

# GE\_GERICHTE A/2288/2017 vom 16. August 2018

GE Cour de justice, 2018-08-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_2288\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2288_2017)

FR: GE\_GERICHTE A/2288/2017 du 16 août 2018

IT: GE\_GERICHTE A/2288/2017 del 16 agosto 2018

## Erwägungen

### E. 2

ème Chambre En la cause A\_\_\_\_\_ SA, sise à GENÈVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Philippe JACQUEMOUD recourante contre CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FÉDÉRATION DES ENTREPRISES ROMANDES FER CIAM 106.1, sise rue de Saint-Jean 98, GENÈVE intimée et Monsieur B\_\_\_\_\_, domicilié à GENÈVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Sébastien DESFAYES appelé en cause EN FAIT 1. A\_\_\_\_\_ SA (ci-après : A\_\_\_\_\_ ou la recourante) est une société anonyme ayant pour but la gestion de fortune et le conseil financier. Elle a son siège à Genève. Elle a été inscrite au Registre du commerce le 12 juillet 2012. 2. Par un contrat de travail du 26 septembre 2012, A\_\_\_\_\_ a engagé Monsieur B\_\_\_\_\_ comme analyste en valeurs mobilières à 100 % pour un salaire annuel brut de CHF 66'000.- dès le 1 er octobre 2012 pour une durée indéterminée. M. B\_\_\_\_\_ était par ailleurs actionnaire d'A\_\_\_\_\_ et en a été administrateur, avec signature collective à deux, du 29 avril 2013 au 7 janvier 2015. A\_\_\_\_\_ s'est acquittée depuis lors régulièrement du paiement des cotisations sociales dues sur le salaire de M. B\_\_\_\_\_. 3. Le 28 février 2013, A\_\_\_\_\_ et Madame C\_\_\_\_\_ ont conclu un contrat dénommé « Business Provider Agreement », aux termes duquel cette dernière, agissant pour le compte de tiers comme « Representative Agent », mandatait A\_\_\_\_\_ pour la fourniture de services financiers, consistant en la négociation de prix relatifs à des transactions financières de taille de marché primaire ou secondaire. Pour la fourniture desdits services, A\_\_\_\_\_ percevrait des honoraires sous la forme de commissions versées par les tiers, honoraires sur lesquels elle verserait au cas par cas des rétro-commissions à Mme C\_\_\_\_\_. A\_\_\_\_\_ a effectué un seul versement de rétro-commissions à Mme C\_\_\_\_\_, soit le 25 mars 2013 pour un montant de CHF 3'415.- (EUR 2'765.18). A\_\_\_\_\_ a résilié ce contrat « Business Provider Agreement » avec effet immédiat par courrier du 4 novembre 2013, sans qu'il n'apparaisse que Mme C\_\_\_\_\_ ait effectué d'autres prestations que celle pour laquelle elle a perçu la rétro-commission précitée. 4. Par une convention d'accord du 30 décembre 2014, A\_\_\_\_\_ et M. B\_\_\_\_\_ ont formalisé les conditions de sortie de ce dernier de A\_\_\_\_\_. À teneur de ladite convention, la fin des rapports de travail de M. B\_\_\_\_\_ pour A\_\_\_\_\_ était fixée au 31 octobre 2014, étant précisé qu'un montant brut de CHF 17'803.50 était versé à M. B\_\_\_\_\_, sous déduction des charges sociales ; M. B\_\_\_\_\_ vendait à D\_\_\_\_\_ SA les 404 actions nominatives liées qu'il détenait pour CHF 298'848.86, étant précisé que la signature de la convention d'accord constituait une condition du contrat de vente desdites actions ; et A\_\_\_\_\_ s'engageait, avec effet au 1 er novembre 2014 et pour une durée de trois ans (soit jusqu'au 31 octobre 2017), à verser à M. B\_\_\_\_\_ des commissions selon des modalités et à des conditions variant selon les clients énumérés dans des annexes à ladite convention d'accord, étant précisé qu'aucune charge de quelque type ne pourrait être déduite desdites

commissions. [endif]>[if> 5. A\_\_\_\_\_ a effectué quatre versements en faveur de M. B\_\_\_\_\_, à savoir CHF 46'577.33 en juin 2015, CHF 75'773.84 en août 2015, CHF 53'851.53 en décembre 2015 et CHF 27'489.17 en janvier 2016, soit au total CHF 203'691.87.[endif]>[if> 6. Dès son départ d'A\_\_\_\_\_ le 30 décembre 2014 (plus précisément dès le 2 janvier 2015), M. B\_\_\_\_\_ a travaillé à plein temps chez E\_\_\_\_\_ à Genève comme senior advisor. [endif]>[if> 7. En date du 17 août 2016, la caisse interprofessionnelle AVS de la fédération des entreprises romandes – FER CIAM 106.1 (ci-après : FER CIAM ou l'intimée) a effectué auprès d'A\_\_\_\_\_ un contrôle des déclarations de salaire pour la période du 12 juillet 2012 au 31 décembre 2015, contrôle dans le cadre duquel elle a demandé des explications à M. F\_\_\_\_\_, administrateur avec signature individuelle d'A\_\_\_\_\_. [endif]>[if> 8. Par décision du 20 septembre 2016, la FER CIAM a mis à la charge d'A\_\_\_\_\_ un décompte rectificatif de reprise de cotisations sociales de CHF 30'700.50, soit de CHF 504.90 s'agissant des cotisations afférentes à la rémunération précitée versée à Mme C\_\_\_\_\_ et de CHF 30'195.50 s'agissant des cotisations afférentes aux rémunérations précitées versées à M. B\_\_\_\_\_, y compris les contributions aux frais d'administration. Des intérêts moratoires à hauteur de CHF 1'159.10 étaient en outre réclamés, à teneur d'un décompte de la même date. [endif]>[if> 9. Par recommandé du 20 octobre 2016, A\_\_\_\_\_ a formé opposition à ces décisions du contrôle d'employeur AVS et d'intérêts moratoires. [endif]>[if> Mme C\_\_\_\_\_ n'avait jamais travaillé pour A\_\_\_\_\_, mais avait mandaté cette dernière pour la fourniture de services financiers aux clients qu'elle représentait. Elle n'avait jamais été liée à A\_\_\_\_\_ par une relation de dépendance. L'unique rétro-commission qu'elle avait perçue d'A\_\_\_\_\_ ne constituait pas un salaire sur lequel cette dernière aurait dû s'acquitter de cotisations sociales. M. B\_\_\_\_\_ n'avait quant à lui été salarié d'A\_\_\_\_\_ que jusqu'au 31 octobre 2014, date après laquelle il n'avait plus été lié à A\_\_\_\_\_ par un quelconque rapport de subordination, d'un point de vue tant de l'organisation de son travail qu'économique. Il ne s'était plus trouvé physiquement dans les locaux d'A\_\_\_\_\_, n'avait plus été soumis à des horaires de travail, n'avait plus reçu de directives de la part d'A\_\_\_\_\_, n'avait plus représenté cette dernière, et avait même travaillé pour une autre société. Il avait supporté un risque économique analogue à celui d'un entrepreneur. La nature et le contenu de son activité avaient drastiquement changé par rapport à l'activité qu'il avait exercée jusqu'au 31 octobre 2014 comme courtier ou analyste en valeurs mobilières. Les commissions qui lui avaient été versées pour 2015 ne constituaient pas un salaire sur lequel A\_\_\_\_\_ aurait dû s'acquitter de cotisations sociales. A\_\_\_\_\_ n'était pas dans l'obligation de contrôler si M. B\_\_\_\_\_ s'était réaffilié auprès d'une caisse de compensation après son départ de la société, ni si Mme C\_\_\_\_\_ était affiliée à une caisse de compensation. 10. Par décision sur opposition du 11 avril 2017, la FER CIAM a rejeté cette opposition et confirmé les décisions initiales précitées du 20 septembre 2016. Au moment de contracter avec Mme C\_\_\_\_\_ et M. B\_\_\_\_\_, A\_\_\_\_\_ aurait dû vérifier le statut de ces derniers au niveau de la sécurité sociale, au besoin en prenant contact avec les institutions compétentes en la matière, sans se contenter de l'apparence donnée ou d'une simple clause contractuelle, mais en exigeant desdits co-contractants des attestations d'indépendance en bonne et due forme. [endif]>[if> A\_\_\_\_\_ n'avait pas pu apporter la preuve que Mme C\_\_\_\_\_ ou M. B\_\_\_\_\_ étaient affiliés comme indépendants. La nature de leur activité ne permettait pas de conclure à l'existence d'une activité indépendante. Mme C\_\_\_\_\_ apparaissait comme un apporteur d'affaires, considéré généralement comme exerçant une activité dépendante. Quant aux

commissions versées à M. B\_\_\_\_\_, elles étaient toujours en relation avec les rapports de travail ayant préexisté jusqu'au 31 octobre 2014, soit avec les clients qu'il avait apportés à A\_\_\_\_\_ dans le cadre de son travail salarié. A\_\_\_\_\_ était habilitée à réclamer à Mme C\_\_\_\_\_ et à M. B\_\_\_\_\_ la part employé des cotisations paritaires réclamées, mais cette réclamation relevait de la justice civile. L'opposition avait un effet suspensif, mais les intérêts moratoires continuaient de courir jusqu'au jour du paiement. 11. Par acte du 23 mai 2017, A\_\_\_\_\_ a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS), en concluant à son annulation, et à ce qu'il soit dit qu'elle ne devait s'acquitter de cotisations AVS ni pour Mme C\_\_\_\_\_ ni pour M. B\_\_\_\_\_, sous suite de frais et dépens. [endif]> [if> Il n'y avait ni pour Mme C\_\_\_\_\_ ni pour M. B\_\_\_\_\_ de rapport de travail dépendant au sens de la législation sur l'assurance-vieillesse et survivants. Dans le cas de Mme C\_\_\_\_\_, c'était cette dernière qui avait enrôlé A\_\_\_\_\_, en agissant à titre d'indépendante en vertu d'un contrat de mandat, sans avoir reçu de directives de la part d'A\_\_\_\_\_, sans jamais avoir dû rendre de comptes à cette dernière. Si un rapport de dépendance devait être connu, il viserait la relation entre Mme C\_\_\_\_\_ et les tiers qu'elle représentait, tiers auxquels il appartiendrait le cas échéant de s'acquitter de ses cotisations sociales. Les rapports de travail entre M. B\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_ avaient pris fin le 31 octobre 2014. À partir de ce moment-là, plus aucun rapport de subordination n'avait existé entre les deux parties, tant d'un point de vue de l'organisation du travail que d'un point de vue économique. C'était faire fausse route que de considérer que les commissions versées à M. B\_\_\_\_\_ l'avaient été en relation avec les rapports de travail ayant préexisté jusqu'au 31 octobre 2014. Ces commissions trouvaient leur fondement dans la convention d'accord du 30 décembre 2014, et elles concernaient de futurs clients apportés à A\_\_\_\_\_ par M. B\_\_\_\_\_. Elles représentaient une juste compensation pour la mise à la disposition d'A\_\_\_\_\_ du réseau professionnel de M. B\_\_\_\_\_ alors déjà au bénéfice d'un nouveau contrat de travail auprès d'un autre employeur, et de l'exploitation dudit réseau par A\_\_\_\_\_, sans qu'aucune relation de dépendance, structurelle, économique ou autre, ne puisse être déduite de cette pure relation de « service ». A\_\_\_\_\_ n'avait eu aucune obligation légale de contrôler l'assujettissement de ses deux co-contractants précités. 12. Par mémoire du 22 juin 2017, la FER CIAM a conclu au rejet du recours d'A\_\_\_\_\_. [endif]> [if> À teneur du contrat la liant à A\_\_\_\_\_, Mme C\_\_\_\_\_ avait ses propres clients qu'elle représentait et pour lesquels elle cherchait des conseils en placement, notamment auprès d'A\_\_\_\_\_, activité pour laquelle elle devait percevoir au cas par cas des rétro-commissions sur les commissions encaissées par A\_\_\_\_\_, ainsi que cela avait été finalement le cas une fois. Elle devait être considérée comme un apporteur d'affaires, soit une personne exerçant une activité dépendante au regard du droit de l'AVS, dans la mesure où il n'avait pas été démontré qu'elle avait sa propre structure professionnelle (disposé de ses propres locaux professionnels, engagé du personnel et supporté les frais liés à son activité). Quant à M. B\_\_\_\_\_, après avoir été employé d'A\_\_\_\_\_, il avait encore droit à des commissions, soit des rétrocessions sur commissions versées par des banques, en vertu du contrat du 30 décembre 2014 valable jusqu'au 31 octobre 2017, étant précisé qu'un contrat d'« Escrow Agent » avait été conclu dans le but de lui en garantir le paiement, une somme de CHF 150'000.- ayant été versée en dépôt à cette fin. Les commissions facturées par M. B\_\_\_\_\_ étaient étroitement liées à son contrat de travail s'étant terminé en octobre 2014 et devaient être considérées comme provenant d'une activité dépendante ; il s'agissait en fait d'un salaire se rapportant encore à la période où il avait été salarié d'A\_\_\_\_\_. 13. Par réplique du 2 août 2017, A\_\_\_\_\_ a

persisté dans les termes et conclusions de son recours. La FER CIAM n'indiquait pas les bases légales sur lesquelles elle s'appuyait pour requalifier en salaire déterminant au sens de l'AVS les rétro-commissions, respectivement commissions versées à Mme C\_\_\_\_\_ et à M. B\_\_\_\_\_.

Le fait que le contrat d'apport d'affaires du 28 février 2013 entre A\_\_\_\_\_ et Mme C\_\_\_\_\_ avait été conclu pour une durée indéterminée était sans incidence sur la qualification de la rémunération convenue, le critère déterminant étant celui de la dépendance ou de l'indépendance dans la relation de travail. Mme C\_\_\_\_\_ n'avait jamais été dépendante d'A\_\_\_\_\_, car il n'y avait jamais eu entre elles de lien de subordination et Mme C\_\_\_\_\_ avait toujours utilisé ses propres locaux et sa propre infrastructure et supporté seule le risque économique de son activité. Il était très ardu de démontrer l'inexistence d'un rapport de dépendance, d'autant plus que Mme C\_\_\_\_\_ était aujourd'hui injoignable et que des justificatifs écrits ne pouvaient être fournis en complément à ceux qui l'avaient déjà été. La convention d'accord du 30 décembre 2014 conclue entre A\_\_\_\_\_ et M. B\_\_\_\_\_ devait être comprise comme un pur contrat de courtage s'agissant de la partie portant sur les commissions d'apport d'affaires, conformément à l'intention des parties et à l'économie réelle dudit contrat. La rémunération de M. B\_\_\_\_\_ prévue par cette convention ne se rapportait pas à la période durant laquelle il avait été salarié d'A\_\_\_\_\_. Il ne s'agissait pas d'une indemnité de licenciement (une telle indemnité brute de CHF 17'803.50 ayant été touchée à ce titre par M. B\_\_\_\_\_), ni d'un éventuel bonus subséquent ou d'une autre rémunération relative aux anciens rapports de travail, mais bien de pures commissions de courtage versées sur la base d'une nouvelle relation contractuelle née dès le 1<sup>er</sup> novembre 2014. Le compte de séquestre prévu par la convention précitée n'était pas un moyen de garantir un éventuel salaire ou salaire déguisé, mais constituait uniquement une garantie en cas de non-versement des futures commissions de courtage dues par A\_\_\_\_\_ à M. B\_\_\_\_\_. Preuve en était que la somme de CHF 150'000.- était toujours présente sur ledit compte séquestre, qui n'avait pas été activé du fait que les commissions de courtage dues avaient été versées à M. B\_\_\_\_\_, calculées sur la base du montant total des investissements réalisés par les clients que celui-ci avait présentés à A\_\_\_\_\_.

14. Par duplique du 28 août 2017, la FER CIAM a maintenu les termes de sa décision sur opposition et de sa réponse au recours.

Concernant le cas de M. B\_\_\_\_\_, il était improbable, au regard de la convention d'accord du 30 décembre 2014, que les commissions versées aient concerné de nouveaux clients apportés par M. B\_\_\_\_\_ à A\_\_\_\_\_. Mais, même si c'était le cas, elles auraient été versées à une personne physique qui ne disposait pas de sa propre structure professionnelle, si bien que M. B\_\_\_\_\_ devait être assimilé, comme apporteur d'affaires, à un représentant ou agent d'A\_\_\_\_\_, conformément aux chiffres 4020 ss des directives de l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après : OFAS) sur le salaire déterminant AVS (ci-après : DSD). M. B\_\_\_\_\_ avait rapidement repris un autre travail salarié en 2015, activité salariée en parallèle de laquelle il n'avait pas exercé d'activité indépendante.

15. Le 14 septembre 2017, A\_\_\_\_\_ a indiqué n'avoir pas d'observations à présenter suite à la duplique de la FER CIAM.

16. Le 21 novembre 2017, la CJCAS a procédé à la comparution personnelle des parties et à l'audition comme témoin de M. B\_\_\_\_\_. a. Selon ses déclarations, M. B\_\_\_\_\_ avait travaillé à plein temps comme senior advisor chez E\_\_\_\_\_ dès le 2 janvier 2015, sans plus fournir de travail pour A\_\_\_\_\_ sous quelque forme que ce soit. La convention d'accord du 30 décembre 2014 avait porté sur trois volets, soit la vente de ses actions d'A\_\_\_\_\_ à D\_\_\_\_\_ SA, la fin de ses rapports de travail avec A\_\_\_\_\_ et le versement de commissions. Ces dernières représentaient un complément du

prix de vente de ses actions ; elles n'étaient dues que pour des clients qu'il avait antérieurement amenés à A\_\_\_\_\_ comme administrateur et actionnaire (et non comme salarié) et qui continueraient à produire des commissions pour A\_\_\_\_\_ au-delà de son départ de cette dernière, jusqu'au 31 octobre 2017 au plus tard, sans que lui-même ne fournisse une quelconque prestation à cette fin. Il n'avait jamais été un indépendant, mais un salarié d'abord de A\_\_\_\_\_ puis de E\_\_\_\_\_ ; il n'avait pas de cotisation à payer sur le complément de capital que représentaient les commissions qu'il avait perçues en exécution de la clause précitée. L'exclusion d'une déduction pour quelque type de charges que prévoyait la convention d'accord précitée sur lesdites commissions ne sous-entendait pas que des charges sociales seraient dues sur ces dernières mais assumées intégralement par A\_\_\_\_\_. Pour que des commissions lui soient dues dès janvier 2015, il fallait que A\_\_\_\_\_ déploie des activités en faveur des clients considérés, en contrepartie desquelles ceux-ci verseraient des commissions à A\_\_\_\_\_, mais sans que lui-même n'ait de prise sur cette question. Les factures qu'il avait établies pour ces commissions, dues trimestriellement, avaient été établies sur la base des fichiers Excel que A\_\_\_\_\_ lui communiquait mensuellement, lui permettant d'avoir le suivi de la fidélité de ses anciens clients. Sur le plan fiscal, il avait déclaré ces commissions comme un gain en capital, et non comme un revenu. M. B\_\_\_\_\_, ayant été actionnaire et administrateur de A\_\_\_\_\_ du 29 avril 2013 au 30 décembre 2014, n'était pas au courant d'un contrat passé le 28 février 2013 entre A\_\_\_\_\_ et Mme C\_\_\_\_\_. b. Pour la FER CIAM, les commissions versées à M. B\_\_\_\_\_ ne faisaient pas partie du prix de vente des actions, mais représentaient un revenu de dépendant s'inscrivant dans le prolongement de son travail antérieur pour A\_\_\_\_\_. D'après A\_\_\_\_\_, lesdites commissions n'avaient aucun lien avec des prestations fournies antérieurement par M. B\_\_\_\_\_ en tant qu'employé pour A\_\_\_\_\_, mais étaient liées à des opérations réalisées par A\_\_\_\_\_ après le départ de M. B\_\_\_\_\_ et sans intervention de ce dernier. Elles ne représentaient pas un complément au prix de vente des actions, ni un complément de salaire, mais avaient été considérées par A\_\_\_\_\_ comme des commissions dues à un apporteur d'affaires sans lien avec un travail précédemment réalisé par M. B\_\_\_\_\_ si ce n'est que les opérations y donnant lieu étaient réalisées avec des clients amenés anciennement par M. B\_\_\_\_\_. Ce dernier a alors démenti avoir eu la qualité d'apporteur d'affaires, ni avant ni après le 1<sup>er</sup> janvier 2015 ; il n'avait eu aucun contrat de « business introducer » (comme celui passé avec Mme C\_\_\_\_\_, lui ayant été montré lors de l'audience) ; il n'avait perçu aucune commission en 2014. c. Les parties ont déclaré persister dans les termes et conclusions respectivement de leurs décisions, recours et écritures. 17. Par courrier du 22 novembre 2017, envoyé de sa propre initiative, M. B\_\_\_\_\_ a produit un courriel de A\_\_\_\_\_ du 27 mai 2015 lui demandant de faire référence, sur ses factures (à comprendre comme des montants dus ou à payer), à la convention d'accord du 30 décembre 2014, ce qui démontrait que les commissions considérées étaient dues par A\_\_\_\_\_ en exécution de cette convention, en lien avant tout avec la vente de ses actions ; détenant une minorité de blocage au sein de A\_\_\_\_\_, il n'aurait pas vendu ses actions si le versement des commissions considérées n'avait pas été prévu. Comme cela résultait de son bulletin de salaire de A\_\_\_\_\_ de décembre 2014, il avait eu droit à deux mois de préavis (novembre et décembre 2014), qui lui avaient été payés, même s'il avait vendu ses actions et accepté de démissionner avec effet rétroactif au 31 octobre 2014 afin de faire coïncider la fin de son actionnariat avec celle de son contrat de travail. 18. Le 29 novembre 2017, A\_\_\_\_\_ a indiqué n'avoir pas d'observations à formuler suite à l'envoi de ce courrier de M. B\_\_\_\_\_. 19.

Par écriture du 1<sup>er</sup> décembre 2017, la FER CIAM a maintenu sa position consistant à considérer les commissions versées à M. B\_\_\_\_\_ par A\_\_\_\_\_ comme faisant partie du salaire déterminant AVS. La convention d'accord du 30 décembre 2014 mentionnait trois éléments différents, à savoir le versement d'une indemnité de départ de CHF 17'803.50 (ayant été correctement déclarée à l'AVS), la vente des actions de M. B\_\_\_\_\_ contre paiement de CHF 298'848.86 (prix dont un contrat d'acquisition constituant l'annexe 3 à ladite convention d'accord prévoyait qu'il serait payé par l'acheteur, soit D\_\_\_\_\_ SA, paiement intervenu en janvier 2015, ainsi que M. B\_\_\_\_\_ l'avait déclaré), et le versement de commissions, se rapportant à des affaires conclues avec de la clientèle apportée par M. B\_\_\_\_\_. Ces commissions étaient toujours en lien avec les rapports de travail ; elles ne constituaient pas un complément au prix de vente des actions (expressément fixé dans le contrat d'acquisition), comme A\_\_\_\_\_ l'avait aussi déclaré tout en estimant qu'elles ne faisaient pas non plus partie du salaire de M. B\_\_\_\_\_ mais constituaient des commissions d'apport d'affaires. De telles commissions étaient considérées de façon générale comme provenant d'une activité dépendante. En l'occurrence, elles se référaient à l'activité que M. B\_\_\_\_\_ avait déployée comme salarié de A\_\_\_\_\_ en 2014 (puisque, depuis janvier 2015, il n'avait plus fourni aucun travail pour A\_\_\_\_\_ ni apporté de client à cette dernière), et devaient être imputées sur sa dernière année de travail pour A\_\_\_\_\_ (soit 2014). M. B\_\_\_\_\_ étant directement concerné par l'issue du recours, la question de son appel en cause était laissée à l'appréciation de la CJCAS. !]>![> 20. Dans des observations du 15 décembre 2017, A\_\_\_\_\_ a objecté que les commissions versées à M. B\_\_\_\_\_ n'étaient aucunement en lien avec l'activité que celui-ci avait déployée comme salarié, à savoir comme analyste en valeurs mobilières (à teneur même de son contrat de travail). C'était dans sa position d'administrateur/actionnaire de A\_\_\_\_\_ que M. B\_\_\_\_\_ avait apporté des clients à A\_\_\_\_\_, activité de développement de la clientèle pour laquelle la directive interne de A\_\_\_\_\_ prévoyait, s'agissant d'actionnaires, la perception de commissions et que, selon le volet III de la convention d'accord du 30 décembre 2014, il pouvait continuer à exercer sans plus être employé de A\_\_\_\_\_. Les commissions versées à M. B\_\_\_\_\_ postérieurement à la résiliation de son contrat de travail l'avaient été sur des opérations réalisées exclusivement grâce au travail de A\_\_\_\_\_, mais liées à l'activité d'apporteur d'affaires de M. B\_\_\_\_\_. Elles ne pouvaient être qualifiées de salaire ; elles représentaient un revenu d'une activité indépendante. A\_\_\_\_\_ n'avait aucune obligation de vérifier si M. B\_\_\_\_\_, après la résiliation de ses rapports de travail, s'était affilié comme indépendant auprès de l'AVS. !]>![> 21. Par ordonnance du 15 février 2018, la CJCAS a appelé en cause M. B\_\_\_\_\_, lui a communiqué une copie intégrale du dossier de la procédure et l'a invité à présenter une détermination écrite sur cette cause, fournir toutes pièces utiles et proposer d'éventuels moyens de preuve complémentaires. !]>![> 22. Par mémoire du 9 avril 2018, M. B\_\_\_\_\_, désormais représenté par un avocat, a conclu que les commissions considérées lui ayant été versées en 2015 représentaient un prix de vente complémentaire de ses actions de A\_\_\_\_\_, donc un gain en capital, sur lequel aucune cotisation sociale ne devait être perçue. !]>![> Ayant été employé de A\_\_\_\_\_ dès le début de l'activité de cette dernière, dont il avait été l'un des actionnaires initiaux et membre du conseil d'administration, il avait eu, comme « Managing Partner » (ainsi qu'il signalait ses courriels), une activité professionnelle dépassant largement celle d'un analyste financier, comprenant celle de démarcher les clients pour la société et de leur donner des conseils en matière financière. Son salaire annuel brut, fixé initialement à CHF 66'000.- de manière conservatoire, avait passé à CHF 136'400.- en 2013 et à

CHF 188'334.- en 2014. La clientèle d'une telle société en constituait le seul véritable élément d'actif ; la valeur des actions de la société avait augmenté au fil du développement de la clientèle. À la suite de différends entre les actionnaires, le départ de M. B\_\_\_\_\_ était devenu inéluctable ; les négociations, qui avaient buté sur la valorisation de ses 404 actions, avaient abouti à la fixation d'un montant de CHF 298'848.86, auquel s'ajouterait, sous le nom de « commissions », un complément de prix de vente étalé sur une période de trois ans et à calculer sur le chiffre d'affaires qui serait dégagé par la clientèle qu'il avait développée dans la société. Après la signature de la convention d'accord du 30 décembre 2014, il avait immédiatement rejoint comme employé E\_\_\_\_\_ SA, sans plus fournir la moindre activité pour A\_\_\_\_\_ (il était d'ailleurs désormais tenu par une obligation de non-concurrence). Lesdites commissions ne visaient pas à rémunérer un apport futur d'affaires, et il n'avait jamais été conclu entre A\_\_\_\_\_ et lui un contrat d'apporteur d'affaires (contrairement à ce qui avait été le cas pour Mme C\_\_\_\_\_). 23. Dans des observations du 3 mai 2018, la FER CIAM a indiqué maintenir sa position précédemment exprimée. Le fait que M. B\_\_\_\_\_ démarchait les clients pour la société et leur donnait des conseils en matière financière était un argument venant en renfort d'une qualification des commissions considérées comme un salaire déterminant AVS. Ces dernières étaient mentionnées à l'art. III de la convention d'accord du 30 décembre 2014 réglant le départ de M. B\_\_\_\_\_ de la société ; ce dernier avait confirmé, lors de son audition, qu'elles se rapportaient à sa base de clientèle développée avec son équipe de collaborateurs alors qu'il était salarié et administrateur de A\_\_\_\_\_. Un simple accord, en marge de ladite convention d'accord (qui ne le prévoyait pas), qu'elles devaient constituer un complément au prix de vente convenu des actions ne serait pas pertinent en droit AVS pour la qualification de ce revenu. Étant en lien avec l'activité exercée pour A\_\_\_\_\_ jusqu'au 31 décembre 2014, ces commissions faisaient partie du salaire déterminant AVS soumis à cotisations sociales paritaires. 24. Dans des observations du 8 mai 2018, A\_\_\_\_\_ a indiqué que les rétro-commissions que A\_\_\_\_\_ avait payées à M. B\_\_\_\_\_ depuis janvier 2015, prévues par la convention d'accord du 30 décembre 2014, lui avaient été versées pour les clients qu'il lui avait apportés comme administrateur / actionnaire, activité non prévue par son contrat de travail, ni, par définition, par sa qualité d'analyste en valeur mobilière (n'impliquant pas le développement de la clientèle). L'élément déclencheur du paiement de ces commissions était la réalisation, grâce au travail effectué par A\_\_\_\_\_, d'opérations sur des produits structurés postérieurement à la résiliation du contrat de travail de M. B\_\_\_\_\_. Les montants considérés ne résultaient pas d'une activité dépendante qu'aurait fournie M. B\_\_\_\_\_. Ces rémunérations ne pouvaient être requalifiées en salaire déterminant au sens de l'AVS. A\_\_\_\_\_ persistait dans ses conclusions. 25. Le 26 juin 2018, la CJCAS a procédé à l'audition de personnes ayant participé à la négociation et/ou la signature de la convention d'accord du 30 décembre 2014 et du contrat d'acquisition d'actions de A\_\_\_\_\_ de la même date. a. Entendu à titre de renseignements, Monsieur G\_\_\_\_\_, directeur, actionnaire et administrateur de A\_\_\_\_\_ dès la création de cette dernière, a déclaré que M. B\_\_\_\_\_ (qui était à la fois administrateur, actionnaire et salarié de A\_\_\_\_\_, dont il détenait une minorité de blocage comme actionnaire), avait participé de façon importante au développement de cette société, pour laquelle il avait fourni des prestations au-delà de sa qualité d'analyste financier comme salarié. À la suite de divergences, un consensus s'est dégagé que M. B\_\_\_\_\_ quitte entièrement A\_\_\_\_\_, dont la clientèle représentait un élément d'actif essentiel. L'accord à trouver sur la valeur des actions de M. B\_\_\_\_\_ devait permettre que la clientèle que

celui-ci avait contribué à amener à la société reste fidèle à cette dernière, en contrepartie de quoi M. B\_\_\_\_\_ toucherait durant trois ans des commissions sur les affaires qui se poursuivraient avec ladite clientèle (soit un « earn out »), sans qu'il ne fournisse une quelconque prestation pour A\_\_\_\_\_. Lesdites commissions venaient en complément du prix de vente des actions de M. B\_\_\_\_\_ ; il n'y aurait pas eu la possibilité de conclure une convention d'accord avec M. B\_\_\_\_\_ s'il n'y avait pas eu le volet desdites commissions en complément de celui du prix de vente fixé de ses actions. La clause excluant toute déduction de ces commissions visait des charges liées au développement des activités considérées, mais nullement des cotisations sociales que A\_\_\_\_\_ payerait pour et à la place de M. B\_\_\_\_\_. ![/endif]>![if> b. Entendu à titre de témoin, Monsieur H\_\_\_\_\_, actionnaire de D\_\_\_\_\_ SA ayant racheté les actions de M. B\_\_\_\_\_ auprès de A\_\_\_\_\_, a déclaré que les négociations de la convention d'accord réglant la sortie de M. B\_\_\_\_\_ de A\_\_\_\_\_ en ses trois qualités d'administrateur, actionnaire et salarié avaient été longues s'agissant de la détermination de la valeur des actions de M. B\_\_\_\_\_, actionnaire minoritaire détenant une minorité de blocage. Le problème a été résolu par un « deal », ayant consisté, dès lors que les parties ne parvenaient pas à se mettre d'accord sur une simple valeur desdites actions à la date de sortie de la société, à prévoir un « earn out », soit des commissions dues pendant trois ans sur les affaires qui seraient conclues après sa sortie de A\_\_\_\_\_ sans que M. B\_\_\_\_\_ ne développe plus aucune activité à cette fin. Ces commissions représentaient un complément au prix de vente des actions fixé par la convention. ![/endif]>![if> c. Entendu à titre de renseignements, Monsieur F\_\_\_\_\_, ancien administrateur de A\_\_\_\_\_ (dont il n'avait jamais été actionnaire ni salarié), a déclaré que Mme C\_\_\_\_\_ s'était trouvée dans la situation typique d'un apporteur d'affaires, ayant droit à des rétro-commissions sur les commissions générées sur les affaires passées avec des clients qu'elle amènerait à la société. ![/endif]>![if> Il n'avait pas eu une position de décisionnaire dans le cadre de la négociation de la convention de sortie de M. B\_\_\_\_\_ de A\_\_\_\_\_. Cette négociation avait été difficile ; c'était la valeur des actions cédées par M. B\_\_\_\_\_ qui avait été au cœur du problème, dont il ne savait plus comment il avait été réglé, évoquant que les commissions convenues seraient dues et avaient été versées à M. B\_\_\_\_\_ sur des activités déployées par celui-ci comme apporteur d'affaires de nouveaux clients à A\_\_\_\_\_ après sa sortie de cette société, ainsi qu'il avait pu le dire aux représentants de la FER CIAM. Il avait traité comptablement lesdites commissions comme des commissions d'apporteur d'affaires, soit comme des charges ou dépenses mais pas des salaires, sans que des cotisations sociales ne soient prélevées. Philosophiquement, lesdites commissions pouvaient être considérées comme un complément du prix de vente des actions de M. B\_\_\_\_\_. d. La représentante de A\_\_\_\_\_ ainsi que M. G\_\_\_\_\_ ont confirmé que M. B\_\_\_\_\_ n'avait déployé aucune activité pour A\_\_\_\_\_ après son départ de cette société. ![/endif]>![if> e. Au terme de cette audience, M. B\_\_\_\_\_ a maintenu sa position, selon laquelle les commissions considérées représentaient un gain en capital, non soumis à prélèvement de cotisations sociales, et A\_\_\_\_\_ s'est ralliée à la position que lesdites commissions représentaient un complément du prix de vente des actions de M. B\_\_\_\_\_. Un délai a été imparti à la FER CIAM pour se déterminer. ![/endif]>![if> 26. Par écriture du 9 juillet 2018, la FER CIAM a estimé que les commissions touchées par M. B\_\_\_\_\_ devaient être considérées comme du salaire déterminant AVS en lien avec son départ de A\_\_\_\_\_. Le contrat d'acquisition des actions ne mentionnait aucun complément à verser au prix des actions. A\_\_\_\_\_ avait fait état, dans son opposition et son recours, du fait que ces commissions visaient à rémunérer un apport d'affaires futur par M. B\_\_\_\_\_

après sa sortie de la société, et elle avait nié, lors de sa première audition par la CJCAS, que lesdites commissions avaient été des compléments au prix de vente des actions ; mais elle avait écrit, ultérieurement, que ces commissions d'apporteur d'affaires représentaient des revenus liés à une activité indépendante, et non un salaire. D'après ce que M. B\_\_\_\_\_ avait déclaré lors de son audition, ces commissions se rapportaient à la base de clientèle qu'il avait développée avec son équipe auprès de A\_\_\_\_\_ ; M. B\_\_\_\_\_ n'avait apporté aucun client à A\_\_\_\_\_ après sa sortie de cette société. M. B\_\_\_\_\_ ainsi que MM. G\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_ soutenaient la version que ces commissions représentaient un complément du prix de vente des actions, mais M. F\_\_\_\_\_ avait évoqué qu'elles étaient dues en rémunération d'une activité d'apporteur d'affaires, ainsi qu'il les avait traitées comptablement. En conclusion, même si ces commissions servaient à procurer à M. B\_\_\_\_\_ un revenu complémentaire à celui de la vente des actions, elles étaient directement en lien avec la position de salarié qu'il revêtait auparavant comme directeur et administrateur de A\_\_\_\_\_ ; la clientèle que M. B\_\_\_\_\_ et son équipe avait amenée à A\_\_\_\_\_ avait continué, après son départ, à engendrer des affaires en faveur de la société, si bien que lesdites commissions devaient être considérées comme une indemnité de départ, soit un élément du salaire déterminant. La FER CIAM maintenait donc sa position.

!endif]>!

lui est opposable (art. 71 LPA ; Stéphane GRODECKI / Romain JORDAN, Code annoté de procédure administrative genevoise, 2017, n. 903 ss). [endif]>[if> 3. a. La LAVS définit très largement le champ des personnes assurées obligatoirement à l'AVS, conformément à une conception universaliste voulant que ladite assurance sociale couvre en principe l'ensemble de la population active et non-active professionnellement. Dès les débuts de l'AVS, ont été notamment assurées obligatoirement les personnes physiques domiciliées en Suisse, exerçant ou non une activité lucrative, et les personnes physiques exerçant en Suisse une activité lucrative (art. 1a LAVS, à l'origine art. 1 LAVS ; art. 1 ss du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 31 octobre 1947 - RAVS - RS 831.101). Les assurés sont tenus de payer des cotisations, tant qu'ils exercent une activité lucrative s'agissant de ceux qui en exercent une et, s'agissant de ceux qui sont sans activité lucrative, à compter du 1<sup>er</sup> janvier de l'année qui suit la date à laquelle elles ont eu 20 ans jusqu'à la fin du mois où les femmes atteignent l'âge de 64 ans et les hommes l'âge de 65 ans (art. 3 al. 1 LAVS). Les cotisations des assurés qui exercent une activité lucrative sont calculées en pour-cent du revenu provenant de l'activité lucrative dépendante et indépendante (art. 4 al. 1 LAVS). Elles sont respectivement de 4.2 % du revenu provenant d'une activité dépendante (art. 5 al. 1 LAVS) – et s'y ajoutent alors les cotisations d'employeurs, également de 4.2 % (art. 12 s. LAVS) – et en principe de 7.8 % du revenu provenant d'une activité indépendante (art. 8 al. 1 LAVS). [endif]>[if> La LAVS s'applique par analogie à la fixation et la perception des cotisations de l'assurance-invalidité (art. 3 al. 1 phr. 1 de la loi sur l'assurance-invalidité - LAI - RS 831.20), des cotisations dues pour les allocations pour perte de gain (art. 27 al. 2 phr. 1 de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952 - LAPG - RS 834.1) et des cotisations dues pour les prestations de l'assurance-chômage (art. 6 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 - LACI - RS 837.0). Il incombe aux caisses de compensation pour allocations familiales admises de fixer et prélever les cotisations (art. 15 al. 1 let.b de la loi fédérale sur les allocations familiales du 24 mars 2006 - LAFam – RS 836.2), au nombre desquelles figurent celles qui sont gérées par des caisses de compensation AVS (art. 14 let. c LAFam). b. Le revenu provenant d'une activité dépendante, appelé salaire déterminant, comprend toute rétribution pour un travail dépendant effectué dans un temps déterminé ou indéterminé (art. 5 al. 2 LAVS ; art. 7 ss RAVS). Quant à lui, le revenu provenant 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 ; art. 17 ss RAVS ; cf. aussi art. 12 al. 1 LPGa). La distinction entre activité dépendante et indépendante revêt de l'importance, notamment parce que l'assuré doit verser lui-même la totalité de sa cotisation s'il est indépendant, tandis que s'il est salarié son employeur doit en payer la moitié, et que les cotisations dues sur le revenu provenant d'une activité lucrative indépendante ne peuvent être prélevées à la source, contrairement à celles perçues sur le salaire déterminant (Michel VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI]. Commentaire thématique, 2011, n. 214). c. Selon l'art. 12 al. 2 LPGa, une personne exerçant une activité lucrative indépendante peut simultanément avoir la qualité de salariée si elle reçoit un salaire correspondant. Ainsi, en cas d'exercice simultané de plusieurs activités lucratives, il faut examiner pour chacune d'elles si le revenu en découlant est celui d'une activité indépendante ou salariée ; il n'y a pas lieu de les qualifier globalement (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_219/2009 du 21 août 2009 consid. 4.4 ; Michel VALTERIO, op. cit., n. 215 et 297). 4. 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, ce sont les circonstances économiques. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir quelques indices pour la qualification en matière d'AVS, mais ne sont pas déterminants. Doit en principe être considéré comme exerçant une activité dépendante, celui qui dépend de son employeur du point de vue économique ou dans l'organisation du travail et ne supporte pas de risque économique analogue à celui qui est 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 trouve des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activité ; pour trancher la question, il faut se demander 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 ; ATAS/1071/2016 du 19 décembre 2016 consid. 4 à 7 ; 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 aucune présomption juridique en faveur de l'activité salariée ou indépendante (Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG [DSD] éditées par l'OFAS, ch. 1020).

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. Une prohibition de faire concurrence et un devoir de présence sont des indices en faveur d'un lien de dépendance (cf. DSD ch. 1015). Il en va de même lorsque la collaboration est régulière, autrement dit lorsque 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). La simple 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).

c. 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 6/05 du 19 mai 2006 consid. 2.3). Certaines activités économiques, notamment dans le domaine des services, n'exigent pas, de par leur nature, d'investissements importants ou de faire appel à du personnel. En pareilles circonstances, il convient d'accorder moins d'importance au critère du risque économique de l'entrepreneur et davantage à celui de l'indépendance économique et organisationnelle (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_364/2013 du 23 septembre 2013 consid. 2.2).

d. Un autre facteur concourant à la reconnaissance d'un statut d'indépendant 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). À 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 (cf. RCC 1982 p. 176 consid. 2b). En revanche, 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'assuré 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*, 12<sup>ème</sup> 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). e. Lorsqu'un assuré continue d'exercer une activité pour son employeur précédent, une activité indépendante ne peut être admise que si les critères plaçant en faveur d'une telle activité prévalent clairement sur ceux qui militent en faveur d'une activité dépendante, surtout si le genre d'activité correspond pour l'essentiel à celle qui était exercée précédemment et si elle consiste essentiellement en des travaux exercés par des personnes indépendantes (Michel VALTERIO, *op. cit.*, n. 224 ; ch. 1018 des DSD). f. L'agent qui ne touche que des commissions est censé exercer une activité salariée même s'il supporte ses frais et travaille à son domicile sans disposer de locaux spécialement aménagés pour son activité (Michel VALTERIO, *op. cit.*, n. 234). C'est dans ce sens que vont les DSD, s'agissant en particulier des voyageurs et représentants de commerce et personnes exerçant une profession analogue (cf. ch. 4019 ss), soit les personnes physiques qui, contre rémunération, concluent ou négocient la conclusion d'affaires au nom et pour le compte d'un tiers en dehors des locaux commerciaux de ce tiers (ch. 4020 DSD). Ces personnes sont en règle générale considérées comme des salariées, car elles sont généralement dans un rapport de subordination et de dépendance envers la maison qu'elles représentent et ne supportent pas un risque économique d'entrepreneur (ch. 4021 DSD). Leur activité lucrative doit être qualifiée de dépendante notamment même lorsqu'elles ne touchent pas de fixe mais seulement des provisions, supportent elles-mêmes les frais généraux, ne sont pas tenues de remettre à leur employeur un rapport sur leurs activités, ne doivent pas observer un horaire de travail déterminé, travaillent simultanément pour plusieurs maisons, exercent leur activité seulement à titre accessoire, sont affiliées comme travailleurs indépendants à une caisse de compensation pour une autre activité lucrative, sont inscrites au registre du commerce sous une raison individuelle, sont désignées comme agentes notamment au sens des art. 418a ss de la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (CO - RS 220), agissent comme représentantes indirectes (ch. 4023 DSD). Un statut d'indépendant ne leur est exceptionnellement reconnu que lorsqu'elles supportent un véritable risque économique d'entrepreneurs, c'est-à-dire lorsqu'elles disposent d'une propre organisation de vente, ce qui suppose qu'elles utilisent leurs propres locaux commerciaux, occupent du personnel et supportent elles-mêmes la majeure partie des frais généraux (ch. 4026 DSD). g. En cas d'activité dépendante, l'employeur a l'obligation de retenir les cotisations de ses employés sur tout salaire qu'il leur paie et de les verser périodiquement à la caisse de compensation à laquelle il est affilié en même temps que ses propres cotisations (art. 14 al. 1 et 51 al. 1 LAVS). L'employeur et le salarié peuvent cependant convenir, explicitement ou par actes

concluants, que l'employeur assume également le paiement de la cotisation du salarié, c'est-à-dire alloue un salaire franc de déductions. En cas de convention de salaire net, qui est régie par le droit civil et qu'il revient au salarié de prouver (ou de rendre vraisemblable), les cotisations du salarié sont réputées avoir été acquittées par ce dernier ; le revenu de son travail est inscrit dans le compte individuel du salarié, même si l'employeur n'a pas acheminé les cotisations à la caisse de compensation (ch. 2019 ss des Directives sur la perception des cotisations dans l'AVS, AI et APG [DP], éditées par l'OFAS ; Michel VALTERIO, op. cit., n. 601 ss). 5. a. La maxime inquisitoire s'applique, en ce sens que l'assureur social (ou, en cas de litige, le juge) doit établir d'office les faits déterminants, sans être lié par les faits allégués et les preuves offertes par les parties, en s'attachant à établir les faits de manière correcte, complète et objective (art. 43 et 61 let. c LPGA ; Ghislaine FRÉSARD-FELLAY, Procédure et contentieux, in Droit suisse de la sécurité sociale, vol. II, éd. par Ghislaine FRÉSARD-FELLAY / Bettina KAHIL WOLFF / Stéphanie PERRENOUD, 2015, n. 27 ss ; Ueli KIESER, ATSG-Kommentar, 3<sup>ème</sup> éd., 2015, n. 13 ss ad art. 43, n. 95 ss ad art. 61). Les parties ont cependant l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués ; à défaut, elles s'exposent à devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (art. 28 LPGA ; ATF 125 V 193 consid. 2 ; 122 V 157 consid. 1a ; 117 V 261 consid. 3b et les références). Cette obligation de collaborer doit même être conçue de façon étendue s'agissant de l'allégation soit que l'employeur a effectivement retenu les cotisations AVS sur les revenus versés, soit que le salarié et l'employeur ont conclu une convention de salaire net (Michel VALTERIO, op. cit., n. 766). b. 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. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible ; la vraisemblance prépondérante suppose que, d'un point de vue objectif, des motifs importants plaident pour l'exactitude d'une allégation, sans que d'autres possibilités ne revêtent une importance significative ou n'entrent raisonnablement en considération (ATF 139 V 176 consid. 5.3 et les références). 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 360 consid. 5b ; 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). Il n'existe 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 (ATF 126 V 322 consid. 5a). 6. a. La décision attaquée comporte premièrement une reprise de cotisations sociales, d'un montant de CHF 504.90, sur la rémunération que la recourante a versée le 23 mars 2013 à Mme C\_\_\_\_\_, à savoir une unique commission de CHF 3'415.- (EUR 2'765.18) due en vertu du « Business Provider Agreement » conclu le 28 février 2013. b. Du contrat la liant à la recourante, il résulte que Mme C\_\_\_\_\_ représenterait des clients que, pour des conseils en placement et autres services financiers, elle mettrait en rapport notamment avec la recourante, à laquelle lesdits clients devraient verser des commissions en contrepartie des prestations que la recourante leur fournirait, Mme C\_\_\_\_\_ devant être rémunérée de son côté pour cet apport d'affaires par le versement, à la charge de la recourante, de rétro-commissions prélevées sur lesdites commissions dues par ses clients. Bien que l'application ayant été faite dudit contrat ait été unique, rien n'indique que les parties n'ont pas eu en vue une collaboration plus soutenue, présentant les traits habituels d'un lien de dépendance

d'apporteur d'affaires, certes par nature peu marqué dans la mesure où – du moins faute d'indices contraires – les prestations de Mme C\_\_\_\_\_ s'inscrivant dans le cadre de son travail pour A\_\_\_\_\_ n'impliquaient à sa charge ni d'importants investissements ni l'engagement de personnel, sans pour autant la rendre tributaire, des points de vue économique et organisationnel, d'une infrastructure fournie par ladite société. De tels cas d'apporteurs d'affaires se trouvent à la limite de l'activité salariée ou indépendante. La pratique tend à reconnaître aux personnes exerçant une telle activité le statut de dépendantes, à moins qu'il soit démontré qu'elles supportent un véritable risque économique d'entrepreneurs, autrement dit que les traits d'une indépendance soient saillants, se traduisant par l'utilisation de locaux commerciaux propres, l'occupation d'employés et le port de l'essentiel de la charge financière. c. En l'espèce, il n'est pas démontré ni n'apparaît, au degré de la vraisemblance prépondérante, que ces caractéristiques étaient présentes. La recourante n'a de son côté rien entrepris pour prévenir que sa relation avec Mme C\_\_\_\_\_ ne puisse et doive recevoir la qualification d'apporteur d'affaires relevant ordinairement du statut de salarié sous l'angle des assurances sociales et, en particulier, du prélèvement des cotisations sociales. Aussi faut-il admettre le bien-fondé de la décision attaquée, et donc rejeter le recours, s'agissant du statut de Mme C\_\_\_\_\_ au sein de A\_\_\_\_\_ en 2013. C'est à bon droit que l'intimée a réclamé à la recourante le paiement des cotisations sociales sur la commission considérée, à savoir CHF 504.90, plus les intérêts moratoires (qu'il appartiendra à l'intimée d'actualiser). 7. a. La décision attaquée impose par ailleurs un rappel de cotisations sociales sur les commissions ayant été versées à l'appelé en cause en exécution de la convention d'accord du 30 décembre 2014, à savoir CHF 30'195.50 sur un total de commissions de CHF 203'691.87 versées de juin 2015 à janvier 2016, plus les intérêts moratoires. b. L'appelé en cause a participé de façon importante au développement de l'intimée, en fournissant des prestations allant au-delà de celles que sa qualité salariale d'analyste financier le chargeait de fournir ; ainsi, en tant qu'actionnaire et administrateur, il a, avec son équipe, contribué au développement et à la fidélisation d'une clientèle, qui, s'agissant d'une société active dans la gestion de fortune et le conseil financier, en constituait l'élément d'actif essentiel lorsque, dans le courant d'à tout le moins le second semestre 2014, consécutivement à des divergences de vues entre les actionnaires, il s'est agi de trouver un accord réglant sa sortie en ses trois qualités d'actionnaire, administrateur et salarié. C'est à la lumière de cet historique et de ces circonstances que la convention d'accord du 30 décembre 2014 doit être comprise, au regard du principe de la confiance, voulant qu'au-delà même d'expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, les parties au contrat soient liées par leurs déclarations de volonté réciproques et concordantes telles que leurs destinataires pouvaient et devaient les comprendre raisonnablement et de bonne foi (Pierre ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2<sup>ème</sup> éd., 1997, p. 212 ss, 235 ss). Il est établi – et il s'explique au demeurant aisément – que ce n'est pas tant sur les qualités de salarié et d'administrateur de l'appelé en cause qu'il a été difficile de trouver un terrain d'entente, mais bien sur la cession de ses 404 actions, soit, plus précisément, sur la détermination de leur valeur, tributaire non seulement de l'état de cette dernière au jour de la conclusion de l'accord (tel qu'une photographie « comptable » la déterminerait), mais aussi des affaires que cette clientèle continuerait à faire avec ladite société (ainsi que seul le film des événements futurs le montrerait). Il est également établi que l'appelé en cause ne travaillerait plus pour A\_\_\_\_\_ dès sa sortie de la société, étant au demeurant engagé dans une autre société à plein temps et soumis à une clause de non-concurrence mais aussi eu

égard aux dissensions l'opposant à ses partenaires dont il se séparait, et qu'il n'a effectivement plus fourni une quelconque prestation pour ladite société. Dans ces conditions, la solution d'un « earn out » permettait et a effectivement permis de régler le problème central de la valorisation des actions cédées, à savoir de compléter un prix de vente fixe de ces dernières par des commissions dues en fonction du chiffre d'affaires qui serait dégagé, pendant trois ans, par des affaires conclues avec la clientèle amenée précédemment à la société par l'appelé en cause et son équipe, sans que ce dernier ne fournisse désormais d'activité à cette fin. c. Il est vrai que la convention d'accord considérée comportait trois volets, dont celui consacré aux commissions considérées ne précisait pas que celles-ci constitueraient un complément au prix de vente fixé et celui voué à ce dernier ne faisait aucune mention d'un complément sous forme de commissions. Il est cependant déterminant que la signature de la convention d'accord conditionnait explicitement la vente des 404 actions de l'appelé en cause à la société les acquérant. Tant l'appelé en cause que les personnes ayant participé à la négociation de la convention d'accord ont en outre déclaré que cette dernière n'aurait pas abouti si le versement des commissions considérées n'avait pas été convenu, étant précisé que l'appelé en cause détenait une minorité de blocage au sein de A\_\_\_\_\_. Il n'est en revanche pas déterminant que la recourante a traité, sur un plan comptable, les commissions versées à l'appelé en cause comme des commissions dues à un apporteur d'affaires. Les déclarations peu fiables à cet égard de l'ancien administrateur de la recourante expliquent que l'intimée a été mise erronément sur la voie de la reprise de cotisations litigieuse. d. La chambre de céans retient en conclusion que les commissions considérées versées par la recourante à l'appelé en cause ne représentent pas un revenu, ni d'une activité dépendante ni d'une activité indépendante, mais un complément du prix de vente des 404 actions cédées par l'appelé en cause dans le cadre de sa sortie de la recourante, donc un gain en capital, sur lequel il n'y a pas matière à prélever des cotisations sociales. e. Il sied de préciser que ces commissions n'ont rien d'une indemnité de départ au sens de l'art. 7 let. q RAVS (Michel VALETERIO, op. cit., n. 366 s. ; DSD ch. 2082 ss). Elles ne sont pas liées à la cessation des rapports de travail de l'appelé en cause pour la recourante. f. La décision attaquée doit être annulée en tant qu'elle porte sur les commissions considérées versées à l'appelé en cause. 8. a. Le recours sera donc admis partiellement, au sens des considérants. b. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). c. Vu l'issue donnée au recours, la recourante a droit à une indemnité de procédure (art. 61 let. g LPGA). Cela vaut aussi pour l'appelé en cause, dès lors qu'il a les droits reconnus aux parties (art. 71 LPA). Elle sera fixée à CHF 1'000.- en faveur de la recourante, qui obtient partiellement gain de cause, et à CHF 1'500.- en faveur de l'appelé en cause, à la charge, l'une et l'autre, de l'intimée. \* \* \* \* \* 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.