

GE_GERICHTE ATAS/86/2020 vom 5. Februar 2020

GE Cour de justice, 2020-02-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_86_2020

FR: GE_GERICHTE ATAS/86/2020 du 5 février 2020

IT: GE_GERICHTE ATAS/86/2020 del 5 febbraio 2020

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 - 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. 2

Le délai de recours est de 30 jours (art. 56 LPGA; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]). Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss LPA).

E. 3

Le litige porte sur le bien-fondé de la décision de reprise des cotisations sociales adressée au recourant sur les honoraires qu'il a touchés de 2014 à 2016 de la société.

E. 4

Selon l'art. 1a al. 1 LAVS sont notamment assurées à titre obligatoire à l'AVS, les personnes physiques domiciliées en Suisse (let. a) et celles qui exercent en Suisse une activité lucrative (let. b). 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 LPGA). Cette disposition renvoie aux lois spéciales et n'a aucun effet sur celles-ci : elle ne prévoit ni une A/1632/2019 - 9/16 - annulation de ces dernières, ni n'introduit d'éventuelles dérogations dans les lois spéciales (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 2/06 du 10 avril 2006, consid. 6). Est considéré comme exerçant une activité lucrative indépendante celui dont le revenu ne provient pas de l'exercice d'une activité en tant que salarié. Une personne exerçant une activité lucrative indépendante peut simultanément avoir la qualité de salarié si elle reçoit un salaire correspondant (art. 12 LPGA). 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 (RAVS - RS 831.101). D'après 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). Selon l'art. 7 let. h RAVS, le salaire déterminant pour le

calcul des cotisations comprend notamment les tantièmes, les indemnités fixes et les jetons de présence des membres de l'administration et des organes dirigeants des personnes morales. 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, ce sont les circonstances économiques. Les rapports de droit civil peuvent fournir éventuellement quelques indices pour la qualification en matière d'AVS, mais ils ne sont pas déterminants. Doit en principe être considéré comme exerçant une activité dépendante, celui qui ne supporte pas de risque économique analogue à celui qui est encouru par l'entrepreneur et dépend de son employeur du point de vue économique ou dans l'organisation du travail. 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 6/05 du 19 mai 2006 consid. 2.2; ATF 123 V 162 consid. 1 et les arrêts cités; cf. ég. P.-Y. GREBER/ J.-L. DUC/ G. 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). Il n'existe toutefois aucune présomption juridique en faveur de l'activité salariée ou indépendante (cf. DSD ch. 1020).

A/1632/2019 - 10/16 - 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. On citera également la prohibition de faire concurrence et le devoir de présence (cf. DSD ch. 1015). 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 (arrêt du Tribunal fédéral 9C_1062/2010 du 5 juillet 2011 consid. 7.2; 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 6/05 du 19 mai 2006 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'intéressé 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 6/05 du 19 mai 2006 consid. 2.3). On part de l'idée qu'il y a activité dépendante quand des caractéristiques typiques du contrat de travail existent, c'est-à-dire quand l'intéressé fournit un travail dans un délai donné, est économiquement dépendant de l'« employeur » et, pendant la durée du travail, est intégré dans l'entreprise de celui-ci, et ne peut ainsi pratiquement exercer aucune autre activité lucrative (REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 12ème éd. p. 34 ss ;

VISCHER, Der Arbeitsvertrag, SPR VII/1 p. 306). Les indices en ce sens sont l'existence d'un plan de travail déterminé, la nécessité de faire rapport sur l'état des travaux, ainsi que la dépendance de l'infrastructure sur le lieu de travail (RCC 1986 p. 126 consid. 2b, RCC 1986 p. 347 consid. 2d) ou, en cas d'activité régulière, dans le fait qu'en cas de cessation de ce rapport de travail, il se retrouve dans une situation semblable à celle d'un salarié qui perd son emploi (ATF 122 V 169 consid. 3c ; Pratique VSI 5/1996 p. 258). Il est tout à fait courant à notre époque que des personnes ou organisations spécialisées dans un domaine technique ou commercial particulier se mettent à la disposition d'une entreprise – de manière individuelle ou en commun avec d'autres – en tant que conseiller, pour un temps déterminé ou indéterminé et dans le cadre d'un rapport de mandat indépendant (GREBER/DUC/SCARTAZZINI op. cit.,

A/1632/2019 - 11/16 - n. 138 ad art. 5 LAVS). À cet égard, le Tribunal fédéral a estimé qu'un contrat stipulé en tant que « contrat pour une mission de conseiller » ne devait pas être qualifié de contrat individuel de travail, mais de mandat. La personne chargée de l'exécuter avait d'ailleurs été expressément désignée comme « expert indépendant ». Cela permettait de conclure que les éléments d'une activité indépendante étaient en l'occurrence prédominants. Il était en outre établi que l'intéressé avait effectivement pu exercer sa fonction de conseiller à titre indépendant, sans être intégré dans l'administration de l'entreprise ni être soumis à des instructions particulières de la part de celle-ci. De plus, une dépendance quant à l'organisation du travail, une des caractéristiques principales de l'activité dépendante, n'existait pas en l'espèce. D'autre part, la dépendance économique se limitait au fait que l'intéressé devait, durant le rapport contractuel, exercer son activité pour l'entreprise en question exclusivement, ce qui, en tant qu'élément isolé, n'était pas déterminant (ATF 110 V 72 consid. 4b). Lorsqu'un assuré exerce simultanément plusieurs activités, on se demandera, à propos de chacun des revenus touchés, s'il provient d'une activité indépendante ou d'une activité salariée. Il est parfaitement possible qu'un assuré travaille en même temps pour une entreprise en qualité de salarié et pour une autre comme indépendant. Par conséquent, il se peut aussi que l'intéressé travaille pour la même entreprise, mais dans des secteurs différents, comme salarié et comme indépendant. On ne considère donc pas le caractère prédominant de l'activité dans son ensemble. Une telle manière de qualifier celle-ci n'est pas prévue par la loi, et n'est pas non plus nécessaire pour des raisons pratiques. Il faut, bien plutôt, examiner séparément les diverses activités, et les cotisations en cause seront perçues d'après la qualification de ces activités (RCC 1979 p. 149 consid. 3b). Sont toutefois réservés les aspects relatifs à la coordination dans le cas de personnes exerçant la même activité lucrative pour différents employeurs ou mandants ou exerçant différentes activités lucratives pour le même employeur ou le même mandant. Dans ces situations, il y a lieu d'éviter autant que possible que ces activités soient qualifiées de manière différente, c'est-à-dire en partie comme une activité salariée et en partie comme une activité indépendante (arrêt du Tribunal fédéral H 194/05 du 19 mars 2007 consid. 7.4 ; Michel VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI), Commentaire thématique, p. 96 n. 297). 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 ils doivent être, par conséquent, considérés comme salaire déterminant (RCC 1983 p. 22 consid. 2 ; GREBER/DUC/SCARTAZZINI, op. cit., n. 40 ad art. 5). C'est le cas même si les indemnités sont proportionnelles à l'activité et à l'état des affaires (RCC 1952 p. 272). Il est toutefois possible de renverser la présomption en établissant que les honoraires versés sont

payées pour l'exécution d'une tâche que l'administrateur aurait assumée même sans être membre du conseil

A/1632/2019 - 12/16 - d'administration (ATF 105 V 114 s. consid. 3; RCC 1953 p. 442 ss; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 125/04 du 7 mars 2005 consid. 7.1).

E. 5

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 (ATF 126 V 353 consid. 5b, ATF 125 V 193 consid. 2).

E. 6

Aux termes de l'art. 43 al. 1 phr. 1 LPGA, l'assureur examine les demandes, prend d'office les mesures d'instruction nécessaires et recueille les renseignements dont il a besoin.

Le principe de l'instruction d'office applicable en assurances sociales n'est cependant pas d'une portée absolue. Il a pour corollaire le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Dans le procès en matière d'assurances sociales, les parties ne supportent en règle générale le fardeau de la preuve que dans la mesure où la partie qui voulait déduire des droits de faits qui n'ont pas pu être prouvés en supporte l'échec. Cette règle de preuve ne s'applique toutefois que s'il n'est pas possible, dans les limites du principe inquisitoire, d'établir sur la base d'une appréciation des preuves un état de fait qui correspond, au degré de la vraisemblance prépondérante, à la réalité (ATF 117 V 261 consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral 9C_632/2012 du 10 janvier 2013 consid. 6.2.1).

La loi genevoise du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA), qui s'applique à la prise de décision par la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (art. 1 en liaison avec l'art. 6 al. 1 let. d LPA), contient des dispositions en ce qui concerne la coopération des parties et le droit d'être entendu. Selon l'art. 22 LPA, les parties sont tenues de collaborer à la constatation des faits dans les procédures qu'elles introduisent elles-mêmes, dans celles où elles y prennent des conclusions indépendantes ainsi que dans les autres cas prévus par la loi.

Selon l'art. 13 al. 1 LLCA, l'avocat est soumis au secret professionnel pour toutes les affaires qui lui sont confiées par ses clients dans l'exercice de sa profession; cette obligation n'est pas limitée dans le temps et est applicable à l'égard des tiers. Le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat à divulguer des faits qui lui ont été confiés.

Selon l'art. 321 CP, les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, conseils en brevet, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues, ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis d'une peine privative de liberté de trois ans au

A/1632/2019 - 13/16 - plus ou d'une peine pécuniaire. Seront punis de la même peine les étudiants qui auront révélé un secret dont ils avaient eu connaissance à l'occasion de leurs

études. La révélation demeure punissable alors même que le détenteur du secret n'exerce plus sa profession ou qu'il a achevé ses études (al. 1). La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit (al. 2). Demeurent réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant un droit d'aviser une autorité et de collaborer, une obligation de renseigner une autorité ou une obligation de témoigner en justice (al. 3).

E. 7

En l'espèce, il ressort des pièces du dossier et de l'audition du recourant que lors de la période en cause, soit de janvier 2014 à décembre 2016, celui-ci exerçait principalement une activité indépendante d'avocat. Il était également administrateur de la société, un bureau d'architecte exploité par son père. Le recourant fait valoir qu'il avait essentiellement pour la société une activité de conseil juridique en matière immobilière, qui relevait de son activité d'avocat et non d'une activité salariée pour son père. Il ne travaillait pas dans les locaux de la société et il n'y avait pas de lien de subordination entre son père et lui dans son activité de conseil. Dans la mesure où le recourant était formellement administrateur de la société et qu'il touchait des honoraires mensuels de celle-ci, à hauteur de CHF 3'703.70, pendant toute la période en cause, soit trois ans, il est présumé, selon la jurisprudence susmentionnée, que les honoraires lui étaient versés en sa qualité d'organe de la société et ils doivent être considérés, en conséquence, comme salaire déterminant du point de vue de l'AVS. S'il est probable que le recourant a assisté et représenté la société de son père en justice en sa qualité d'avocat comme il le prétend, il n'a pas rendu vraisemblable que la rémunération reçue de la société relevait exclusivement d'une telle activité. Par ailleurs, le recourant a indiqué que son activité en tant qu'administrateur de la société consistait en des conseils juridiques sur le plan immobilier à son père dans l'activité du bureau d'architecte de celui-ci. L'on ne peut donc retenir que les honoraires perçus par le recourant de la société n'avaient aucune relation directe avec son rôle de membre du conseil d'administration. Les déclarations du témoin ne permettent pas non plus de renverser la présomption que les honoraires perçus par le recourant le rétribuaient, à tout le moins partiellement, pour son activité d'administrateur de la société. Il n'apparaît pas vraisemblable que l'audition des autres témoins proposés pourrait la renverser, de sorte qu'il y sera renoncé. Seuls des documents attestant des activités concrètement exercées pendant la période en cause par le recourant pour la société permettraient de renverser cette présomption. Or, force est de constater que le recourant n'en a pas produit. L'on pouvait attendre de celui-ci qu'il produise des pièces relatives à son activité

A/1632/2019 - 14/16 - d'avocat pour son père, vu son devoir de collaboration. Il pouvait le faire sans violer son secret professionnel, avec l'accord de la société (art. 321 al. 2 et 3 CP), ou en caviardant certaines données si nécessaire. Faute pour lui d'avoir renversé la présomption, les honoraires perçus par le recourant de la société de 2014 à 2016 doivent être considérés comme du salaire et c'est en conséquence à juste titre que l'intimée lui a adressé une décision de reprise des cotisations sociales sur ces honoraires.

E. 8

a. Le fait que l'intimée ait déjà perçu les cotisations sociales sur les honoraires en cause dans le cadre des revenus d'indépendant du recourant ne l'empêche pas de procéder à une nouvelle appréciation de la situation. b. L'assureur peut en effet revenir sur des décisions

entrées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable selon l'art. 53 al. 2 LPGA. Une décision est sans nul doute erronée non seulement si elle a été rendue sur la base de normes fausses ou non pertinentes, mais encore lorsque les dispositions pertinentes n'ont pas été appliquées ou qu'elles l'ont été de manière erronée, ou encore lorsqu'elles ont été correctement appliquées sur la base d'une constatation erronée résultant de l'appréciation des faits. Pour des motifs de sécurité juridique, l'irrégularité doit être manifeste (« zweifellos unrichtig »), de manière à éviter que la reconsidération devienne un instrument autorisant sans autre limitation un nouvel examen des conditions à la base des prestations de longue durée. En particulier, les organes d'application ne sauraient procéder en tout temps à une nouvelle appréciation de la situation après un examen plus approfondi des faits. Ainsi, une inexactitude manifeste ne saurait être admise lorsque l'octroi de la prestation dépend de conditions matérielles dont l'examen suppose un pouvoir d'appréciation, quant à certains de leurs aspects ou de leurs éléments, et que la décision initiale paraît admissible compte tenu de la situation antérieure de fait et de droit. S'il subsiste des doutes raisonnables sur le caractère erroné de la décision initiale, les conditions de la reconsidération ne sont pas réalisées (arrêts du Tribunal fédéral 9C_71/2008 du 14 mars 2008 consid. 2 et 9C_575/2007 du 18 octobre 2007 consid. 2.2). Pour qu'une décision soit qualifiée de manifestement erronée, il ne suffit donc pas que l'administration ou le juge, en réexaminant l'une ou l'autre des conditions du droit aux prestations d'assurance, procède simplement à une appréciation différente de celle qui avait été effectuée à l'époque et qui était, en soi, soutenable. L'appréciation inexacte doit être, bien plutôt, la conséquence de l'ignorance ou de l'absence de preuves de faits essentiels (arrêt du Tribunal fédéral 9C_693/2007 du 2 juillet 2008 consid. 5.3). c. En l'espèce, l'appréciation inexacte de l'intimée est liée au fait qu'elle ignorait qu'en tant qu'administrateur de la société, il percevait des honoraires mensuels fixes qui lui étaient versés par la société, soit des éléments de fait essentiels pour apprécier le cas. Il en résulte que l'intimée était fondée à procéder à une

A/1632/2019 - 15/16 - reconsidération et à rendre sa décision de reprise du 16 octobre 2018. Elle devra en conséquence, comme elle s'y est d'ailleurs engagée, rembourser au recourant les cotisations payées en lien avec les honoraires forfaitaires perçus de la société dans le cadre de l'activité indépendante du recourant.

E. 9

La décision querellée doit ainsi être confirmée et le recours rejeté. La procédure est gratuite.

A/1632/2019 - 16/16 - 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.