

# **GE\_GERICHTE ATAS/974/2011 vom 18. Oktober 2011**

GE Cour de justice, 2011-10-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_974\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_974_2011)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/974/2011 du 18 octobre 2011

IT: GE\_GERICHTE ATAS/974/2011 del 18 ottobre 2011

## **Regeste**

Résumé: En matière d'assurance-vieillesse et survivants, ne constitue ni un fait nouveau ni un moyen de preuve nouveau au sens de l'article 53 al. 1 LPGA, un jugement de la Chambre des prud'hommes - rendu postérieurement à la décision litigieuse de la caisse de compensation - qui qualifie une activité donnée comme étant une activité indépendante car tombant sous les règles du contrat de mandat, alors que la caisse avait procédé à une appréciation juridique différente. En effet, pour fonder son appréciation, la caisse disposait de tous les éléments pertinents concernant les caractéristiques de l'assuré et détenait toutes les pièces et témoignages utiles permettant de prouver ces faits. Ainsi, l'appréciation juridique de droit civil de la Chambre des prud'hommes n'est pas un motif de révision de la décision de la caisse.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

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**

La recevabilité du recours a déjà été admise par arrêt incident du 10 février 2011.

### **E. 4**

Le litige concerne le droit de la caisse de procéder à une révision, cas échéant une reconsidération de sa décision du 22 janvier 2007.

### **E. 5**

a) En vertu de l'art. 53 LPGA, les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux

A/57/2011 - 13/23 - moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant (al. 1er). L'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (al. 2). b) À teneur de l'art. 53 al. 1er LPGA, l'administration est tenue de procéder à la révision d'une décision entrée en force formelle lorsque sont découverts des faits nouveaux ou de nouveaux moyens de preuve, susceptibles de conduire à une appréciation juridique différente. La révision procédurale est soumise aux délais prévus par l'art. 67 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA), applicable par renvoi de l'art. 55 al. 1er LPGA, à savoir un délai relatif de nonante jours dès la découverte du motif de révision et un délai absolu de dix ans qui commence à courir avec la notification de la décision (ATF non publié du 3 août 2007, I 528/06 consid. 4.2 et les références). Sont «nouveaux», au sens de l'art. 137 let. b OJ, les faits qui se sont produits jusqu'au moment où, dans la procédure principale, des allégations de faits étaient encore recevables, mais qui n'étaient pas connus du requérant malgré toute sa diligence. En outre, les faits nouveaux doivent être importants, c'est-à-dire qu'ils doivent être de nature à modifier l'état de fait qui est à la base de l'arrêt entrepris et à conduire à un jugement différent en fonction d'une appréciation juridique correcte. Les preuves, quant à elles, doivent servir à prouver soit les faits nouveaux importants qui motivent la révision, soit des faits qui étaient certes connus lors de la procédure précédente, mais qui n'avaient pas pu être prouvés, au détriment du requérant. Si les nouveaux moyens sont destinés à prouver des faits allégués antérieurement, le requérant doit aussi démontrer qu'il ne pouvait pas les invoquer dans la précédente procédure. Une preuve est considérée comme concluante lorsqu'il faut admettre qu'elle aurait conduit le juge à statuer autrement s'il en avait eu connaissance dans la procédure principale. Ce qui est décisif, c'est que le moyen de preuve ne serve pas à l'appréciation des faits seulement, mais à l'établissement de ces derniers. Ainsi, il ne suffit pas qu'une nouvelle expertise donne une appréciation différente des faits; il faut bien plutôt des éléments de fait nouveaux, dont il résulte que les bases de la décision entreprise comportaient des défauts objectifs. Pour justifier la révision d'une décision, il ne suffit pas que l'expert tire ultérieurement, des faits connus au moment du jugement principal, d'autres conclusions que le tribunal. Il n'y a pas non plus motif à révision du seul fait que le tribunal paraît avoir mal interprété des faits connus déjà lors de la procédure principale. L'appréciation inexacte doit être, bien plutôt, la conséquence de l'ignorance ou de l'absence de preuve de faits essentiels pour le jugement (ATF 127 V 358 consid. 5b et les références). Ces notions, applicables à la révision des décisions rendues par les autorités judiciaires, le sont également lorsque l'administration est tenue de procéder à la révision d'une décision entrée en force formelle (cf. ATF 127 V 469 consid. 2c et les références; arrêt du 31 janvier 2006, cause I 8/05).

A/57/2011 - 14/23 - c) Selon l'art. 53 al. 2 LPGA, qui formalise un principe général du droit des assurances sociales, l'administration peut reconsidérer une décision ou une décision sur opposition formellement passée en force et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée quant au fond, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable (ATF 133 V 50 consid. 4.1). 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 (ATF non publiés du 14 mars 2008, 9C\_71/2008, consid. 2 et du 18 octobre 2007, 9C\_575/2007, consid. 2.2). Pour qu'une décision soit qualifiée de manifestation 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 (ATF non publié du 2 juillet 2008, 9C\_693/2007, consid. 5.3). Lorsque l'erreur manifeste n'est constatée qu'au stade de la procédure judiciaire, le tribunal peut confirmer par substitution de motifs la suppression de la rente, mais il doit alors informer préalablement l'assuré de la substitution de motifs pour respecter son droit d'être entendu (ATF 125 V 268; 128 V 272). La violation du droit d'être entendu ne doit entraîner l'annulation de la décision que dans la mesure où la reconsidération de la décision n'a jamais été évoquée et où, par conséquent, aucune des parties ne pouvait en supputer la pertinence (ATF 128 V 272 et les références citées). En règle générale, l'octroi illégal de prestations est réputé sans nul doute erroné (ATF 126 V 399 consid. 2b/bb et les références citées). Conformément à ce qui

A/57/2011 - 15/23 - vient d'être dit, cette règle doit toutefois être relativisée quand le motif de reconsidération réside dans les conditions matérielles du droit à la prestation, dont la fixation nécessite certaines démarches et éléments d'appréciation (évaluations, appréciations de preuves, questions en rapport avec ce qui peut être raisonnablement exigé de l'assuré). Si, par rapport à la situation de fait et de droit existant au moment de la décision entrée en force d'octroi de la prestation (ATF 125 V 383 consid. 3 et les références citées), le prononcé sur les conditions du droit apparaît soutenable, on ne saurait dans ce cas admettre le caractère sans nul doute erroné de la décision (ATF non publié du 2 juillet 2007, 9C\_215/2007, consid. 3.2). S'il faut se fonder sur la situation juridique existant au moment où la décision a été rendue, compte tenu de la pratique en vigueur à l'époque, une modification de pratique ne saurait faire apparaître l'ancienne comme sans nul doute erronée (ATF 125 V précité). De même, un changement de jurisprudence ne saurait en principe justifier une reconsidération (ATF 117 V 8 consid. 2c, 115 V 308 consid. 4a/cc).

## **E. 6**

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). 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;

A/57/2011 - 16/23 - e. les pourboires, s'ils représentent une part importante du salaire; 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;

## **E. 7**

a) 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 encouru 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 (ATF 123 V 162 consid. 1, 122 V 171 consid. 3a, 283 consid. 2a, 119 V 161 consid. 2 et les arrêts cités). b) 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 (RCC 1989 p. 111 consid. 5a, 1986 p. 651 consid. 4c, 1982 p. 178 consid. 2b). 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 (ATF 110 V 78 sv. consid. 4b). 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 (VSI 1996 p. 257 sv. consid. 3c). c) Le revenu d'une activité indépendante comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante (art. 9 al. 1 LAVS). Les indices caractéristiques d'une activité indépendante résident dans la mise en œuvre d'investissements d'une certaine importance, l'usage de ses propres locaux de travail

et l'engagement de son personnel (ATF 119 V 163 consid. 3b). Le risque particulier de l'entrepreneur découle du fait que, quel que soit le résultat de son activité, il doit supporter les coûts de son entreprise, en particulier les frais

A/57/2011 - 17/23 - généraux, pertes, risques d'encaissement et de ducroire (Greber/Duc/Scartazzini, Commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS], ad. art. 5 LAVS, n° 111 p. 181; Rudolf Rüedi, Die Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit, in: Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV, Referate der Tagung des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse vom 28. November 1997 in Luzern, Schaffhauser/Kieser (éd.), St. Gallen, 1998, p. 131 s.; cf. en outre ATF 123 V 162 s. consid. 1 et les références). d) 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 Tribunal Fédéral a retenu que la rémunération versée à une personne qui donne des cours dans un centre de formation, soit l'école club MIGROS, fait partie du salaire déterminant, la personne étant considérée comme salariée bien qu'elle soit affiliée en qualité d'indépendante à l'AVS. La rétribution touchée par celui qui donne régulièrement des cours dans une école, un centre de formation ou un centre de conférence fait aussi partie du salaire déterminant. Sont des indices déterminants dans ce sens le fait que l'enseignant ne participe pas aux investissements de l'organisateur du cours, qu'il ne supporte pas le risque d'encaissement et qu'il ne doit pas chercher lui-même des élèves. (ATFA du 16 décembre 1994, cause C.S, publié in VSI 4/1995, page 144). Les directives sur le salaire déterminant (DSD, état au 1er janvier 2011) précisent que ne font pas partie du salaire déterminant les rétributions pour des cours donnés occasionnellement (no 4014). f) Ces directives résument la jurisprudence ainsi: 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. Constituent notamment des indices révélant l'existence d'un risque économique d'entrepreneur le fait que l'assuré opère des investissements importants, encourt 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 (no 1014 et 1015).

A/57/2011 - 18/23 -

## **E. 8**

La jurisprudence considère comme intérêt digne de protection tout intérêt pratique ou juridique à demander la modification ou l'annulation de la décision attaquée que peut faire valoir une personne atteinte par cette décision. L'intérêt digne de protection consiste ainsi en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant ou, en d'autres termes, dans le fait d'éviter un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait (ATF 120 V 39 consid. 2b ; voir aussi ATF 121

II 174 consid. 2b). L'intérêt doit être direct et concret ; en particulier, la personne doit se trouver dans un rapport suffisamment étroit avec la décision, tel n'étant pas le cas de celui qui n'est atteint que de manière indirecte ou médiate (ATF 125 V 342 consid. 4a).

### **E. 9**

Dans le cas d'espèce, la décision sur opposition du 25 novembre 2010 indique d'une part que la révision est justifiée par l'existence d'un moyen de preuve nouveau, et d'autre part, à titre subsidiaire, que la reconsidération est possible car la décision initiale était erronée. S'agissant de la révision selon l'art. 53 al. 1 LPGA, la demande de la SSEC a été faite en temps utile le 9 février 2009, soit moins de 90 jours après la notification de l'arrêt de la Chambre des prud'hommes notifié le 6 octobre 2008, compte tenu de la suspension des délais du 18 décembre au 2 janvier selon la PA. Par contre, ledit arrêt ne constitue manifestement ni un fait nouveau, ni un moyen de preuve nouveau pour la requérante en révision, soit la SSEC. D'une part, aucun fait nouveau inconnu de la SSEC ne s'est produit dans le délai de 30 jours suite à la décision sur opposition et que la SSEC aurait découvert à réception de l'arrêt précité. D'autre part, aucun fait nouveau important ne s'est produit ultérieurement et les faits retenus par la juridiction des prud'hommes, connus de la SSEC, pouvaient fort bien être prouvés par celle-ci dans le cadre d'un recours devant le Tribunal cantonal des assurances sociales contre la décision sur opposition de la caisse. Pour qu'une révision ait lieu, il faut que le requérant (la SSEC) démontre qu'elle ne pouvait invoquer dans la précédente procédure les moyens de preuve - nouveaux- et ce à son détriment. Or, si l'arrêt de la juridiction des prud'hommes a certes été rendu après le délai de recours contre la décision de la caisse, il n'en demeure pas moins que la SSEC connaissait tous les faits pertinents concernant les caractéristiques de l'activité de l'assuré et détenait toutes les pièces et témoignages utiles permettant de prouver ces faits durant la procédure d'opposition. Ainsi, l'appréciation juridique de droit civil de la Chambre des prud'hommes n'est pas un motif de révision de la décision de reprise de la caisse.

### **E. 10**

S'agissant de la reconsidération au sens de l'art 53 al. 2 LPGA, il convient tout d'abord de déterminer le statut de l'assuré, pour décider si la décision initiale était manifestement erronée, sur la base des faits relevés par l'arrêt de la chambre des prud'hommes et ceux ressortant de l'instruction de la chambre des assurances sociales, en particulier les pièces et l'audition du témoin, rien ne permettant de douter des déclarations de celui-ci.

A/57/2011 - 19/23 - En préambule, il faut rappeler que la détermination de la réelle et commune volonté des parties quant à la conclusion d'un contrat de mandat ou de travail, telle qu'examinée du point de vue du droit civil par la juridiction des prud'hommes, ne lie pas la Chambre des assurances sociales. Il ne fait toutefois aucun doute que cette volonté concordante était que le recourant soit lié par un contrat de mandat et ait un statut d'indépendant. Cela ressort des pourparlers sur le montant du tarif pratiqué, que l'assuré voulait voir fixé à 80 fr./heure faisant état de ses charges d'indépendant, des contrats d'assurance-accident et perte de gain conclus à titre d'indépendant et du libellé de la facturation. C'est ainsi en vain que l'assuré prétend avoir insisté pour obtenir un contrat de travail, ce dont le témoin se serait souvenu et qu'il soutient qu'on l'aurait pratiquement contraint à accepter un tarif de 80 fr./heure après lui avoir proposé 100 fr./heure, ce que le témoin a clairement exclu. Il est aussi établi que la société n'aurait jamais admis un tarif horaire de 80fr./heure, s'il convenait d'y ajouter les charges sociales. Ainsi, l'activité salariée

dans le cadre des mesures cantonales était rémunérée à 26 fr./heure et les deux autres formateurs dont le salaire a été repris étaient payés entre 40 fr. et 45 fr./heure. Cela étant, cette volonté concordante n'est pas déterminante du point de vue de l'AVS. Par contre, certains éléments de fait retenus par la juridiction des prud'hommes sont pertinents. En premier lieu, il est établi que l'assuré et les autres formateurs auprès d'ID X\_\_\_\_\_ ne recevaient pas d'instruction sur la manière de dispenser les cours, quant au matériel et même au contenu des cours et qu'ils étaient assez libres dans l'organisation de leur travail. Seule la matière à enseigner était convenue et rediscutée en fonction du public de stagiaires. Cet élément est important mais il n'est pas déterminant, à lui seul, dès lors que tous les enseignants seraient alors indépendants et que le mandataire doit lui aussi suivre les instructions de son mandant, le Tribunal Fédéral ayant d'ailleurs eu l'occasion de se prononcer sur cette question. En deuxième lieu, le rapport de subordination entre ces formateurs et ID X\_\_\_\_\_ ou à la SSEC est délicat à déterminer. Le critère du travail effectué par le mandant sous sa propre responsabilité (mandant) ou sous celle de l'employeur (salarié) ne permet pas de trancher la question, car on discerne mal dans quel cas la responsabilité du formateur serait engagée. L'assuré ne mettait pas à proprement parler son temps à disposition de la société - à la différence de ce qu'il faisait dans le cadre des mesures cantonales, ce qui permettait alors à celle-ci de lui confier des activités administratives, en sus du suivi individuel des stagiaires - mais il lui rendait le service convenu, à savoir le séminaire prévu. La limite entre ces deux éléments est toutefois ténue, dès lors que l'assuré a régulièrement dispensé son cours durant 17 mois. Par contre, il est établi que l'assuré a toujours exécuté personnellement la tâche confiée. Cela n'exclut toutefois pas en soi l'exercice d'une activité indépendante.

A/57/2011 - 20/23 - En troisième lieu, le fait que les jours de cours soient convenus à l'avance, et qu'ils soient dispensés dans les locaux de la société, le cas échéant avec du matériel informatique ou de projection mis à disposition ne détermine pas le statut de salarié, dès lors que le conférencier qui donne une unique conférence à l'Université, en ce lieu et à une date fixée n'est pas pour autant salarié de celle-ci. En quatrième lieu, il est établi que ces formateurs, y compris l'assuré, n'avaient pas de garantie quant à la régularité des cours, ils étaient sollicités pour les donner un mois à l'avance et les cours n'étaient pas rémunérés s'ils étaient annulés. Ce fait est un des éléments typiques du statut d'indépendant, lié au risque financier de l'entrepreneur, mais il n'est pas suffisant pour admettre ce statut. Cela est d'autant plus vrai pour l'assuré, qui, sans avoir de garantie quant aux nombres de cours, a néanmoins très régulièrement donné des séminaires, chaque mois, en tout cas de novembre 2004 à mars 2005, voire mars 2006, pour un nombre d'heures oscillant entre 28 et 56, calculés sur la base du taux horaire de 80fr. Il réalisait donc un revenu régulier et relativement stable et cette collaboration régulière est un des critères importants de l'activité dépendante. En cinquième lieu, la situation des divers formateurs diffère sensiblement du point de vue des critères du risque financier, de l'investissement et de l'engagement de son propre personnel, ainsi que de la dépendance financière. Le genre d'activité déployée, à l'instar de celle de conseil, ne nécessite pas en soi d'investissements importants : un ordinateur, une clef USB, un téléphone, quelques manuels didactiques et un bloc note suffisent pour préparer et dispenser des cours. Le Tribunal fédéral a toutefois admis qu'un investissement limité est compatible avec une activité dépendante. L'assuré n'a pas loué de locaux pour l'exercice de cette activité et il n'a pas engagé de personnel. Tel est manifestement le cas de sociétés telles que Démarche Eduqua, certifiée du label du même nom, qui est une société coopérative active dans plusieurs domaines, dont la formation, qui

a du personnel, des locaux commerciaux, soit des charges fixes qu'elle doit assumer même en l'absence de mandats d'ID X\_\_\_\_\_ et qui n'a offert ses services que deux fois par an en juin et décembre 2004 et 2005, le montant facturé étant variable. Cette société a donc d'autres clients, ne dépend pas d'une seule entreprise et assume pleinement le risque financier de l'entrepreneur. L'entreprise Y\_\_\_\_\_ Ressources fournit des prestations suffisamment variables en importance pour admettre qu'elle a du personnel, et qu'en conséquence, la tâche confiée n'est pas exécutée personnellement. Il s'avère de plus que la fréquence et l'importance des cours donnés sont assez variables d'un enseignant à l'autre. Certains sont régulièrement sollicités, mais pour de petites prestations. D'autres le sont irrégulièrement et pour des mandats d'importance très variable, ce qui implique qu'ils ont donc d'autres clients et qu'il n'y a pas de régularité dans la collaboration. A l'inverse, l'assuré tire un revenu régulier de cette activité, qu'il exerce chaque mois, et il n'a pas d'autres clients, de

A/57/2011 - 21/23 - sorte que le critère de la dépendance, déterminant à défaut d'investissements élevés, est réalisé. En effet, si l'assuré perd son mandat pour ID X\_\_\_\_\_, il se retrouve dans la situation d'un salarié qui perd son emploi. Ces distinctions peuvent d'ailleurs déterminer des activités dépendantes et indépendantes au profit d'une seule entreprise pour des personnes qui exercent toutefois le même métier. C'est ainsi sans surprise que les sociétés et autres formateurs ont un statut incontesté d'indépendant eu égard à l'irrégularité de la collaboration, au risque économique de l'entrepreneur encouru et à l'absence de dépendance. Le fait que l'assuré ait déployé, par le passé ou durant la même période, une autre activité indépendante dans le domaine de l'assurance est sans conséquence, le Tribunal fédéral ayant confirmé qu'un assuré peut fort bien avoir les deux statuts. De même, le fait que la SSEC ait exclu de salarier les formateurs n'est pas déterminant, la protection des droits des travailleurs salariés à l'égard de l'AVS devant être garantie si les conditions d'une activité dépendante sont réunies.

#### **E. 11**

Ainsi, force est de constater, à l'issue de la longue instruction menée par la Cour, que l'on ne peut pas soutenir que le statut de salarié ou d'indépendant de l'assuré était clair au point de ne faire aucun doute lors de la décision initiale. Ainsi, une reconsidération est exclue si le statut d'indépendant est retenu en raison d'une nouvelle appréciation des faits, après un examen plus approfondi de la situation, alors que la décision de reprise du revenu qualifié de salarié paraît admissible compte tenu de la situation de fait, telle quelle était appréciée lors de la décision initiale. En l'espèce, il s'avère que la caisse a effectué les reprises de salaire sans procéder à aucune investigation concernant les éléments de fait permettant d'établir si les critères du revenu de dépendant étaient réunis. Elle s'est fondée sur l'absence d'affiliation à une caisse AVS en tant qu'indépendant de trois formateurs pour déterminer que le revenu réalisé relevait du salaire. Ce faisant, elle a néanmoins procédé à une appréciation du cas, au demeurant confirmée sur opposition de la SSEC, et une appréciation différente fondée sur les faits relevés par l'arrêt de la chambre d'appel des prud'hommes ne permettait pas à la caisse de procéder à une reconsidération. Ainsi, la décision de reconsidération du 17 juin 2009 doit être annulée, dès lors que la décision initiale n'est pas manifestement infondée.

#### **E. 12**

L'assuré a clairement indiqué par courrier du 4 juillet 2006 que la décision initiale de la caisse du 28 juin 2006 - considérant les montants versés dès janvier 2005 comme du salaire - lui permettrait de s'inscrire au chômage. C'est dans ce but d'ailleurs qu'il a insisté pour que les salaires versés en 2006 fassent aussi l'objet d'une reprise tout en affirmant que les montants perçus en 2004 étaient, eux, des revenus d'indépendant, alors que l'activité était strictement identique et de même intensité de novembre 2004 à mars 2006. A cet égard, les explications alambiquées de l'assuré sur son intérêt à maintenir son recours, malgré la prescription de la

A/57/2011 - 22/23 - créance de la caisse à l'égard de la SSEC, sont incompréhensibles, alors que cet intérêt existe. Toutefois, et compte tenu de l'issue de la procédure, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question plus avant, ni de trancher la violation du droit d'être entendu invoquée par l'assuré, lorsque la caisse a justifié sa décision sur la base d'une reconsidération au lieu d'une révision, sans lui donner l'occasion de s'exprimer. De plus, l'examen de la bonne foi de l'assuré lors des pourparlers contractuels, du cumul entre mesure cantonale et mandat auprès de la même entité, du cumul des fonctions de directrice d'ID X\_\_\_\_\_ et d'associée gérante de Y\_\_\_\_\_ ressources Sàrl de mars 2005 à mars 2006, société ayant obtenu des mandats pour plus de 125'000 fr. en 2005 sur un total annuel de 216'000 fr. pour la formation des stagiaires, n'est pas de la compétence de la Cour de céans.

### **E. 13**

Le recours est donc admis, la décision du 25 novembre 2010 est annulée et le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à une indemnité de procédure limitée à 2'500 fr.

A/57/2011 - 23/23 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant Au fond :

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