

## **GE\_GERICHTE ATAS/905/2022 vom 11. Oktober 2022**

GE Cour de justice, 2022-10-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_905\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_905_2022)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/905/2022 du 11 octobre 2022

IT: GE\_GERICHTE ATAS/905/2022 del 11 ottobre 2022

### **Erwägungen**

#### **E. 5**

juillet 2018 consid. 7.1 et 9C\_453/2014 du 17 février 2015 consid. 4.2). Il a retenu qu'un ingénieur travaillant seul dans une société anonyme dont il est le seul membre du conseil d'administration et le seul gérant, qui peut prendre toutes les décisions de l'entreprise seul et disposer du capital social, est indépendant du point de vue des assurances sociales (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_450/2020 du 15 septembre 2020 consid. 3.1). Tel est également le cas d'un chauffeur de poids lourd, seul membre du conseil d'administration et seul titulaire du droit de signature de sa société anonyme (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_450/2016 du A/1340/2020 - 11/18 -

#### **E. 6**

octobre 2016 consid. 2.1). Le seul organe disposant du droit de signature d'une société à responsabilité limitée est indépendant (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_413/2017 du 19 septembre 2017 consid. 4.1). Un assuré copropriétaire avec son épouse du capital d'une société anonyme, mais siégeant seul au conseil d'administration et en étant le seul gérant avec droit de signature, est indépendant au sens des assurances sociales (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_928/2015 du 19 avril 2016 consid. 2.3.4). Dans le cas d'un assuré ayant dirigé la société anonyme familiale, dont son père et son frère étaient respectivement président du conseil d'administration et actionnaire principal, notre Haute Cour n'a pas exclu que l'intéressé puisse exercer une influence essentielle sur l'entreprise eu égard à sa fonction, renvoyant toutefois la cause à l'administration pour investigations complémentaires (arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 185/02 du 29 janvier 2003 consid. 3.2). Elle a précisé que la question de savoir si une personne a une influence déterminante sur la politique de l'entreprise et le développement de celle-ci - et doit ainsi être considérée comme tirant ses revenus d'une activité indépendante - doit être examinée sur la base de critères tels que le cercle des actionnaires, la participation au capital social, la composition du conseil d'administration, le taux d'activité des actionnaires et leur fonction dans la société (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_202/2019 du 9 mars 2020 consid. 3.3). La chambre de céans a confirmé le statut de salariée d'une assurée, présidente du conseil d'administration avec signature individuelle et actionnaire d'une société anonyme exploitant un bar, qui avait en son propre nom conclu le bail des locaux abritant cet établissement dans lequel elle avait investi plus de CHF 400'000.- et qu'elle gérait seule, car elle n'était précisément pas associée d'une société simple (ATAS/1197/2019 du 20 décembre 2019 consid. 12). Statuant sur la qualité d'employeur d'une étude d'avocats créée sous forme de société anonyme en lien avec l'activité qu'y déployait l'avocat qui l'avait fondée et en était l'unique actionnaire et administrateur avec signature individuelle, le Tribunal fédéral a confirmé l'arrêt de la chambre de céans (ATAS/1076/2020 du 29 octobre 2020) retenant que ladite société avait le statut d'employeur. Il a notamment relevé qu'en dépit de l'identité économique complète

entre la société et l'avocat, le risque économique était supporté par la société. L'avocat ne disposait pas d'une réelle organisation indépendante de celle de la société, qui mettait à sa disposition des locaux, du matériel et du personnel administratif. La société concluait des contrats de mandat avec sa clientèle, et elle avait souscrit l'assurance professionnelle en responsabilité civile couvrant l'avocat. Elle lui versait par ailleurs une rémunération fixe, indice en faveur d'une activité dépendante. Au vu du rôle et de l'intégration étroite de l'avocat dans l'organisation de la société, on ne pouvait admettre qu'il agissait en qualité de tiers vis-à-vis d'elle lorsqu'il accomplissait ses activités d'avocat, et qu'il aurait effectué celles-ci même s'il n'avait pas été administrateur et actionnaire unique de la société (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_36/2021 du 7 décembre 2021 consid. 5.2.2). En référence à cet arrêt, la doctrine a rappelé que la société unipersonnelle («Einmann-Gesellschaft») a une

A/1340/2020 - 12/18 - position particulière, dans la mesure où le propriétaire unique qui se déclare en qualité de salarié ne l'est pas du point de vue du droit du travail, faute de lien de subordination, mais exerce une activité dépendante au sens du droit des assurances sociales (Gabriela RIEMER-KAFKA, Selbständig - oder unselbständigerwerbstätig - das ist hier die Frage, PJA 2022 p. 755, note de bas de page 11).

### **E. 6.1**

L'art. 4 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10) prévoit que les cotisations des assurés qui exercent une activité lucrative sont calculées en pour-cent du revenu provenant de l'exercice de l'activité dépendante et indépendante. Selon les alinéas premier et deuxième de l'art. 5 LAVS dans sa teneur en force jusqu'au 31 décembre 2019, une cotisation de 4.2 % est perçue sur le revenu provenant d'une activité dépendante, appelé ci-après salaire déterminant (al. 1). Le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail (al. 2). Aux termes de l'art. 6 al. 2 LAVS dans sa teneur en force jusqu'au 31 décembre 2019, les salariés dont l'employeur n'est pas tenu de payer des cotisations versent des cotisations de 8.4 % sur leur salaire déterminant.

### **E. 6.2**

L'art. 9 al. 1 LAVS prévoit que le revenu provenant d'une activité indépendante comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante. Aux termes de l'art. 8 al. 2 LAVS, si le revenu annuel de l'activité indépendante est égal ou inférieur à CHF 9'300.- selon la teneur de cette disposition du 1er janvier 2017 au 31 décembre 2017, respectivement CHF 9'400.- selon la teneur de cette disposition du 1er janvier 2019 au 31 décembre 2021, l'assuré paie la cotisation minimale, sauf si ce montant a déjà été perçu sur son salaire déterminant. Dans ce cas, l'assuré peut demander que la cotisation due sur le revenu de l'activité indépendante soit perçue au taux le plus bas du barème dégressif.

### **E. 6.3**

En vertu de l'art. 10 al. 1 LAVS, les assurés n'exerçant aucune activité lucrative paient une cotisation selon leur condition sociale. Les assurés qui exercent une activité lucrative et qui paient moins que la cotisation minimale pendant une année civile, y compris la part d'un

éventuel employeur, sont considérés comme des personnes sans activité lucrative. Le Conseil fédéral peut majorer ce montant selon la condition sociale de l'assuré pour les personnes qui n'exercent pas durablement une activité lucrative à plein temps.

A/1340/2020 - 13/18 - La cotisation minimale était de CHF 392.- en 2017 et 2018 et de CHF 395.- en 2019 selon les versions de l'art. 10 al. 1 LAVS alors en vigueur.

#### **E. 6.4**

Conformément à l'art. 28 al. 1 RAVS, les cotisations des personnes sans activité lucrative, pour lesquelles la cotisation minimale par année (art. 10 al. 2 LAVS) n'est pas prévue, sont déterminées sur la base de leur fortune et du revenu qu'elles tirent des rentes. Cette réglementation vise à empêcher que l'obligation de cotiser en qualité de non actif soit contournée par l'exercice d'une activité minime ou sporadique (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_105/2012 du 14 mars 2012 consid. 1). L'art. 28bis al. 1 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS – RS 831.101) dispose que les personnes qui n'exercent pas durablement une activité lucrative à plein temps acquittent les cotisations comme des personnes sans activité lucrative, lorsque, pour une année civile, les cotisations qu'elles paient sur le revenu d'un travail, ajoutées à celles dues par leur employeur, n'atteignent pas la moitié de la cotisation due selon l'art. 28. Leurs cotisations payées sur le revenu d'un travail doivent dans tous les cas atteindre le montant de la cotisation minimale selon l'art. 28. La notion de durable au sens des art. 10 al. 1 LAVS et 28bis RAVS couvre une activité exercée durant au moins neuf mois par année (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_228/2021 du 9 juillet 2021 consid. 3 ; ch. 2035 des Directives sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative dans l'AVS, AI et APG [DIN] dans leur version au 1er janvier 2017). Une activité lucrative n'est pas exercée à plein temps lorsque l'assuré n'est pas actif pendant au moins la moitié du temps usuellement consacré au travail (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 29/06 du 6 février 2007 consid. 3.1 ; ch. 2039 DIN).

#### **E. 6.5**

La deuxième révision de l'AVS a consacré le principe selon lequel le critère déterminant pour la qualification de personne active ou non active du point de vue du droit des cotisations est que l'assuré verse sur le produit de son travail des cotisations qui atteignent au moins le montant de la cotisation minimale pour tous les assurés (cf. art. 10 al. 1 2ème phrase LAVS) (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 318/01 du 10 juillet 2003 consid. 6.2). Il s'agit cependant là uniquement des assurés qui doivent être taxés selon leur situation sociale au sens de l'art. 10 al. 1 1ère phrase LAVS. En vertu de l'art. 8 al. 2 1ère phrase, les indépendants qui réalisent les revenus visés par cette disposition ne sont pas concernés. Dans le cadre de la 9ème révision de l'AVS, il a été confirmé que les indépendants n'ayant aucun revenu ou seulement un revenu minime doivent s'acquitter de la cotisation minimale (Message concernant la neuvième révision de l'assurance-vieillesse et survivants du 7 juillet 1976, FF 1976 III 27). Dès lors qu'il s'agit pour l'essentiel d'activités durables exercées à plein temps, ce traitement particulier des indépendants se justifie, car on ne peut dans de tels cas pas parler d'absence d'activité lucrative, et qu'on ne peut exiger d'un indépendant dont les affaires vont mal qu'il s'acquitte de cotisations sur sa

A/1340/2020 - 14/18 - fortune ou le revenu de ses rentes. Il en découle qu'un assuré indépendant qui ne retire aucun revenu de son activité ne peut être qualifié de non actif pour ce motif. Savoir si un assuré exerce une activité lucrative ne dépend pas du montant des

cotisations mais des circonstances économiques concrètes. En vertu de l'art. 10 al. 1 LAVS en lien avec l'art. 28bis RAVS, il est déterminant que l'assuré ait été actif durablement et à plein temps et le cas échéant qu'il ait versé les cotisations nécessaires pour la qualification d'actif sur les revenus d'une activité lucrative, respectivement que ces cotisations sur le revenu de l'activité lucrative atteignent le montant limite selon l'art. 28 bis RAVS si l'assuré n'était pas actif de manière durable. Il n'est en revanche plus décisif de savoir d'où proviennent ses moyens d'existence (ATF 115 V 161 consid. 6d, 6e et 7b). Lorsqu'un assuré déploie en qualité d'indépendant une activité économique effective, visible pour le public, dans le but de commercialiser ses produits, les revenus modestes qu'il en tire ne permettent pas de lui nier la qualité d'indépendant. Le fait qu'une personne exerçant une activité lucrative indépendante n'enregistre pas de revenus professionnels ou subit des pertes commerciales, et ne réalise donc pas un revenu soumis à cotisation, ne suffit pas, à lui seul, pour la considérer comme un assuré sans activité lucrative, à moins que la situation ne se prolonge sur une certaine durée (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 169/06 du 15 mars 2007 consid. 4.1). Dans le cas d'un assuré auquel ses rentes procuraient un revenu élevé, et dont le salaire correspondant à un taux de travail de 57 % était comparativement bas, le Tribunal fédéral a relevé que ces éléments ne s'opposaient pas à ce que l'exercice d'une activité lucrative, excluant la qualification de non actif au sens du droit des cotisations, soit admis. En effet, celui qui verse des cotisations à hauteur ou supérieures au montant minimal doit être considéré comme actif selon la volonté du législateur, indépendamment du fait qu'il devrait s'acquitter de cotisations supérieures en fonction de sa fortune et du revenu de ses rentes s'il était qualifié de non actif. Une conception contraire signifierait que tous les assurés qui disposent de ressources qui leur permettraient de ne plus travailler devraient d'emblée se voir nier un statut d'actif, ce qui ne correspond manifestement pas à la lettre et au sens de la loi (art. 4 al. 1 LAVS). Lorsqu'un assuré ne tombe pas sous le coup de l'art. 28bis RAVS, les motifs pour lesquels il n'exerce pas une activité mieux rémunérée ou ne travaille qu'à temps partiel ne sont pas pertinents s'agissant de déterminer son statut. On ne saurait y voir un comportement relevant de l'abus (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_168/2016 du 1er juillet 2016 consid. 4.1 et 4.2). Tranchant une cause dans laquelle l'instance précédente avait considéré que l'assuré, qui percevait l'intégralité de son salaire durant sa préretraite, exerçait une activité lucrative, au motif qu'il s'acquittait de cotisations supérieures au montant minimal, le Tribunal fédéral a retenu que cette analyse n'était pas conforme à l'art. 28bis RAVS. Cet article définit plus précisément le cercle des personnes sans activité et précise comment se détermine le statut de cotisant lorsqu'un assuré ne travaille pas de manière durable et à plein temps. Il concrétise ainsi la méthode

A/1340/2020 - 15/18 - prévue à l'art. 10 al. 1 LAVS pour distinguer les actifs des non actifs (Schwergewichtsmethode), et correspond à la volonté clairement établie du législateur, selon laquelle la qualification d'actif ou de non actif du point de vue du droit des cotisations dépend du fait que l'assuré verse des cotisations à concurrence du montant minimal sur le produit de son travail. Le statut d'actif ne se décide pas en fonction de la hauteur des cotisations, mais des circonstances économiques concrètes. Partant, le fait que l'assuré verse des cotisations supérieures au montant minimal ne suffit pas à conclure à un statut d'actif. Ce point dépend bien plus du point de savoir s'il a exercé durant la période examinée une activité d'une ampleur déterminée et générant des cotisations d'un certain montant (ATF 139 V 12 consid. 5.1 et 5.2). Dans un arrêt de principe de 2014, le Tribunal fédéral a répété que le statut d'actif ne peut être nié à un indépendant en raison de la

faiblesse de ses revenus lorsque les circonstances économiques concrètes démontrent l'exercice d'une activité, et a ajouté qu'il en va de même pour l'actionnaire unique (salarié) qui renonce à une partie de son revenu en raison de la mauvaise situation de sa trésorerie. Dans le cas d'espèce, l'assurée, qui percevait un salaire annuel de CHF 9'000.- en qualité de présidente d'une fondation, ne pouvait toutefois se prévaloir du principe applicable aux indépendants, selon lequel un sous-paiement seulement provisoire ne s'oppose pas à la qualification de personne active. La modicité de son revenu excluait que l'on retienne une pleine activité lucrative au sens de l'art. 28bis RAVS (ATF 140 V 338 consid. 2.3.1 et 2.3.2 ainsi que le consid. 3 non publié).

## **E. 7**

Le juge des assurances sociales 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 (ATF 126 V 353 consid. 5b). Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible (arrêt du Tribunal fédéral 8C\_115/2012 du 14 janvier 2013 consid. 4.2). Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le tribunal doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables. Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le tribunal devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_189/2015 du 11 septembre 2015 consid. 5.1 et les références).

## **E. 8.1**

En l'espèce, il convient en premier lieu de souligner que la société, de droit anglais, peut être assimilée à une société anonyme de droit suisse. Elle en présente les mêmes caractéristiques, en ce sens qu'elle est une entité légalement distincte de ses dirigeants, qu'elle dispose d'une comptabilité séparée, et qu'elle a des actions et des actionnaires (cf. Set up a private limited company: Limited companies - GOV.UK ([www.gov.uk](http://www.gov.uk))).

## **E. 8.2**

S'agissant des différents critères permettant de qualifier le statut dépendant ou indépendant, il faut rappeler que l'absence de rapport de subordination ne suffit

A/1340/2020 - 16/18 - pas à trancher dans un sens plutôt que dans un autre, comme l'a souligné le Tribunal fédéral. C'est du reste le propre d'un dirigeant de société que de ne pas être soumis à des instructions. En ce qui concerne les investissements importants dans la société, le Tribunal fédéral a également souligné dans son arrêt de renvoi que de tels investissements n'impliquent pas que le risque économique serait supporté par la recourante. En effet, dans le cas d'une société disposant de la personnalité juridique, l'assuré ne répond pas personnellement des pertes de celles-ci - sous réserve indirectement et à certaines conditions d'une éventuelle action en responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS - mais encourt uniquement le risque indirect de perdre les fonds injectés en cas de faillite de la société. Tel est cependant le cas pour tout investisseur, même étranger à la société. La possibilité pour la recourante d'aménager ses horaires de travail et de choisir le lieu d'exécution à sa guise n'est pas non plus déterminante, cette prérogative n'étant pas l'apanage d'une activité indépendante mais étant liée à la nature des activités de la société, qui relèvent d'un travail d'analyse pouvant être accompli en tout lieu et en tout temps. Ces critères pourraient du reste perdre de leur signification au vu de l'essor du télétravail (sur l'insécurité juridique qu'entraînent les développements des nouvelles formes de travail sur

la qualification des assurés, cf. RIEMER-KAFKA, op. cit., p. 755). Pour le surplus, la recourante a allégué avoir consacré l'entier de son temps à son travail pour la société, ce qui est un indice plaidant en faveur d'une activité dépendante, conformément à la jurisprudence. Dans les différents échanges de courriels avec des clients ou des prestataires, elle s'est présentée comme la cofondatrice et codirectrice de la société. L'adresse électronique qu'elle utilise est celle du nom de domaine de la société (@C\_\_\_\_\_.io). La recourante n'a ainsi jamais agi en son propre nom, à titre de représentante externe mandatée par la société. Les activités que les courriels produits permettent de retracer ont été accomplies pour la société, et non pour le compte de la recourante elle-même. La société n'ayant pas dégagé un chiffre d'affaires suffisant pour rétribuer la recourante, le critère des modalités de la rémunération ne revêt pas la même importance que dans d'autres cas, dans lesquels des versements réguliers de montants invariables peuvent suggérer qu'il s'agit d'un salaire, par exemple. Il n'en reste pas moins que si la recourante avait agi en qualité d'indépendante pour la société, il est vraisemblable qu'elle aurait facturé ses services, ou à tout le moins qu'elle aurait tenu des décomptes des prestations fournies – incluant les frais encourus dans l'accomplissement de ses activités – dans l'optique d'en obtenir le paiement une fois la société devenue rentable. Or, elle n'allègue pas qu'elle aurait tenu une comptabilité séparée de la société. En définitive, la recourante n'a produit aucune pièce indiquant qu'elle aurait des activités indépendantes de la société. Il ressort au contraire des pièces produites qu'elle a œuvré au nom et pour le compte de la société, en sa qualité de directrice, sans apparaître comme un prestataire distinct de celle-ci. Elle ne démontre pas non plus qu'elle aurait une organisation indépendante, ses activités se confondant avec celles de la société. Enfin, si la recourante dispose d'une

A/1340/2020 - 17/18 - majorité des parts de la société, ce qui en théorie signifie qu'elle pourrait imposer sa volonté et par conséquent exercer une influence déterminante sur celle-ci, elle n'est dans les faits pas la seule décisionnaire. Il ressort en effet des explications de M. D\_\_\_\_\_ que les décisions stratégiques sont prises de concert avec celui-ci. Ce critère revêt une importance certaine et plaide en faveur d'une activité dépendante, conformément à la casuistique citée.

### **E. 8.3**

Compte tenu de ces éléments et de la règle générale qui se dégage de la jurisprudence rappelée ci-dessus, tendant à considérer les dirigeants de personnes morales comme dépendants au sens de l'AVS, même lorsqu'ils en sont en même temps les actionnaires majoritaires, la recourante doit être qualifiée de dépendante du point de vue des assurances sociales.

### **E. 8.4**

S'agissant du caractère durable et à plein temps de l'activité, la recourante a toujours allégué – à tout le moins dans le cadre de la procédure devant la chambre de céans – qu'elle travaillait à plein temps. Il n'existe guère d'indice permettant de remettre en cause cette allégation, qui en l'absence de contrat écrit avec la société peut difficilement être infirmée. On peut cependant admettre au vu des courriels produits et du travail de fond que la société doit accomplir pour développer ses produits que l'activité de la recourante est exercée à plein temps, a fortiori dès lors que la société ne compte pas d'autres employés que la recourante et M. D\_\_\_\_\_. Le caractère durable de l'activité, soit sur plus de neuf mois par année, peut également être admis. Ces éléments n'ont cependant guère de portée dans le cas

d'espèce. En effet, la recourante n'a réalisé aucun salaire pendant les années litigieuses, et ne s'est par conséquent pas acquittée à ce titre d'un montant correspondant à la cotisation minimale. Conformément aux dispositions légales et aux principes développés par la jurisprudence rappelés ci-dessus, cela suffit, eu égard à son statut dépendant, à l'assimiler du point de vue du droit des cotisations à une personne sans activité lucrative, dont les cotisations sont déterminées en fonction de sa condition sociale.

#### **E. 8.5**

Compte tenu de ce qui précède, les décisions de l'intimée doivent être confirmées, étant précisé que la quotité des cotisations et les éléments patrimoniaux pris en compte pour les fixer ne sont pas contestés.

#### **E. 9**

Le recours est rejeté. La recourante, qui succombe, n'a pas droit à des dépens. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2020). \*\*\*

A/1340/2020 - 18/18 - 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.