

# **GE\_GERICHTE ATAS/53/2011 vom 19. Januar 2011**

GE Cour de justice, 2011-01-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_53\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_53_2011)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/53/2011 du 19 janvier 2011

IT: GE\_GERICHTE ATAS/53/2011 del 19 gennaio 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait en instance unique des contestations prévues à l'article 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). Dès le 1er janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (cf. art. 143 al. 6 de la LOJ du 9 octobre 2009 en vigueur dès le 1er janvier 2011). La compétence de la Chambre de céans 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**

Interjeté dans le délai légal et en la forme prescrite, le recours est recevable (cf. art. 56 et 60 LPGA).

### **E. 4**

Le litige porte sur le statut du recourant en raison de l'activité lucrative qu'il a déployée pour les appelées en cause.

### **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

A/661/2010 - 8/13 - 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 - 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 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). Si l'assuré exerce simultanément plusieurs activités lucratives, il faut examiner pour chacune d'elles si le revenu en découlant est celui d'une activité indépendante ou salariée, même si les travaux sont exécutés pour une seule et même entreprise (ATF 104 V 126). 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, 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).

A/661/2010 - 9/13 - 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**

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**

En l'espèce, le recourant - qui n'est pas inscrit au Registre du commerce - a exercé des activités lucratives pour le compte des trois appelées en cause, qu'il considère comme étant des activités indépendantes. La fondation Y \_\_\_\_\_ (anciennement fondation Y \_\_\_\_\_) et les fondations patronale et de prévoyance de LOMBARD ODIER DARIER HENTSCH & Cie ont exprimé le même avis.

A/661/2010 - 10/13 - L'intimée estime pour sa part que ces activités doivent être considérées comme des activités salariées. Il convient par conséquent d'examiner, pour les activités litigieuses, si elles résultent d'une activité indépendant ou salariée, au regard des critères déterminants.

#### **E. 8**

Le recourant a conclu une convention-cadre avec la banque X \_\_\_\_\_ SA en date du 21 avril 2008 aux fins de réaliser pour cette dernière des estimations d'immeubles. Dans le cadre de cette activité, le recourant n'opère pas d'investissements importants, n'encourt guère de pertes, ne supporte pas de risque d'encaissement ou de ducroire et ne supporte pas les frais généraux. Toutefois, depuis le début de cette activité, le recourant utilise ses propres locaux commerciaux, avec du personnel salarié depuis le 1er janvier 2010. De même, le recourant ne dépend pas de la banque X \_\_\_\_\_ SA du point de vue économique ou dans l'organisation de son travail. En effet, bien que la banque X \_\_\_\_\_ SA puisse donner des instructions au recourant dans le cadre de son activité, il n'existe pas de rapport de subordination entre eux. Par ailleurs, si le recourant doit en principe remplir sa tâche personnellement, rien ne l'empêche de recourir à des auxiliaires. Il n'a pas un devoir de présence et n'est soumis à aucune prohibition de faire concurrence. Le recourant est appelé par la banque X \_\_\_\_\_ SA de manière aléatoire, en fonction des besoins de cette dernière. Il a d'ailleurs précisé qu'il contactait souvent lui-même la banque, à la recherche de mandats d'expertises. Il établit ses rapports d'expertise de manière autonome, en fonction des standards spécifiques en vigueur. Enfin, le recourant n'exerce pas son activité au service exclusif de la banque X \_\_\_\_\_ SA, il n'a aucun droit à l'octroi d'un mandat et sa rémunération est entièrement basée sur un tarif horaire standard de 150 fr. Au vu de l'ensemble des circonstances, la Chambre de céans considère que l'activité lucrative déployée par le recourant pour la banque X \_\_\_\_\_ SA doit être qualifiée d'activité indépendante.

#### **E. 9**

Le 18 juillet 2005, le recourant a conclu un contrat de mandat avec les fondations patronale et de prévoyance de LOMBARD ODIER DARIER HENTSCH & Cie afin de superviser la

gestion de tous les biens immobiliers de ces dernières, ce qui impliquait notamment un suivi et une collaboration avec les gérances. Ce contrat a été résilié par les fondations au 30 juin 2010 suite au refus de l'intimée de considérer l'activité ainsi déployée par le recourant comme indépendante. Certes, les parties ont clairement manifesté leur volonté en ce sens que le recourant était un mandataire indépendant. Il sied cependant de rappeler que la volonté des parties n'est pas pertinente pour qualifier une activité d'indépendante ou non. Seules sont décisives les circonstances concrètes du cas d'espèce. En l'occurrence, dans le cadre de cette activité, le recourant n'opérait pas d'investissements importants, n'encourait guère de pertes, ne supportait pas de risque d'encaissement ou de

A/661/2010 - 11/13 - ducroire et ne supportait pas les frais généraux. Au début de l'activité en question, le recourant n'occupait pas encore de personnel, l'assistant ayant été engagé dès le 1er janvier 2010 seulement. Il utilisait en revanche ses propres locaux commerciaux dès le 1er juillet 2007. Dans le cadre de son activité pour le compte des fondations de LOMBARD ODIER DARIER HENTSCH & Cie, force est de constater que le recourant ne dépendait pas de ces dernières du point de vue économique ou dans l'organisation de son travail. En effet, bien que les fondations pouvaient donner des instructions au recourant, il n'y avait aucun rapport de subordination entre eux. Le recourant disposait de toute évidence d'une grande liberté dans l'organisation de son activité, il n'avait pas l'obligation de remplir sa tâche personnellement, n'avait pas un devoir de présence et n'était pas soumis à une prohibition de faire concurrence. Le contrat de mandat pouvait être résilié en tout temps, moyennant un préavis de trois mois pour la fin d'un mois. Les fondations ont également expliqué qu'elles n'employaient pas le moindre salarié et que l'intimée avait reconnu le statut d'indépendant au nouveau mandataire désigné en lieu et place du recourant. Enfin, la rémunération de ce dernier était fixée forfaitairement pour les prestations de base et à un tarif horaire pour les autres prestations. Il apparaît ainsi que les critères permettant de qualifier l'activité d'indépendante sont ici prédominants. Au vu de ce qui précède, la Chambre de céans considère que l'activité lucrative déployée par le recourant pour les fondations patronale et de prévoyance de LOMBARD ODIER DARIER HENTSCH & Cie doit également être qualifiée d'activité indépendante.

#### **E. 10**

Le 1er juin 2006, le recourant a conclu un contrat de mandat avec la fondation Y \_\_\_\_\_ (actuellement fondation Y \_\_\_\_\_), afin d'aider et de superviser la gestion des biens immobiliers de cette dernière. Ce contrat a été résilié par la fondation au 31 décembre 2009 suite au refus de l'intimée de considérer que l'activité ainsi déployée par le recourant était une activité indépendante. Dans le cadre de cette activité, le recourant n'opérait pas d'investissements importants, n'encourait guère de pertes, ne supportait pas de risque d'encaissement ou de ducroire et ne supportait pas les frais généraux. A cette époque, le recourant n'occupait pas encore de personnel, l'assistant ayant été engagé dès le 1er janvier 2010 seulement. Le recourant utilisait certes ses propres locaux commerciaux à partir du 1er juillet 2007 ; la Chambre de céans souligne toutefois que la fondation mettait un bureau et des moyens de communication à sa disposition. Dans le cadre de son activité pour le compte de la fondation Y \_\_\_\_\_, la Chambre de céans est ainsi d'avis que le recourant ne supportait pas de risque économique analogue à celui encouru par un entrepreneur. Il dépendait également de cette fondation du point de vue économique et dans l'organisation de son travail. En effet, la fondation avait le droit de lui donner des instructions et un rapport de subordination entre eux paraît hautement vraisemblable. Si le recourant n'avait

pas l'obligation de remplir sa tâche personnellement et n'était pas soumis à une prohibition de faire concurrence, il avait cependant un devoir de présence journalière sur le site. Aux termes du

A/661/2010 - 12/13 - contrat, les parties entendaient clairement assimiler le recourant à un mandataire indépendant. Le recourant a néanmoins admis que ce contrat était ambigu et que l'activité déployée pour le compte de la fondation Y\_\_\_\_\_ pouvait être interprétée comme une activité salariée. Enfin, la rémunération du recourant était fixée forfaitairement pour les prestations de base et à un tarif horaire pour les autres prestations. Les critères mettant en avant un rapport de dépendance sont ici prédominants. Au vu de ce qui précède, la Chambre de céans considère que l'activité lucrative déployée par le recourant pour la fondation Y\_\_\_\_\_ doit être qualifiée de salariée.

#### **E. 11**

En définitive, la Chambre de céans considère que les activités déployées par le recourant pour la banque X\_\_\_\_\_ SA et pour les fondations patronale et de prévoyance de LOMBARD ODIER DARIER HENTSCH & Cie sont des activités indépendantes, alors que l'activité qu'il a déployée pour la fondation y\_\_\_\_\_ doit quant à elle être considérée comme une activité salariée.

#### **E. 12**

Compte tenu de tout ce qui précède, le recours doit être partiellement admis et la décision litigieuse annulée.

#### **E. 13**

Le recourant, représenté par un mandataire, a droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens, que la Chambre fixe en l'espèce à 3'000 fr (art. 89H al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA; RS E 5 10).

A/661/2010 - 13/13 - 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.