

GE_GERICHTE A/2920/2016 vom 23. Januar 2017

GE Cour de justice, 2017-01-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2920_2016

FR: GE_GERICHTE A/2920/2016 du 23 janvier 2017

IT: GE_GERICHTE A/2920/2016 del 23 gennaio 2017

Erwägungen

E. 6

À teneur de son art. 2 par. 1, le règlement n° 1408/71 s'applique aux travailleurs salariés ou non salariés et aux étudiants qui sont ou ont été soumis à la législation d'un ou de plusieurs Etats membres et qui sont des ressortissants de l'un des Etats membres ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des Etats membres ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants.

E. 7

a. Le titre II du règlement n° 1408/71 (art. 13 à 17bis) permet de déterminer la législation applicable. L'art. 13 par. 1 énonce le principe de l'unicité de la législation applicable en fonction des règles contenues aux art. 13 par. 2 à 17bis, dans le sens de l'applicabilité de la législation d'un seul Etat membre. Sous réserve des art. 14 à 17, la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un Etat membre est soumise à la législation de cet Etat, même si elle réside sur le territoire d'un autre Etat membre ou si l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre Etat membre (art. 13 par. 2 let. a du règlement n° 1408/71). La personne qui exerce une activité non salariée sur le territoire d'un Etat membre est soumise à la législation de cet Etat même si elle réside sur le territoire d'un autre Etat membre (art. 13 par. 2 let. b du règlement n° 1408/71). S'agissant des notions d'« activité salariée et d'« activité non salariée » au sens des articles 13 et suivants du règlement n° 1408/71, elles visent les activités qui sont considérées comme telles pour l'application de la législation sociale de l'Etat membre sur le territoire duquel ces activités sont exercées. Ces notions relèvent donc, quant à leur contenu, des législations des Etats membres sur le territoire desquels les activités salariées ou non salariées sont exercées (arrêt de la CJUE du 27 septembre 2012 C-137/11 Partena, Rec. 2012, I-00000, points 50 à 51 et les arrêts cités). b/aa. À teneur de l'art. 14 point 2 let. b du règlement n° 1408/71, la personne qui exerce normalement une activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres est soumise à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel elle réside, si elle exerce une partie de son activité sur ce territoire ou si elle relève de plusieurs entreprises ou de plusieurs employeurs ayant leur siège ou leur domicile sur le territoire de différents Etats membres (i) ou à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile, si elle ne réside pas sur le territoire de l'un des Etats membres où elle exerce son activité (ii). La notion de « personne qui exerce normalement une activité sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres » de l'art. 14 point 2 let. b du règlement n° 1408/71 doit être interprétée en ce sens qu'elle n'inclut pas la personne qui, dans le cadre de contrats de travail successifs précisant comme lieu de travail le territoire de plusieurs États membres, ne travaille, dans les faits, pendant la durée de chacun de ces contrats, que sur le territoire d'un seul de ces Etats à la fois. En pareilles circonstances, le principe énoncé à l'art. 13 par.

2 let. a du règlement n°1408/71 est susceptible de trouver application (arrêt de la CJUE du 4 octobre 2012 C-115/11 Format, points 49 à 52). b/bb. Aux termes de l'art. 14 point 3 du règlement n° 1408/71, la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un Etat membre dans une entreprise qui a son siège sur le territoire d'un autre Etat membre et qui est traversée par la frontière commune de ces Etats est soumise à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel cette entreprise a son siège c/aa. Selon l'art. 14bis point 1 du règlement n° 1408/71, la personne qui exerce normalement une activité non salariée sur le territoire d'un Etat membre et qui effectue un travail sur le territoire d'un autre Etat membre demeure soumise à la législation du premier Etat membre, à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas douze mois (let. a). Si la durée du travail à effectuer se prolonge en raison de circonstances imprévisibles au-delà de la durée primitivement prévue et vient à excéder douze mois, la législation du premier Etat demeure applicable jusqu'à l'achèvement de ce travail, à condition que l'autorité compétente de l'Etat membre sur le territoire duquel l'intéressé s'est rendu pour effectuer ledit travail ou l'organisme désigné par cette autorité ait donné son accord; cet accord doit être sollicité avant la fin de la période initiale de douze mois. Toutefois, cet accord ne peut être donné pour une période excédant douze mois (let. b). La période de détachement est ainsi de douze, respectivement vingt-quatre mois. Un assujettissement plus durable à la législation de l'Etat d'origine est possible en cas de commun accord entre les instances compétentes (art. 17 du règlement n° 1408/71 ; Bettina KAHIL-WOLFF, la coordination européenne des systèmes nationaux de sécurité sociale in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], vol. XIV, 2^{ème} éd. 2007, p. 191 n. 58). Afin d'attester de son affiliation au régime de sécurité sociale, le travailleur détaché au régime de sécurité sociale, le travailleur détaché dispose d'un certificat E101 (désormais A1) délivré par les institutions de l'Etat d'établissement en application des art. 11/11bis du Règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent, à l'intérieur de la Communauté (règlement n° 574/72 – RS 0.831.109.268.11). En tant que l'art. 14bis point 1 let. a du règlement n° 1408/71 exige au préalable que l'intéressé exerce « normalement » une activité non salariée sur le territoire d'un Etat membre, cette obligation suppose que la personne concernée exerce habituellement des activités significatives sur le territoire de l'Etat membre où elle est établie. Ainsi, cette personne doit avoir déjà exercé, depuis un certain temps, son activité au moment où elle souhaite se prévaloir du bénéfice de la disposition en question. De même, pendant la période au cours de laquelle elle effectue un travail sur le territoire d'un autre Etat membre, ladite personne doit continuer d'entretenir, dans son Etat d'origine, les moyens nécessaires à l'exercice de son activité afin d'être en mesure de poursuivre celle-ci à son retour. Ainsi, le maintien d'une telle infrastructure passe, par exemple, dans l'Etat d'origine, par l'usage de bureaux, le paiement de cotisations au régime de sécurité sociale, le versement d'impôts, la détention d'une carte professionnelle et d'un numéro de taxe sur la valeur ajoutée ou encore l'inscription auprès de chambre de commerce et d'organisations professionnelles. Il convient encore de souligner que l'application de l'art. 14bis point 1 let. a du règlement n° 1408/71 suppose que la personne qui exerce une activité non salariée sur le territoire d'un Etat membre effectue, sur le territoire d'un autre Etat membre, un « travail », c'est-à-dire une tâche déterminée dont la teneur et la durée sont prédéfinies et dont la réalité doit pouvoir être prouvée par la production de contrats correspondants (arrêt de la CJCE du 30 mars 2000 C-178/97 Banks, points 25 à 27 et les arrêts cités). En revanche, une fois le certificat E101

délivré, celui-ci crée une présomption de régularité de l'affiliation du travailleur non salarié concerné au régime de sécurité sociale de l'Etat membre où il est établi, de sorte que ce document s'impose à l'institution compétente de l'Etat membre dans lequel ce travailleur effectue un travail (salarié ou non salarié ; cf. arrêt Banks précité, point 28). Dès lors, aussi longtemps que le certificat E101 n'est pas retiré ou déclaré invalide, l'institution compétente de l'Etat membre dans lequel le travailleur non salarié effectue un travail doit tenir compte du fait que ce dernier est déjà soumis à la législation de sécurité sociale de l'Etat membre où il est établi et cette institution ne saurait, par conséquent, soumettre le travailleur non salarié en question à son propre régime de sécurité sociale. On relèvera enfin que même s'il est préférable que la délivrance du certificat E101 intervienne avant le début de la période au cours de laquelle le travailleur non salarié effectue un travail sur le territoire d'un autre Etat membre, rien ne s'oppose à ce qu'elle ait lieu au cours de la période de détachement, voire après son expiration. Ainsi, le certificat E101, délivré conformément à l'art. 11bis du règlement n° 574/72 peut avoir un effet rétroactif (arrêt Banks précité, points 40, 42 et 57). c/bb. L'art. 14bis point 2 du Règlement 1408/71 dispose que la personne qui exerce normalement une activité non salariée sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres est soumise à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel elle réside, si elle exerce une partie de son activité sur le territoire de cet Etat membre. Si elle n'exerce pas d'activité sur le territoire de l'Etat membre où elle réside, elle est soumise à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel elle exerce son activité principale. L'art. 12bis par. 5 let. d du Règlement 574/72 prévoit à cet égard que pour déterminer l'activité principale de l'intéressé au sens de la disposition précitée, il est tenu compte par priorité du lieu où se trouve le siège fixe et permanent des activités de l'intéressé. A défaut, il est tenu compte de critères tels que le caractère habituel ou la durée des activités exercées, le nombre des prestations effectuées et les revenus découlant de ces activités. L'art. 14bis point 2 du règlement n° 1408/71 doit être interprété en ce sens que la législation applicable à un ressortissant allemand, qui réside en Allemagne et qui exerce une activité non salariée environ pour moitié dans cet Etat pour moitié aux Pays-Bas, est la législation allemande (arrêt de la CJCE du 13 octobre 1993 C-121/92 Zinnecker, Rec. 1993, I-5023 ; cité in Francis KESSLER, Jean-Philippe LHERNOULD, Code européen de la protection sociale, 4 ème éd. 2010, p. 124). La résidence est définie comme « le séjour habituel » (art. 1 let. h du règlement n° 1408/71) sans plus de précisions. La CJCE a considéré comme résidence le lieu où le travailleur a établi le centre permanent de ses intérêts et où il retourne dans l'intervalle de ses tournées (arrêt de la CJCE du 8 juillet 1992 C-102/91 Knoch, Rec. 1992, I-4341). Elle a également jugé que si un travailleur a un emploi stable dans un Etat membre, il y a une présomption de résidence, même s'il a laissé sa famille dans un autre Etat. En revanche, la seule durée de séjour ne saurait être constitutive de la notion de résidence (KESSLER/LHERNOULD, op. cit. p. 125 et les arrêts cités). d. Selon l'art. 14quater du règlement n° 1408/71, la personne qui exerce simultanément une activité salariée et une activité non salariée sur le territoire de différents Etats membres est en principe soumise à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel elle exerce une activité salariée ou, si elle exerce une telle activité sur le territoire de deux ou plusieurs Etats membres, à la législation déterminée conformément à l'art. 14 point 2 ou 3. e. En synthèse, il ressort de l'économie et du système du règlement n° 1408/71 que le « lieu d'exercice » de l'activité salariée ou non salariée du travailleur concerné est le critère principal aux fins de la désignation d'une seule législation applicable et qu'il ne doit être dérogé à ce critère que dans des situations spécifiques, au moyen de critères de

rattachement tels que l'Etat de la résidence du travailleur (en cas de travail simultané – salarié ou non salarié – dans deux ou plusieurs Etats membres), l'exercice de l'activité principale du travailleur (par exemple en cas d'activité non salariée dans deux états autres que l'Etat de résidence ; art. 14bis point 2, 2^{ème} phrase du règlement n° 1408/71) ou encore le siège de l'entreprise qui l'emploie (art. 14 points 2 et 3 du règlement n° 1408/71; cf. arrêt Partena précité, point 49). Quant aux travailleurs détachés, le règlement 1408/71 préconise la continuité de l'assujettissement à la législation de l'Etat d'origine. On soulignera à cet égard qu'il est nécessaire que la personne exerce normalement une activité (salariée ou non salariée) dans un Etat membre, qu'elle ait été affiliée au régime de sécurité sociale de cet Etat avant d'être détachée, que le détachement soit limité dans le temps et que la personne détachée conserve un lien direct avec son employeur ou, en cas de travail non salarié, qu'elle continue d'entretenir, dans son Etat d'origine, les moyens nécessaires à l'exercice de son activité afin d'être en mesure de poursuivre celle-ci à son retour (cf. Bettina KAHIL-WOLFF, op. cit., p. 191 n. 58 et ci-dessus : consid. 7c/aa). À la différence des notions d'« activité salariée » et d'« activité non salariée » au sens des art. 13 et suivants du règlement n°1408/71, qui relèvent de la législation des Etats membres (cf. ci-dessus : consid. 7a), la notion de « lieu d'exercice » ressortit au droit de l'Union européenne. Selon une jurisprudence constante, la détermination de la signification et de la portée des termes pour lesquels le droit de l'Union ne fournit aucune définition doit être établie conformément au sens habituel en langage courant de ceux-ci, tout en tenant compte du contexte dans lequel ils sont utilisés et des objectifs poursuivis par la réglementation dont ils font partie (voir notamment l'arrêt de la CJCE du 10 mars 2005 C-336/03 easyCar, Rec. 2005, I-1947, point 21 et les arrêts cités). En l'occurrence, la notion de « lieu d'exercice » d'une activité doit être entendue, conformément au sens premier des termes utilisés, comme désignant le lieu où, concrètement, la personne concernée accomplit les actes liés à cette activité (arrêt Partena précité, point 57). 8. Le principe inquisitoire, qui régit la procédure dans le domaine de l'assurance sociale (cf. art. 43 al. 1 et 61 let. c LPG), exclut que la charge de l'apport de la preuve (« Beweisführungslast ») incombe aux parties, puisqu'il revient à l'administration, respectivement au juge, de réunir les preuves pour établir les faits pertinents. Dans le procès en matière d'assurances sociales, les parties ne supportent en règle générale le fardeau de la preuve que dans la mesure où la partie qui voulait déduire des droits de faits qui n'ont pas pu être prouvés en supporte l'échec. Cette règle de preuve ne s'applique toutefois que s'il n'est pas possible, dans les limites du principe inquisitoire, d'établir sur la base d'une appréciation des preuves un état de fait qui correspond, au degré de la vraisemblance prépondérante, à la réalité (ATF 128 V 218 consid. 6 ; ATF 117 V 261 consid. 3b ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_632/2012 du 10 janvier 2013 consid. 6.2.1). 9. En l'espèce, la recourante soutient avoir sous-traité des travaux de plâtrerie-peinture – devant être exécutés à Genève – à un indépendant exploitant une entreprise au Portugal. Elle fait valoir qu'en l'absence d'éléments indiquant que ce sous-traitant ne s'acquitterait pas de cotisations sociales au Portugal, elle ne serait pas tenue de s'acquitter de cotisations salariales en lien avec son activité d'entrepreneur en Suisse, à plus forte raison que l'activité considérée réunirait l'ensemble des critères pour être qualifiée d'indépendante. À l'examen de la situation, le raisonnement de la recourante repose en définitive sur la prémisse que Monsieur C_____ exploiterait une entreprise de plâtrerie-peinture au Portugal, référence étant faite aux documents que celui-ci a adressés à la recourante, soit le courrier du 10 février 2010 ainsi que les factures estampillées au nom de l'entreprise. Ces éléments sont toutefois trop ténus pour considérer

qu'il serait établi, au degré de la vraisemblance prépondérante, que Monsieur C _____ exploiterait effectivement une telle entreprise au Portugal et qu'il serait affilié, à ce titre, à la sécurité sociale portugaise en tant qu'indépendant. En revanche, il est constant que Monsieur C _____ a travaillé en Suisse de 2010 à 2013 en qualité de sous-traitant de la recourante et qu'il a exercé une activité importante dans le cadre de cette collaboration. Cependant, des indices d'une activité simultanée dans d'autres pays – notamment le Portugal et la France – ne ressortent pas du dossier, la facture adressée par Monsieur C _____ à l'entreprise JT Services Sàrl, sise à Annemasse (France) correspondant à des prestations fournies antérieurement, soit entre mars et avril 2009 (pièce 29 recourante). Au surplus, ni le courrier du 10 février 2010 ni les autres pièces du dossier ne permettent de déterminer dans quel pays Monsieur C _____ résidait en 2009 et de 2010 à 2013. Enfin, il n'est pas formellement établi que ce sous-traitant serait ressortissant d'un pays de l'UE – le Portugal par exemple. Quoi qu'il en soit, si tel était le cas et que ce sous-traitant, fort de sa citoyenneté européenne, avait fait usage de son droit à la libre circulation des personnes en venant offrir ses services à la recourante en Suisse, il conviendrait de partir du principe de base défini à l'art. 13 par. 2 du règlement n° 1408/71, soit la soumission de l'intéressé à la législation du lieu d'exercice de son activité entre 2010 et 2013. Ce sous-traitant ayant concrètement accompli à Genève les actes liés à cette activité, le droit suisse lui est applicable. Force est par ailleurs de constater que l'intimée a procédé aux investigations qui s'imposaient en prenant contact – et en relançant à plusieurs reprises – la sécurité sociale portugaise en vue d'obtenir des informations qui auraient permis de vérifier le statut de salarié ou d'indépendant du pré cité au Portugal et d'obtenir des renseignements sur l'existence même et – dans l'affirmative – la nature de ses activités professionnelles dans ce pays, voire à l'étranger. Ces démarches n'ayant pas abouti pour des motifs sur lesquels l'intimée n'avait aucune emprise, et ce dans le contexte d'une personne qui n'est pas clairement identifiable ni localisable ni joignable par aucune des parties, la recourante doit supporter le fait que les critères de rattachement subsidiaires posés par les 14 à 17 du règlement n° 1408/71, qui permettraient, le cas échéant, la désignation d'un droit autre que le droit suisse soient écartés. De même, en tant que Monsieur C _____ « atteste sur l'honneur », dans son courrier du 10 février 2010, qu'il est affilié au régime de sécurité sociale des indépendants au Portugal, cela ne saurait tenir lieu de formulaire d'auto-détachement E101 (actuellement A1) délivré par l'institution compétente de l'Etat membre dont la législation resterait applicable (art. 11bis du règlement n° 574/71). En effet, avant de délivrer un certificat E101/A1, l'autorité compétente procède à un examen des faits pertinents pour l'application des règles relatives à la détermination de la législation applicable en matière de sécurité sociale, afin de garantir l'exactitude des mentions figurant dans le certificat E 101 (arrêt de la CJCE du 10 février 2000 C-202/97 FTS, point 51 ; cf. ég. ci-dessus : consid. 7c/aa). 10. Il convient ainsi d'examiner l'activité que Monsieur C _____ a déployée entre 2010 et 2013 sous l'angle du droit suisse.!

!> Selon l'art. 1a al. 1 LAVS, sont notamment assurées à titre obligatoire à l'AVS, les personnes physiques domiciliées en Suisse (let. a) et celles qui exercent en Suisse une activité lucrative (let. b). Est réputé salarié celui qui fournit un travail dépendant et qui reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens des lois spéciales (art. 10 LPGa). Cette disposition renvoie aux lois spéciales et n'a aucun effet sur celles-ci : elle ne prévoit ni une annulation de ces dernières, ni n'introduit d'éventuelles dérogations dans les lois spéciales (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 2/06 du 10 avril 2006, consid. 6). Est considéré comme exerçant une activité lucrative indépendante celui dont le revenu ne provient pas de

l'exercice d'une activité en tant que salarié. Une personne exerçant une activité lucrative indépendante peut simultanément avoir la qualité de salarié si elle reçoit un salaire correspondant (art. 12 LPGA). Chez une personne qui exerce une activité lucrative, l'obligation de payer des cotisations dépend, notamment, de la qualification du revenu touché dans un certain laps de temps; il faut se demander si cette rétribution est due pour une activité indépendante ou pour une activité salariée (art. 5 et 9 LAVS, et art. 6 ss du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS - RS 831.101). D'après l'art. 5 al. 2 LAVS, on considère comme salaire déterminant toute rétribution pour un travail dépendant effectué dans un temps déterminé ou indéterminé; quant au revenu provenant d'une activité indépendante, il comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante (art. 9 al. 1 LAVS).

11. 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 ils ne sont pas déterminants. Est réputé salarié, d'une manière générale, celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise, et ne supporte pas le risque économique couru par l'entrepreneur. Ces principes ne conduisent cependant pas à eux seuls à des solutions uniformes, applicables schématiquement. Les manifestations de la vie économique revêtent en effet des formes si diverses qu'il faut décider dans chaque cas particulier si l'on est en présence d'une activité dépendante ou d'une activité indépendante en considérant toutes les circonstances de ce cas. Souvent, on trouvera des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activité; pour trancher la question, on se demandera quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (ATF 123 V 162 consid. 1, 122 V 171 consid. 3a, 283 consid. 2a, 119 V 161 consid. 2 et les arrêts cités).

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). Le recours du travailleur à des tiers en qualité d'auxiliaires n'exclut toutefois pas à lui seul l'existence d'un tel lien de dépendance (ATF 97 V 217 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 199/05 du 30 juin 2005 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_303/2010 consid. 4.2). Un autre élément permettant de qualifier la rétribution compte tenu du lien de dépendance de celui qui la perçoit est le fait qu'il s'agit d'une collaboration régulière, autrement dit que l'employé est régulièrement tenu de fournir ses prestations au même employeur (arrêt du Tribunal fédéral 9C_1062/2010 du 5 juillet 2011 consid. 7.2 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 334/03 du 10 janvier 2005 consid. 6.2.1). En outre, la possibilité pour le travailleur d'organiser son horaire de travail ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'une activité indépendante (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 6/05 du 19 mai 2006 consid. 2.3). 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 ème 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). 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 et les références citées). Seul un examen détaillé de l'ensemble des circonstances économiques concrètes du cas d'espèce permet de déterminer si l'on est en présence d'une activité dépendante ou indépendante. Cela étant, 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 des assurances H 19/2006 du 14 février 2007 ; Raphael LANZ, Die Abgrenzung der selbständigen von den unselbständigen Erwerbstätigkeit im Sozialversicherungs-, Steuer- und Zivilrecht, in: PJA 12/1997 p. 1474 ss ; P.-Y. GREBER/ J.-L. DUC/ G. SCARTAZZINI, Commentaire des art. 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, n. 103 ad art. 5 LAVS; Hanspeter KÄSER, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, Berne 1996, p. 120, n. 4.30). 12. a. Ni le droit suisse ni la jurisprudence ne donnent de définition précise de la sous-traitance. Selon la définition communément admise par la doctrine, le contrat de sous-traitance est le contrat d'entreprise par lequel une partie (le sous-traitant) s'engage à l'égard d'une autre (l'entrepreneur principal) à effectuer tout ou partie de la prestation de l'ouvrage que celui-ci s'est engagé à réaliser pour un maître (le maître principal; Peter GAUCH, Der Werkvertrag, 5^{ème} éd. 2011, n. 137 p. 53; Pierre TERCIER/ Pascal G. FAVRE, Les contrats spéciaux, 4^{ème} éd. 2009, p. 644, n. 4290 ; voir également François CHAIX, Le contrat de sous-traitance en droit suisse, 1995, p. 85 ss. ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_782/2014 du 25 août 2015 consid. 6.1.1).>[endif]>[if> Entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant, la relation est régie par un contrat d'entreprise au sens de l'art. 363 du code des obligations (CO – RS 220), la seule particularité tenant au fait que c'est un entrepreneur (à l'égard du maître) qui tient le rôle du sous-traitant. Ce contrat étant totalement indépendant du contrat principal passé entre le maître et l'entrepreneur principal, en vertu du principe de la relativité des conventions (ATF 124 III 64 , JdT 1998 I 612), c'est donc l'entrepreneur principal qui répond à l'égard du maître principal de l'exécution des travaux effectués par les sous-traitants ; ceux-ci sont en effet des auxiliaires de l'exécution (art. 101 CO ; ATF 116 II 305 , JdT 1991 I 173). Pour sa part, en l'absence de convention contraire (par ex. sous forme d'une clause indépendante de garantie du sous-traitant envers le maître principal), le sous-traitant répond uniquement à l'égard de l'entrepreneur principal des éventuels défauts de l'ouvrage (art. 367 ss CO ; Pierre TERCIER/ Pascal G. FAVRE, op. cit. n. 4294 ss). Les

sous-traitants (tâcherons) sont généralement réputés exercer une activité dépendante. Ils sont seulement considérés comme personnes exerçant une activité indépendante s'il est prouvé que les caractéristiques de la libre entreprise dominant manifestement et si l'on peut admettre, d'après les circonstances, qu'ils traitent sur un pied d'égalité avec l'entrepreneur qui leur a confié le travail (arrêt du Tribunal fédéral 8C_597/2011 du 10 mai 2012 consid. 2.3 et les références citées). b/aa. Dans un arrêt du 27 février 1970, le Tribunal fédéral des assurances a considéré qu'en présence d'un dossier ne contenant ni convention ni décomptes écrits, on ne pouvait déduire de la simple production de quittances signées par un sous-traitant que celui-ci formait, avec un associé, une société simple mandatée par l'entrepreneur principal. Aussi le TFA a-t-il jugé que les associés A et B ne traitaient pas sur un pied d'égalité avec l'entrepreneur qui leur avait confié le travail, d'autant que la preuve d'une activité indépendante n'avait pas été apportée (RCC 1970 p. 369-370). Dans le secteur du gros-œuvre et du second œuvre, la question de savoir si le sous-traitant traite sur un pied d'égalité avec l'entrepreneur principal dépend notamment de la question de savoir qui répond de l'exécution défectueuse des travaux vis-à-vis du maître de l'ouvrage (arrêt du Tribunal fédéral H 191/05 du 30 juin 2006 consid. 4.1). b/bb. Dans un arrêt U 25/00 du 8 février 2001, le Tribunal fédéral des assurances a considéré qu'une personne proposant ses services en qualité de bucheron ne pouvait être qualifié d'indépendant dès lors que celui-ci ne remplissait que d'une façon limitée les critères permettant de reconnaître l'existence d'une entreprise. L'intéressé déployait son activité pour l'essentiel en faveur de l'entreprise forestière X, à qui il adressait de façon régulière, presque mensuellement, des factures pour le travail effectué. Même s'il louait, en cas de besoin, les services de tiers, possédait un papier à entête et avait souscrit une assurance RC « pour son entreprise », ces indices n'étaient pas suffisants pour établir l'exercice d'une activité indépendante au vu de l'ensemble des circonstances du cas. Il ne disposait pas d'un local de travail équipé d'installations courantes dans la branche mais utilisait celui de X lorsqu'il travaillait pour celui-ci. À l'exception d'une jeep d'occasion d'une valeur de CHF 17'000.-, non équipée pour accomplir des travaux forestiers – dont l'acquisition n'avait dès lors guère de poids pour démontrer l'existence d'une organisation d'entreprise –, l'intéressé ne s'était pas procuré « à son propre compte » le matériel servant à l'exécution du travail (tronçonneuse, vêtements de travail et matériel léger dans le cas d'espèce). En outre, il était lié aux directives orales sur l'organisation du travail de X, n'était pas inscrit au registre du commerce et n'avait pas apposé d'enseigne publicitaire et, enfin, il n'était pas membre d'une organisation ou d'une association professionnelle. C'étaient là autant d'éléments qui parlaient en faveur d'une activité salariée. b/cc. Dans un arrêt du 5 novembre 1971, le tribunal fédéral des assurances a dénié le statut d'indépendant à l'exploitant d'une entreprise de pose de fers à béton et de travaux de coffrage. En 1968, l'intéressé avait travaillé avec l'aide de trois collaborateurs en qualité de sous-traitant pour le compte d'une entreprise qui collaborait aux travaux de construction de l'autoroute du Léman. Sa rémunération dépendait de la quantité de travail fourni. Dans le cas d'espèce, le TFA a relevé que l'intéressé ne répondait pas d'une mauvaise exécution des travaux vis-à-vis du maître de l'ouvrage, ne supportait pas de risque économique propre à l'entrepreneur indépendant. Par ailleurs, il n'avait pas fourni de matériaux pour l'exécution de ses tâches, n'avait ni clientèle privée, ni bureau, ni matériel et n'effectuait pas de soumission pour obtenir du travail. Sur la base de ces éléments, le TFA a considéré que nonobstant le recourant à des tiers en qualité d'auxiliaires, l'intéressé ne traitait manifestement pas sur un pied d'égalité avec l'entrepreneur qui lui avait confié le travail et que c'était par conséquent

à tort que des cotisations paritaires n'avaient pas été acquittées sur les salaires litigieux (ATF 97 V 217). 13. En l'espèce, la recourante soutient que E_____ encourait un risque assimilable à celui d'un entrepreneur dans la mesure où cette entreprise travaillait pour elle comme sous-traitant de manière régulière mais ponctuelle, supportait, comme tout entrepreneur, les coûts de l'acquisition de toutes les fournitures, notamment la peinture. Même si elle n'occupait pas de locaux propres en Suisse, elle disposait de locaux au Portugal, assumait le risque économique lié au paiement de son personnel. Il suffisait, pour s'en convaincre, d'examiner les dates de facturation de E_____. La facturation de l'année 2010 avait eu lieu entre les mois d'avril et septembre alors que les paiements de ces factures par la recourante avaient été effectués entre les mois de septembre et novembre, ce qui démontrait que E_____ assumait un risque économique lié au paiement de son personnel et un risque d'encaissement et de du croire vis-à-vis de la recourante. Concernant le rapport social de dépendance, E_____ était parfaitement libre d'accepter ou de refuser un contrat de sous-traitance. Elle était également parfaitement libre de conclure des contrats avec d'autres entreprises et des particuliers. De plus, rien ne permettait d'attester l'existence d'un droit de donner des instructions qui s'écarterait du cahier des charges habituel d'un contrat d'entreprise. De la même manière, rien n'indiquait que Monsieur C_____ était dans l'obligation d'exécuter lui-même les mandats confiés à son entreprise ou que sa présence sur place ait été exigée. Enfin, selon la recourante, les caractéristiques de la libre entreprise dominaient dans la mesure où A_____ et E_____ avaient un poids économique similaire.![endif]>![if> Cette appréciation ne saurait être suivie pour plusieurs motifs. L'existence d'un risque entrepreneurial encouru par Monsieur C_____ repose en effet sur de bien maigres indices. On cherche en vain une inscription au registre du commerce – ici ou ailleurs –, une assurance de responsabilité civile professionnelle, une affiliation à une association professionnelle, un numéro de TVA, une visibilité sur le plan commercial, etc. Si l'existence d'une entreprise de plâtrerie-peinture, sise au Portugal ne peut être établie au moyen d'un simple papier à entête, d'un tampon encreur et d'une « attestation sur l'honneur » (cf. courrier du 10 février 2010), les renseignements tirés de l'activité déployée par l'intéressé en Suisse ne sont pas plus éloquents du point de vue de la libre entreprise puisque seule une activité de sous-traitant d'une seule et même entreprise est attestée sur une période de quatre ans, entre 2010 et 2013. Le fait que Monsieur C_____ ait éventuellement eu la liberté d'accepter d'autres mandats importe peu à cet égard, seule la situation de mandat effective étant déterminante (RCC 1982 p. 176 consid. 2b). À cet égard, il n'est nullement établi que Monsieur C_____ ait eu des clients privés ou qu'il ait effectué des soumissions au cours de la même période. Pour l'exécution de son activité de sous-traitant, il ne disposait pas de ses propres locaux et les seules dépenses attestées se résument à l'acquisition de peinture, papiers-peints et fournitures, soit du matériel qu'il ne se procurait pas « à son propre compte » (cf. ci-dessus : consid. 12b/bb) mais pour exécuter des travaux pour le compte de la recourante. En contrepartie de ces achats, il avait droit à une indemnisation forfaitaire de 35 % des sommes facturées à cette dernière. Ainsi, Monsieur C_____ n'assumait aucun risque d'encaissement et de du croire vis-à-vis des clients de la recourante et sa situation était également caractérisée par l'absence de risques pour mauvaises dispositions financières. Pour l'exécution de son activité de sous-traitant, les moyens engagés consistaient dès lors avant tout dans la mise à disposition de sa force de travail. En conséquence, le risque encouru ne différait guère de celui d'un salarié dont l'employeur ne s'acquitte pas du salaire pour le travail effectué. Par ailleurs, il ne ressort pas non plus du dossier que d'un point de vue contractuel, Monsieur C_____ ait eu à

répondre d'éventuelles malfaçons vis-à-vis des clients de la recourante (cf. ci-dessus : consid. 12a et 12b/aa). Bien qu'il ne soit pas exclu, au regard de la quantité et du montant des travaux effectués, que Monsieur C_____ se soit entouré d'auxiliaires pour mener à bien les travaux réalisés pour le compte de la recourante, il n'en reste pas moins que la jurisprudence a admis à plusieurs reprises que ni le recours à d'éventuels auxiliaires, ni la stipulation d'une rémunération dépendant du travail effectivement fourni par le sous-traitant (salaire au rendement/ mérite) n'étaient incompatibles avec le fait de ne pas encourir de risque entrepreneurial significatif (ATF 97 V 217 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 199/05 du 30 juin 2005 consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_303/2010 consid. 4.2). En outre, Monsieur C_____ était clairement dans une situation de dépendance, que ce soit dans l'organisation du travail ou sur le plan économique. En effet, il ne disposait pas de sa propre structure d'entreprise (locaux, bureaux etc.) dans le cadre de sa collaboration avec la recourante. Il ne ressort pas davantage des allégations de cette dernière, ni des pièces produites que Monsieur C_____ aurait disposé de son propre véhicule d'entreprise pour acheminer le matériel sur les divers chantiers de la recourante. Compte tenu de l'importance des travaux réalisés pour cette dernière sur une période de quatre années consécutives (CHF 146'000.- en 2010, CHF 149'000.- en 2011, CHF 126'000.- en 2012 et CHF 145'000.- en 2013 après déduction d'un forfait de 35% pour le matériel) et de l'absence d'activité parallèle dûment établie sur cette période, force est de constater qu'en cas d'interruption de la relation de sous-traitance qui le liait à la recourante, Monsieur C_____ se serait retrouvé dans la situation d'un salarié qui perd son emploi. Au regard de ces circonstances, les éléments caractéristiques de la libre entreprise ne sont pas suffisamment marqués, par opposition aux facteurs de dépendance organisationnelle et économique qui, pour leur part, sont présents d'une manière très nette. Il est donc manifeste que Monsieur C_____ ne traitait pas sur un pied d'égalité avec la recourante. En conséquence, la décision attaquée ne prête pas le flanc à la critique en tant qu'elle reprend les rémunérations versées par la recourante à Monsieur C_____ à titre de salaire, après déduction du forfait de 35% pour le matériel. 14. Reste à déterminer si l'intimée est en droit de prélever, outre les cotisations AVS/AI/APG/AC/AF et Amat, les cotisations fondées sur la convention collective de travail du second œuvre romand (ci-après : la CCT), convention à laquelle la recourante a déclaré se soumettre individuellement le 28 novembre 2008 (cf. art. 356b CO).>![endif]>![if> Aux termes de l'art. 63 al. 4 LAVS, la Confédération peut confier aux caisses de compensation des tâches ressortissant à d'autres domaines, en particulier en matière de soutien des militaires et de protection de la famille. Les cantons et les associations fondatrices peuvent faire de même avec l'approbation du Conseil fédéral. Selon l'art. 43 ch. 1 de la CCT, pour assurer une égale répartition des prestations mises à la charge des employeurs à teneur des art. 20, 21 (gypserie-peinture seulement), 25, 40 et 41 de la présente convention, chaque association patronale, excepté la marbrerie, dispose d'une caisse de compensation professionnelle. Cette dernière est également chargée de la perception et de la transmission aux institutions intéressées par des contributions dues en vertu des art. 35, 36, 38 et 42 de la présente convention. Les art. 35, 36, 38 et 42 CCT règlent respectivement les cotisations dues au titre de l'assurance-maladie perte de gain, l'assurance perte de gain en cas de maternité, la prévoyance professionnelle ainsi que la contribution aux frais d'exécution, de formation et de perfectionnement professionnel. En l'espèce, il ressort clairement des explications fournies par l'intimée le 15 février 2016 – au demeurant non contestées – qu'elle dispose « des autorisations d'autres tâches » de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), y compris pour prélever la cotisation de retraite

anticipée prévue à l'art. 39 de la CCT. En conséquence, la décision litigieuse peut être confirmée en tant qu'elle inclut les cotisations conventionnelles dans la reprise des rémunérations versées à Monsieur C_____. 15. a. Reste à examiner la question d'une éventuelle remise du paiement des cotisations arriérées. En réclamant à la recourante les arriérés de cotisations par décision du 24 mars 2015, l'intimée a exercé à temps son droit de fixer les cotisations (cf. art. 24 al. 1 LPGA, 16 al. 1 LAVS et 39 al. 1 RAVS). Elle était également fondée à lui réclamer des intérêts moratoires (art. 41bis al. 1 let. b RAVS). La détermination de leur montant est correcte. b/aa. Aux termes de l'art. 14 al. 4 let. d LAVS, le Conseil fédéral édicte des dispositions sur la remise du paiement des cotisations arriérées, même en dérogation à l'art. 24 LPGA. Selon l'art. 40 RAVS, celui qui pouvait croire de bonne foi qu'il ne devait pas les cotisations réclamées en sera exonéré pour le tout ou en partie lorsque le paiement de ces cotisations lui imposerait une charge trop lourde au regard de ses conditions d'existence (al. 1). La remise est accordée par la caisse de compensation, sur demande écrite de la personne tenue de payer des cotisations arriérées. Cette demande doit être motivée et être adressée à la caisse de compensation dans les trente jours à dater de la notification de l'ordre de paiement (al. 2). S'il est manifeste que les conditions posées à l'al. 1 sont remplies, la caisse de compensation peut aussi prononcer d'office la remise (al. 3). En pratique, il est également exigé que la remise du paiement des cotisations arriérées ne lèse pas les salariés concernés (arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 4 juillet 1963 p. 179 consid. 6) Une remise des cotisations peut également être accordée à une personne morale (ATF 113 V 251 consid. 2c). b/bb. En principe, les instructions, les circulaires et les directives administratives n'ont, selon la jurisprudence et la doctrine, pas force de loi et ne constituent pas du droit fédéral au sens de l'article 49 let. a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA – RS 172.021 ; ATF 121 II 473 consid. 2b; ATF 121 IV 64 consid. 3). Si les directives, circulaires ou instructions émises par l'administration ne peuvent contenir de règles de droit, elles peuvent cependant apporter des précisions quant à certaines notions contenues dans la loi ou quant à la mise en pratique de celle-ci. Sans être lié par elles, le juge peut néanmoins les prendre en considération en vue d'assurer une application uniforme de la loi envers chaque administré. Il ne doit cependant en tenir compte que si elles respectent le sens et le but de la norme applicable (ATF 121 II 473 consid. 2b). Les directives de l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après : OFAS) sur la perception des cotisations dans l'AVS, AI et APG (DP) valables dès le 1^{er} janvier 2008, qui sont régulièrement mises à jour notamment par rapport à l'évolution de la jurisprudence, comportent notamment les principes suivants : Dès l'instant que les cotisations réclamées font l'objet d'une procédure de recours, la remise de ces cotisations peut être demandée en cours de procès, à titre de conclusion subsidiaire (ch. 3064 DP). La caisse de compensation doit alors se prononcer sur cette demande et faire à ce sujet une proposition au juge (décision rendue «lite pendente»). Cette proposition tient lieu de décision de remise et permet au juge de statuer sur la question (RCC 1950, p. 260 ; ch. 3065 DP). c. En l'espèce, la chambre de céans s'abstiendra d'examiner matériellement les conditions d'une telle remise, une demande correspondante n'ayant été formée ni dans les trente jours à dater de la notification de l'ordre de paiement (art. 40 al. 2 RAVS), ni en cours d'instance. 16. Compte tenu de ce qui précède, le recours doit être rejeté. La recourante, qui succombe, n'a pas droit à des dépens (art. 61 let. g LPGA). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). *** 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.