des critères permettant de reconnaître l'existence d'une activité indépendante. Quant aux dépenses du courtier, elles ne lui sont remboursées, alors même que l'affaire n'a pas abouti, que si cela a été convenu (art. 413 al. 3 CO). Pour toutes ces raisons, il s'impose généralement de considérer que le courtier exerce une activité indépendante (Gustavo SCARTAZZINI, in GREBER/DUC/SCARTAZZINI, Commentaire des art. 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS], 1966, ch. m. 159 ad art. 5 LAVS). Les apporteuses d'affaires étaient en outre externes à la société, non soumises à une clause de prohibition de concurrence, mais au contraire libres d'accepter d'autres mandats et de travailler pour d'autres clients, ce que Mme C_____ faisait en ayant une activité indépendante à Neuchâtel. Il n'est d'ailleurs pas établi que les apporteuses d'affaires tiraient l'essentiel de leurs revenus des commissions perçues de la recourante quand bien même leurs commissions étaient élevées. La recourante ne mettait ni locaux, ni matériel, ni secrétariat à la disposition des apporteuses d'affaires. Les apporteuses d'affaires assumaient seules leurs charges et n'avaient pas de pouvoir de représenter ou d'engager la société. Elles agissaient en leur propre nom et pour leur propre compte. Elles n'avaient pas de temps de travail requis et recevaient des commissions en fonction des portefeuilles des clients apportés, mais non des activités déployées par elles. Comme retenu ci-dessus, leur collaboration peut être considérée comme une prestation unique, dans la mesure où elles ont mis une fois en contact une de leur connaissance avec la recourante et ont ensuite bénéficié de commissions en fonction des résultats de la gestion des fonds par la recourante. Les apporteuses d'affaires n'avaient pour le

A/2163/2020 - 16/17 - surplus pas besoin de disposer de leur propre structure commerciale compte tenu de leur activité limitée. Quant à l'indépendance économique, il n'était pas garanti de revenu aux apporteuses d'affaires dans le cas où elles ne présentaient pas de client, puisqu'elles ne percevaient de commission que si le client apporté contractait avec la société recourante, ensuite de quoi des commissions leur étaient versées tant que durait le contrat entre le client et la société. Une fois le client engagé, elles pouvaient percevoir des commissions versées automatiquement chaque trimestre sans déployer d'activité en leur faveur, ce qui s'éloigne d'une relation entre un employeur et un salarié. Tous ces éléments parlent en faveur d'une activité indépendante. Les appelées en cause ne se trouvaient pas

dans un rapport de subordination et assumaient le risque économique d'entrepreneur. Le critère de la collaboration régulière n'est pas davantage donné dès lors notamment que les appelées en cause n'avaient aucune garantie quant à l'éventuelle signature des contrats entre le client apporté à la société et cette dernière. Leurs rôles se limitaient à mettre en contact une personne de leur carnet d'adresses avec la société, ce qu'elles n'ont fait qu'une fois. Enfin, le fait que les autorités neuchâteloises, après un échange de vue avec les autorités genevoises, aient refusé de prendre en compte le caractère indépendant de l'activité de Mme C_____, ne lie pas la chambre de céans laquelle est tenue de se prononcer sur une décision visant une reprise de cotisations sociales faite par une caisse de compensation genevoise en lien avec la société recourante sise à Genève. La chambre de céans retient en conclusion que les commissions versées par la recourante aux appelées en cause ne représentent pas un revenu d'une activité dépendante, les caractéristiques d'une activité indépendante étant prédominantes en l'espèce.

E. 6

Par appréciation anticipée des preuves, force est de constater que l'audition des appelées, qui ont fait valoir par écrit leurs arguments allant dans le même sens que la recourante et n'ont pas contesté le procès-verbal de l'audience du 8 mars 2022, ne saurait conduire à une autre décision.

E. 7

Le recours sera donc admis et la décision attaquée annulée. Il n'y a pas lieu à une reprise de cotisations sur les commissions versées aux appelées en cause dont le statut est celui d'indépendant.

E. 8

La procédure est gratuite.

E. 9

La recourante qui est assistée d'un conseil se verra allouer des dépens d'un montant de CHF 1'000.- à charge de l'intimée. Les appelées en cause ayant agi sans l'aide d'un conseil ne se verront pas allouer d'indemnité de procédure (art. 61 let. g a.c. LPG).

A/2163/2020 - 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.