

## **GE\_GERICHTE ATAS/460/2007 vom 30. April 2007**

GE Cour de justice, 2007-04-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_460\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_460_2007)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/460/2007 du 30 avril 2007

IT: GE\_GERICHTE ATAS/460/2007 del 30 aprile 2007

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

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

#### **E. 2**

Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 60 LPGA).

#### **E. 3**

a. En premier lieu, il convient d'observer que la caisse a rendu deux décisions séparées datées du 6 avril 2006, l'une concernant les cotisations AVS/AI/APG/AC, l'autre les cotisations au régime cantonal des allocations familiales et de l'assurance- maternité, un bulletin de versement global pour les deux volets étant joint à la première décision. Par opposition datée du 5 mai 2006, la recourante a contesté devoir le montant global réclamé dans le bulletin de versement, en s'opposant ainsi en substance aux deux décisions. Dans la décision sur opposition du 12 juin 2006, la caisse n'a toutefois confirmé que le montant relatif aux cotisations AVS/AI/APG/AC et condamné la recourante à s'acquitter de la somme de 116'029 fr. 55. Ce faisant, la caisse n'a pas formellement rendu de décision sur opposition portant sur la somme de 16'196 fr. b. Dans la procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement d'une manière qui la lie, sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par voie de recours. En revanche, dans la mesure où aucune décision n'a été rendue, la contestation n'a pas d'objet, et un jugement sur le fond ne peut pas être prononcé (ATFA non publié du 14 novembre 2006, P 32/06, consid. 1; ATF 131 V 164 consid. 2.1, 125 V 414 consid. 1a, 119 Ib 36 consid. 1b et les références citées). Toutefois, selon la jurisprudence, la procédure juridictionnelle administrative peut être étendue, pour des motifs d'économie de procédure, à une question en état d'être jugée qui excède l'objet de la contestation, c'est-à-dire le rapport juridique visé par la décision, lorsque cette question est si étroitement liée à l'objet initial du litige que l'on peut parler d'un état de fait commun, et à la condition que l'administration se soit exprimée à son sujet dans un acte de procédure au moins (ATF 130 V 503, 122 V 36 consid. 2a et les références). c. En l'espèce, bien que la décision sur opposition querellée ne confirme que le montant de 116'029 fr. 55 dû au titre de cotisations AVS/AI/APG/AC, il se justifie d'étendre le pouvoir d'examen du Tribunal de céans aussi aux cotisations au régime

A/2594/2006 - 9/15 - cantonal des allocations familiales et de l'assurance-maternité, dans la mesure où les cotisations réclamées dans les deux décisions du 6 avril 2006 reposent sur le même contrôle d'employeur et portent ainsi sur les mêmes faits et la même période. Par ailleurs, la société recourante a querellé l'intégralité du montant inscrit dans le bulletin de versement aussi bien au stade de l'opposition que du recours, la caisse ayant pour sa part confirmé dans sa détermination du 23 août 2006 qu'elle partait de l'idée que la procédure judiciaire concernait le montant de 132'225 fr. 55.

#### **E. 4**

a. Le litige porte sur le caractère dépendant ou indépendant des rémunérations versées par la société recourante aux appelés en cause pour l'activité exercée par eux entre 2001 et 2004.  
b. Au cours de la présente procédure, la recourante a admis que les rémunérations versées au Dr D \_\_\_\_\_, à Madame M \_\_\_\_\_, à Monsieur T \_\_\_\_\_ et à M. F \_\_\_\_\_ pouvaient être considérées comme du salaire déterminant. A cet égard, la décision entreprise doit donc être confirmée.  
c. Demeure litigieux le point de savoir si les rémunérations versées à Me Nicolas C \_\_\_\_\_ et au Dr C \_\_\_\_\_ entre 2001 et 2004 par la société recourante relèvent de l'activité salariée ou indépendante.

#### **E. 5**

a. 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 (art. 5 et 9 LAVS et art. 6 ss du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 31 octobre 1947 - ci-après: RAVS). 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; quant au revenu provenant d'une activité indépendante, il comprend «tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante» (art. 9 al. 1 LAVS). Ces dispositions, toujours en vigueur, n'ont pas été modifiées par l'entrée en vigueur de la LPGA (cf. rapport de la Commission du Conseil national de la sécurité sociale et de la santé du 26 mars 1999, FF 1999 IV pp. 4195-4198), la jurisprudence développée en matière d'AVS s'appliquant d'ailleurs à l'interprétation des dispositions de la LPGA précisant les notions de travailleur salarié et de personne exerçant une activité lucrative indépendante (art. 10 et 12 LPGA; KIESER, ATSG-Kommentar, Zurich 2003, ad art. 10, n° 8 et ad art. 12, n° 5-6).  
b. Selon la jurisprudence, le point de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée ne doit pas être tranché d'après la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires. Ce qui est déterminant, bien plutôt, ce sont les circonstances économiques. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir éventuellement quelques indices pour la qualification en matière d'AVS, mais ne sont pas déterminants. Est réputé salarié, d'une manière générale,

A/2594/2006 - 10/15 - 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 économique couru par l'entrepreneur. Ces principes ne conduisent cependant pas à eux seuls à des solutions uniformes, applicables schématiquement. Les manifestations de la vie économique revêtent en effet des formes si diverses qu'il faut décider dans chaque cas particulier si l'on est en présence d'une activité dépendante ou d'une activité indépendante en considérant toutes les circonstances de ce cas. Souvent, on 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 (ATFA non publié du 19 mai 2006, H 6/05, consid. 2.2; ATF 123 V 162 consid. 1 et les arrêts cités). c. La notion de dépendance englobe les rapports créés par un contrat de travail, mais elle les déborde largement. Ce n'est pas la nature juridique, en droit des obligations, du lien établi entre les parties, mais l'ensemble des circonstances économiques de chaque cas qui est décisif (DUC, in GREBER/DUC/SCARTAZZINI, Commentaire des art. 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS], 1997, ch. 94 ad art. 4 LAVS et les références sous note n° 151). d. Les principaux éléments qui permettent de déterminer le lien de dépendance quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise sont le droit de l'employeur de donner des instructions, le rapport de subordination du travailleur à l'égard de celui-ci, l'obligation de ce dernier d'exécuter personnellement la tâche qui lui est confiée (ATFA non publié du 19 mai 2006, H 6/05, consid. 2.3). 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 (ATFA non publié du 19 mai 2006, H 6/05, consid. 2.3). 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 (ATFA non publié du 19 mai 2006, H 6/05, consid. 2.3). Le risque économique encouru par l'entrepreneur peut être défini comme étant celui que court la personne qui doit compter, en raison d'évaluations ou de comportements professionnels inadéquats, avec des pertes de la substance économique de l'entreprise. Constituent notamment des indices révélant l'existence d'un risque économique d'entrepreneur le fait que l'assuré opère des investissements importants, subit les pertes, supporte le risque d'encaissement et de ducroire, supporte les frais généraux, agit en son propre nom et pour son propre compte, se procure lui-même les mandats, occupe du personnel et utilise ses propres locaux commerciaux (ATFA non publié du 19 mai 2006, H 6/05, consid. 2.3).

## **E. 6**

a. Selon l'art. 7 let. h RAVS, le salaire déterminant pour le calcul des cotisations comprend notamment, dans la mesure où il ne s'agit pas d'un dédommagement pour frais encourus, les tantièmes, indemnités fixes et les jetons de présence des

A/2594/2006 - 11/15 - membres de l'administration et des organes dirigeants des personnes morales. Lorsque des honoraires sont versés par une société anonyme à un membre du conseil d'administration, il est présumé qu'ils lui sont versés en sa qualité d'organe d'une personne morale et qu'ils doivent être, par conséquent, considérés comme salaire déterminant. C'est le cas même si les indemnités sont proportionnelles à l'activité et à l'état des affaires (ATFA non publié du 7 mars 2005, H 125/04, consid. 7.1). Il est possible de renverser la présomption en établissant que les honoraires versés ne font pas partie du salaire déterminant car il s'agit d'indemnités n'ayant aucune relation directe avec le mandat de membre du conseil d'administration, mais qu'elles sont payées pour l'exécution d'une tâche que l'administrateur aurait assumé même sans être membre du conseil d'administration. b. Dans le cas particulier, il n'est pas prétendu que les montants versés aux appelés en cause C \_\_\_\_\_, administrateurs de la société, constituent un dédommagement pour frais encourus. Ils sont donc présumés être du salaire déterminant. c. Dans le domaine des assurances sociales notamment, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le

juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire, qui comprend notamment 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, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (ATFA non publié du 19 mai 2005, H 6/2005, consid. 3.3 et les références citées). d. Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (ATFA non publié du 7 mars 2005, H 125/04, consid. 7.3). Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATFA non publié du 7 mars 2005, H 125/04, consid. 7.3 et les références citées; cf. ATF 130 III 324 ss. consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATFA non publié du 7 mars 2005, H 125/04, consid. 7.3).

#### **E. 7**

Il appartient en l'espèce à la recourante, qui allègue que les versements faits aux appelés en cause C\_\_\_\_\_ constituent une rémunération pour leur activité de conseils indépendants, de le rendre vraisemblable compte tenu de l'obligation

A/2594/2006 - 12/15 - qu'elle a de collaborer à l'établissement des faits. Il lui appartient en particulier de renverser la présomption posée par la jurisprudence.

#### **E. 8**

a. En l'espèce, s'agissant de Me C\_\_\_\_\_, président du conseil d'administration depuis la fondation de la recourante (cf. PV de CP du 8 mars 2007 et extrait RC de la société), il ressort des éléments au dossier qu'il possède une adresse électronique auprès de la société (ncroisy@andromis.ch) - par le biais de laquelle il correspond (pièces 20 et 21 recourante) - qu'il signe des contrats (cf. pièce 18 recourante; pièce 8, arrêt de la cour de justice du 27 février 2003, page 3: "le mandat du 28 juillet 2000 a été signé pour le compte d'A\_\_\_\_\_ SA par et C\_\_\_\_\_, en leurs qualités respectives de président et de manager général d'A\_\_\_\_\_ SA"), rédige des business plans (pièce 15 recourante), est le destinataire de la correspondance adressée à la recourante à l'adresse de la société (pièces 12 et 13 recourante) et signe la correspondance émanant de la société (cf. pièce 12 intimée). Il s'occupe, de manière générale, de développer la société (PV de CP du 8 mars 2007). Son adresse professionnelle a d'ailleurs coïncidé avec celle de la société. Au départ, la recourante avait son siège à la route de Chêne 5, et ce jusqu'en juin 2002, où le siège a été transféré au 4, ruelle des Templiers. La société a ensuite établi son domicile dans la commune de Vernier, et ce à partir du mois de juin 2004. Me C\_\_\_\_\_ a eu aussi son adresse professionnelle à la route de Chêne, puis ensuite au 4, ruelle des Templiers (PV de CP du 8 mars 2007). Par ailleurs, selon la banque de données de la caisse, il a actuellement son domicile professionnel à Vernier, à la même adresse de la société. b. Le Tribunal observe en outre que sur les quatre années en cause, les honoraires obtenus par Me C\_\_\_\_\_, dont le montant est un chiffre rond, sont identiques trois années de suite, ce

qui paraît surprenant si l'on considère qu'ils sont fixés sur la base de l'activité effectivement déployée. c. Quant aux notes d'honoraires que Me C \_\_\_\_\_ a adressées à la société recourante, il convient de constater que le contrôleur de la caisse a uniquement retrouvé dans les documents de la société, une note faisant état d'un montant global forfaitaire de 74'000 fr. pour 2004. La recourante n'a pas produit de notes d'honoraires détaillées, ni au stade de l'opposition, ni lors du dépôt du recours. Ce n'est qu'à l'issue de l'audience de comparution personnelle des parties et sur invitation expresse du Tribunal de céans, que la société recourante a produit des notes d'honoraires de Me C \_\_\_\_\_ qui contiennent un certain nombre de détails s'agissant de l'activité déployée pour le compte de la société durant les années 2001 à 2004. Si le Tribunal de céans trouve curieux que le contrôleur de la caisse n'ait pas retrouvé ces notes d'honoraires plus détaillées dans les livres de la société, alors qu'une note forfaitaire de 74'000 fr. pour 2004 figurait dans la comptabilité, il convient de constater qu'en tout état de cause, la présence de ces notes d'honoraires n'est pas suffisante pour renverser la présomption de l'activité dépendante, compte tenu de l'ensemble des éléments exposés ci-dessus. Les notes détaillées annuelles produites sont d'autant moins pertinentes que le montant total

A/2594/2006 - 13/15 - des honoraires a de toute manière été limité et ne correspond donc pas au temps consacré. d. Force est ainsi de constater que la rémunération versée Me C \_\_\_\_\_ était destinée à compenser dans les faits son activité d'organe dirigeant de la société, celui-ci ayant d'ailleurs abandonné toute activité judiciaire et réalisant de très faibles revenus en tant qu'avocat indépendant au service d'autres clients. Bien qu'il allègue conserver un cabinet à la ruelle du Templiers 4, il n'emploie pas de secrétaire, étant donné qu'il s'adresse, le cas échéant, à une secrétaire qui travaille à l'heure depuis chez elle. e. Compte tenu de ce qui précède, la recourante n'a pas établi au degré de la vraisemblance prépondérante que les montants versés à Me C \_\_\_\_\_ concernaient des honoraires n'ayant aucun lien avec le mandat de président du conseil d'administration. C'est donc à juste titre que la caisse a retenu que les sommes versées à Me C \_\_\_\_\_ entre 2001 et 2004, dont le montant n'est pas litigieux, constituent du salaire déterminant, soumis à cotisations.

## **E. 9**

a. En ce qui concerne le Dr C \_\_\_\_\_, médecin, il a fondé en 1988, avec son frère Me C \_\_\_\_\_, la société recourante (cf. pièce 9 recourante, p. 7). Depuis sa création, il est membre du conseil d'administration. Selon les informations en possession de la caisse, non contestées, il a été salarié de la société jusqu'à fin 2000 et, selon les livres de la société, il a perçu un salaire mensuel de 6'000 fr. de janvier à décembre 2001. Ces éléments constituent des indices en faveur de l'activité dépendante. b. Le Tribunal constate en outre qu'en sa qualité de membre du conseil d'administration, il représente la société lors de la signature de contrats (pièces 18 et 23 recourante) et lors de l'augmentation de capital de la société (pièce 16 recourante, page 14) et rédige des brochures et des documents techniques pour la société. Par ailleurs, selon le papier à en-tête employé par lui pour établir les notes d'honoraires, son domicile professionnel a été aussi bien à la route de Chêne 5 qu'au 4 ruelle des Templiers. En effet, la note d'honoraires forfaitaire du 10 janvier 2003, inventoriée par la caisse (pièce 6 de l'intimée), fait état de l'adresse à la route de Chêne 5, alors que la note d'honoraires, toujours de janvier 2003, communiquée par la société au Tribunal par pli du 22 mars 2007, est imprimée sur du papier à en-tête du Dr C \_\_\_\_\_ qui mentionne l'adresse de la ruelle des Templiers 4. Or, aussi bien l'adresse de la route de Chêne 5 que celle de la ruelle

des Templiers 4 ont été les adresses de la société. c. Il y a lieu aussi de constater que les honoraires versés au Dr C\_\_\_\_\_ entre 2001 et 2004 dont le montant est un chiffre rond, se sont montés pendant trois années consécutives à 74'000 fr. (en 2002, en 2003 et en 2004), auxquels s'ajoute un complément de 66'000 fr. pour 2002 versé en 2004. Ces montants, identiques à

A/2594/2006 - 14/15 - ceux versés à Me C\_\_\_\_\_, ne sont pas proportionnés au temps effectivement consacré. d. Le Tribunal observe encore que la recourante ne fournit aucune preuve de nature à démontrer que le Dr C\_\_\_\_\_ serait intervenu en qualité de consultant indépendant et non en tant qu'organe dirigeant de la société. e. Dès lors, pour les mêmes motifs que ceux exposés ci-dessus au sujet de Me C\_\_\_\_\_, il y a lieu de considérer que la rémunération versée au Dr C\_\_\_\_\_ entre 2001 et 2004 constitue du salaire déterminant.

### **E. 10**

Au vu de ce qui précède, c'est à bon droit que la caisse a considéré que les appelés en cause C\_\_\_\_\_ avaient exercé une activité dépendante pour le compte de la société recourante. C'est par conséquent à juste titre qu'elle a réclamé à la société le paiement des cotisations litigieuses. La décision attaquée n'est dès lors pas critiquable et le recours se révèle mal fondé.

A/2594/2006 - 15/15 -

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