

# **GE\_GERICHTE ATAS/68/2011 vom 25. Januar 2011**

GE Cour de justice, 2011-01-25, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_68\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_68_2011)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/68/2011 du 25 janvier 2011

IT: GE\_GERICHTE ATAS/68/2011 del 25 gennaio 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Jusqu'au 31 décembre 2010, conformément à l'art. 56 V 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'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). 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 (art. 143 al. 6 de la LOJ du 9 octobre 2009). 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**

a) Interjeté dans les forme et délai prescrits, le recours est recevable (art. 5, 56 et 60 LPGA ; art. 89B de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 – LPA ; RS E 5 10). b) À teneur de l'art. 71 de la loi du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA), l'autorité peut, d'office ou sur requête, ordonner l'appel en cause de tiers dont la situation juridique est susceptible d'être affectée par l'issue de la procédure. Dans ce cas, la décision leur devient opposable. D'une manière générale, dans les cantons qui comme celui de Genève connaissent cette institution de procédure, l'appel en cause permet de contraindre des tiers qui ne possèdent pas la qualité de partie faute d'en satisfaire les conditions à participer à la procédure afin de leur rendre opposable la décision, respectivement le jugement qui doit être rendu à son issue (cf. ATF 125 V 94 consid. 8b). L'appel en cause n'est pas destiné à faire intervenir ou à étendre la procédure à des personnes qui bénéficient déjà de la qualité de partie et qui ne participent pas pour une raison quelconque à la procédure. Il vise bien plutôt à préjuger un rapport de droit entre l'appelé en cause et une partie principale dans une procédure pendante entre les parties principales. Dans la mesure où il a pour fonction d'éviter le déroulement d'une autre procédure sur les mêmes questions litigieuses, l'appel en cause est dicté par un souci d'économie de procédure. Il permet également de prévenir le prononcé

A/3748/2009 - 9/15 - de décisions ou jugements contradictoires. Le tiers appelé en cause doit naturellement posséder la capacité d'être partie et la capacité d'ester (cf. ATFA non publié du 25 août 2003, B 47/02, consid. 3.2.1). Selon la jurisprudence, les décisions des caisses de compensation relatives à des cotisations paritaires doivent non seulement être notifiées à l'employeur, mais aussi aux salariés concernés. A défaut, la violation du droit

d'être entendu en résultant peut être réparée par le Tribunal. L'appel en cause n'est pas nécessaire, si le nombre de salariés est élevé, si le domicile des salariés est à l'étranger et s'il s'agit de montants minimes (ATF 113 V 1; ATFA 1965 p.239 consid. 1 et 3; arrêt H 144/05 du 6 septembre 2006).

#### **E. 4**

Le litige porte sur les reprises de salaires effectuées par la caisse et en particulier sur le fait de déterminer si les sommes versées par la recourante sont considérées comme un salaire pour une activité de dépendant.

#### **E. 5**

a) 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 LPGGA). Aux termes de l'art. 14 al. 1 LAVS, les cotisations perçues sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité dépendante doivent être retenues lors de chaque paie et être versées périodiquement par l'employeur en même temps que la cotisation de l'employeur. 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). 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; e. les pourboires, s'ils représentent une part importante du salaire;

A/3748/2009 - 10/15 - f. les prestations en nature ayant un caractère régulier; g. les provisions et les commissions. l. les honoraires des privat-docents et des autres personnes qui, dans l'enseignement, sont rétribués de manière analogue; b) 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 LPGGA (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 LPGGA

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). 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 dépasse 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

A/3748/2009 - 11/15 - 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 du croire, 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). Un autre facteur concourant à la reconnaissance de l'activité lucrative indépendante 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). A 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. Certaines activités ne requièrent par nature pas "d'investissements élevés" (comme par exemple celles de conseiller ou de

collaborateur libre). Le rapport de dépendance est alors mis au premier plan (RCC 1984, page 231; ATF 110 V 72). 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). e) 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

A/3748/2009 - 12/15 - 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, lors 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).

Selon l'article 322b CO, s'il est convenu que le travailleur a droit à une provision sur certaines affaires, elle lui est acquise dès que l'affaire a été valablement conclue avec le tiers.

## **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**

Dans le cas d'espèce, en premier lieu, la caisse admet maintenant et à juste titre que Monsieur C \_\_\_\_\_ a exercé l'activité de courtier indépendant de 2005 à 2008, puis dans le cadre de sa société, de sorte que les commissions versées ne sont pas du salaire au sens de l'AVS. L'audition des intéressés a permis d'établir que les appelés en cause ne recevaient pas d'instruction de la société, avec laquelle ils n'avaient aucun lien de subordination, les rapports se limitant à proposer une affaire immobilière à l'agence. Ils

percevaient une rémunération seulement si la vente aboutissait de sorte qu'il faut

A/3748/2009 - 13/15 - admettre qu'ils supportaient le risque de l'entrepreneur indépendant, malgré l'absence d'investissement ou de personnel, critère non déterminant dans le cadre de courtiers et de conseillers personnels, selon la jurisprudence. En l'absence d'investissement, le rapport de dépendance est alors mis au premier plan et 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. Manifestement, il n'y a aucun rapport de dépendance entre les intéressés et l'agence immobilière lorsque l'affaire est amenée et donne lieu à une commission. Bien que le critère de la liberté d'organisation du travail ne soit pas seul déterminant, il faut relever que les appelés en cause n'avaient aucune obligation contractuelle de proposer un nombre déterminé ou même une seule affaire immobilière à l'agence, mais étaient totalement libres de le faire ou pas, à leur seule convenance. Cela vaut tant pour les trois personnes qui, au gré d'une rencontre de hasard, ont mis en contact une connaissance et une employée de l'agence en vue de la conclusion d'une vente immobilière à une unique reprise que pour Madame F\_\_\_\_\_, qui a proposé deux affaires en 2005 seulement. A cet égard, c'est bien l'absence totale de régularité dans la collaboration, les intéressés n'étant pas tenus de fournir une quelconque prestation et le fait que la relation contractuelle entre les intéressés et l'agence se limite au versement d'une commission en cas de vente qui sont déterminants pour retenir que l'activité n'a pas de caractère de dépendance. En second lieu, il faut donc retenir, s'agissant de Mesdames D\_\_\_\_\_ et E\_\_\_\_\_ ainsi que de Monsieur B\_\_\_\_\_, que les commissions versées, à une seule reprise pour chacun d'eux ne constitue pas du salaire au sens de l'AVS. Bien que les éléments mentionnés ci-dessus valent pour tous les intéressés, la caisse fonde sa décision concernant Madame F\_\_\_\_\_ sur le fait que les deux courtages conclus ont été sa seule activité rémunérée en 2005 et qu'elle a pris langue avec le chef de l'agence immobilière pour ce faire. D'une part, on ne voit pas en quoi, au risque de heurter le principe de l'égalité entre hommes et femmes, la même activité de courtage serait dépendante, lorsqu'elle est exercée à côté de celle de mère au foyer et pourrait ne pas l'être, exercée au côté d'une activité lucrative salariée pour un tiers. D'autre part, l'intéressée n'a pas pris contact avec l'agence pour obtenir du travail, mais pour annoncer qu'elle souhaitait proposer des affaires et convenir, ce qui est le seul élément essentiel du courtage, du pourcentage en cas de vente. Pour le surplus, les éléments déterminants de son activité (absence d'instructions, de lien de subordination et de régularité; risque économique, etc.) ont été exactement les mêmes que pour les autres intéressés, à la différence qu'elle a souhaité s'installer comme courtière en s'inscrivant au RC, sans succès au vu des indications données. Le fait qu'elle ait omis de s'inscrire auprès d'une caisse AVS en tant qu'indépendante n'est pas déterminant pour considérer les commissions versées comme du salaire. Le fait qu'elle n'ait pas réussi à développer son activité comme elle le souhaitait (et comme Monsieur C\_\_\_\_\_) n'est pas déterminant

A/3748/2009 - 14/15 - non plus. Pour terminer, le critère de la multiplicité des clients n'est d'aucun secours dans le cas d'espèce, dès lors qu'un courtier indépendant peut fort bien proposer des affaires à une seule agence sans être dépendant et que, dans le cas de Madame F\_\_\_\_\_, ses affaires se sont limitées à deux courtages, en tout, depuis 2005, ce qui démontre qu'aucune régularité n'a été convenue entre les parties. En dernier lieu donc, la Cour retiendra que le cas de Madame F\_\_\_\_\_ ne diffère pas des autres et que les deux commissions versées ne constituent pas du salaire au sens de l'AVS.

## **E. 8**

Le recours est donc bien fondé et il est admis, de sorte que la décision sur opposition de la caisse du 23 septembre 2009 est annulée, en ce qui concerne les appelés en cause. Elle est confirmée en tant qu'elle renonce à la reprise de salaire pour Monsieur H\_\_\_\_\_. La recourante, qui est assistée d'un avocat et obtient gain de cause, a droit à une indemnité à titre de participation à ses frais et dépens, que le Tribunal fixe en l'espèce à 2'000 fr. (art. 61 let. g LPGA ; art. 89H al. 3 LPA).

A/3748/2009 - 15/15 - 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.