

# **GE\_GERICHTE ATAS/535/2013 vom 28. Mai 2013**

GE Cour de justice, 2013-05-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_535\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_535_2013)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/535/2013 du 28 mai 2013

IT: GE\_GERICHTE ATAS/535/2013 del 28 maggio 2013

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur dès le 1er janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS; RS 831.10). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, est applicable au cas d'espèce.

### **E. 3**

Déposé en la forme requise, le recours est recevable (art. 89B loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985; RS E 5 10).

### **E. 4**

Le litige porte sur le statut d'indépendant ou de salarié de l'assuré en raison de l'activité lucrative qu'il exerce.

A/639/2013 - 5/10 -

### **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 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS ; RS 831.10) et art. 6 ss du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 31 octobre 1947 (RAVS ; RS 831.101). 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 loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1 ; 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). Le salaire

déterminant, au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Font partie du salaire déterminant, par définition, toutes les sommes touchées par le salarié, si leur versement est économiquement lié au contrat de travail; peu importe, à ce propos, que les rapports de service soient maintenus ou aient été résiliés, que les prestations soient versées en vertu d'une obligation ou à titre bénévole (ATF 128 V 176 consid. 3c p. 180, 126 V 221 consid. 4a p. 222, 124 V 100 consid. 2 p. 101 et la jurisprudence citée). b) A cet égard, les articles 7 et ss. RAVS définissent ce qu'il faut entendre par salaire déterminant soumis à cotisations, soit notamment: a. le salaire au temps, aux pièces (à la tâche) et à la prime, y compris les indemnités pour les heures supplémentaires, le travail de nuit et en remplacement; b. les allocations de résidence et de renchérissement; c. les gratifications, les primes de fidélité et au rendement, ainsi que la valeur d'actions remises aux salariés, dans la mesure où celle-ci dépasse le prix d'acquisition et où le salarié peut disposer des actions; s'agissant des actions liées remises aux salariés, la valeur et le moment de la réalisation du revenu sont déterminés d'après les dispositions relatives à l'impôt fédéral direct; d. les pourboires, s'ils représentent une part importante du salaire;

A/639/2013 - 6/10 - e. les prestations en nature ayant un caractère régulier; f. les provisions et les commissions; g. les tantièmes, les indemnités fixes et les jetons de présence des membres de l'administration et des organes dirigeants des personnes morales; h. les honoraires des privat-docents et des autres personnes qui, dans l'enseignement, sont rétribués de manière analogue; c) 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, 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). 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

A/639/2013 - 7/10 - 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) Certaines activités économiques, notamment dans le domaine des services, n'exigent pas, de par leur nature, d'investissements importants ou de faire appel à du personnel. En pareilles circonstances, il convient d'accorder moins d'importance au critère du risque économique de l'entrepreneur et davantage à celui de l'indépendance économique et organisationnelle (ATF non publié du 14 février 2007, H 19/06, consid. 5.1 et les réf. citées).

## **E. 6**

a) Selon les directives sur le salaire déterminant AVS, état au 1er janvier 2013, le rapport social de dépendance économique, respectivement, dans l'organisation du travail, du salarié se manifeste notamment par l'existence d'un droit de donner des instructions au salarié; d'un rapport de subordination, de l'obligation de remplir la tâche personnellement, d'une prohibition de faire concurrence, d'un devoir de présence (no 1015). Si le risque économique se limite à la dépendance à l'égard d'une activité donnée, le risque d'entrepreneur réside, en conséquence, dans le fait qu'en cas de révocation des mandats, la personne se retrouve dans une situation semblable à celle d'un salarié qui perd son emploi ce qui représente une caractéristique typique d'une activité lucrative salariée (no 1018). b) Les rétributions versées à un assuré en sa qualité d'organe d'une personne morale font partie du salaire déterminant (no 2034). Font partie des rétributions allouées aux organes notamment les honoraires, les salaires et autres indemnités fixes des membres de l'administration, de même que les jetons de présence. Les organes des personnes morales sont notamment les membres de l'administration (tels les membres du conseil d'administration des sociétés anonymes) ainsi que les tiers à qui la gestion ou la représentation de la société a été transférée en tout ou en partie (tels les directeurs), les membres du comité des associations, les membres du conseil des fondations et les membres des organes de contrôle. La société qui effectue les versements d'honoraires d'administrateurs est tenue de faire le décompte des cotisations paritaires avec sa caisse de compensation; peu importe que le membre du conseil d'administration qui reçoit personnellement la rétribution puisse la conserver ou non. (no 2035 à 2037). Un assuré qui a la qualité d'organe d'une personne morale peut aussi avoir la situation d'un tiers vis-à-vis de la société

A/639/2013 - 8/10 - (ainsi par exemple l'entrepreneur, l'avocat, l'agent fiduciaire, le comptable, qui font partie du conseil d'administration d'une société anonyme). S'il agit en qualité de tiers vis-à-vis de la société, le gain découlant d'une telle activité se caractérise comme un revenu d'une activité indépendante. Pour qualifier cette indemnité, il faut se

demander si l'activité pour laquelle l'indemnité est versée est liée à la qualité d'organe de la société, ou si elle aurait pu être exercée tout aussi bien indépendamment de cette fonction (no 2042). c) Sont réputées voyageurs (voyageurs de commerce, représentants, agents, etc.) au sens de l'AVS, 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 (no 4020). Les voyageurs ne sont qu'exceptionnellement considérés comme des travailleurs indépendants. Pour cela, il doit supporter un véritable risque économique d'entrepreneur, c'est-à-dire qu'il doit disposer d'une propre organisation de vente. Une telle organisation existe lorsque les trois conditions suivantes sont remplies simultanément: - il utilise ses propres locaux commerciaux ou des locaux qu'il loue (bureaux, magasins, locaux d'exposition, de démonstration, etc.; ne sont pas considérés comme des locaux commerciaux les locaux où loge le voyageur et où il gare des automobiles); - il occupe du personnel (personnel de bureau, sous représentants etc.; ne comptent pas comme personnel l'épouse ou l'époux, le partenaire enregistré et les autres membres de la famille participant aux travaux sans toucher un salaire en espèces, de même que les employés de maison); - il supporte lui-même la majeure partie des frais généraux (no 4025).

#### **E. 7**

La jurisprudence, n'a jamais remis en cause le fait que la rémunération des administrateurs de sociétés est du salaire. C'est uniquement la qualification de salaire pour la rémunération versée à des personnes exerçant à titre accessoire une activité de réviseur d'une société anonyme qui a été jugée contraire au droit (ATF 123 V 161). Dans le cadre de la TVA, le Tribunal fédéral (arrêt A. du 27 octobre 2000, 2A.468/1999) a considéré - en se fondant sur sa jurisprudence en matière de double imposition en matière intercantonale (ATF 121 I 259) - que les administrateurs exercent une activité dépendante et, partant, ne sont pas assujettis à la taxe en vertu de l'art. 17 al. 1 OTVA. Ainsi, l'art. 21 al. 1, seconde phrase, de la loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée du 2 septembre 1999 (LTVA; RS 641. 20), en vigueur depuis le 1er janvier 2001, dispose notamment que l'activité des membres des conseils d'administration est considérée comme une activité dépendante.

A/639/2013 - 9/10 -

#### **E. 8**

En l'espèce, le recourant est inscrit comme administrateur de sept sociétés au registre du commerce de Nidwald et de trois sociétés à celui du Valais. Les activités mentionnées dans les factures émises sont celles d'un administrateur (organisation et participation à l'assemblée générale, suivi des dossiers et des actions de la société, intervention auprès de tiers et signature de contrats). L'activité est exercée conformément aux instructions des actionnaires et le fait que l'assuré puisse organiser son temps librement n'est à cet égard pas déterminant. Au demeurant, l'assuré ne prétend pas que son activité pour la société serait celle d'un avocat ou d'un entrepreneur indépendant et qu'elle pourrait être assurée par un tiers non membre du conseil d'administration. D'ailleurs, le seul risque de l'administrateur est de ne pas être réélu, au même titre qu'un salarié qui ne donne pas satisfaction peut être licencié. Ainsi, la rémunération d'administrateur doit être considérée comme du salaire déterminant dans le cadre d'une activité dépendante et déclarée comme telle par les diverses sociétés concernées. Pour ce qui est de la domiciliation des sociétés (douze sociétés, l'assuré étant administrateur de six d'entre elles), force est de constater que le recourant ne remplit

pas les conditions pour se voir reconnaître le statut d'indépendant, dès lors qu'il n'a pas de locaux professionnels séparés de son domicile et n'emploie pas d'agents. Il appartient donc à la société X\_\_\_\_\_ SA de déclarer les commissions versées comme du salaire déterminant de l'assuré à la caisse AVS compétente. Au demeurant, ces domiciliations représentent 5'500 fr. de salaire sur un total de plus de 98'000 fr. en 2011. Finalement, les efforts de l'assuré pour retrouver une activité lucrative par ses propres moyens ne sont pas déterminants pour qualifier le revenu réalisé et si l'une des sociétés a mis un terme à la collaboration en raison des questions liées aux cotisations AVS, c'est qu'elle méconnaît la jurisprudence constante du Tribunal fédéral en matière de rémunération des administrateurs.

#### **E. 9**

Le recours, mal fondé, est rejeté.

A/639/2013 - 10/10 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES  
SOCIALES : Statuant A la forme :

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