

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/639/2013

ATAS/532/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 28 mai 2013

2^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur B _____, domicilié à ATHENAZ (AVUSY)

recourant

contre

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA
FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES FER CIAM
106.1, domicilié Rue Saint-Jean 98, GENEVE

intimé

Siégeant : Sabina MASCOTTO, Présidente; Diane BROTO et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur B _____ (ci-après l'assuré ou le recourant), né en 1950, a déposé le 9 mars 2012 une demande d'adhésion en tant qu'indépendant à la FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDE afin d'être affilié à la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS FER-CIAM (ci-après: la caisse ou l'intimée) pour l'AVS et à la CIEPP pour la LPP. Le siège de l'entreprise est à son domicile privé et le secteur d'activité est celui du consulting. Le revenu annuel net est estimé à 50'000 fr. et l'activité est exercée depuis 2010.
2. A la demande de la caisse, l'assuré a donné les précisions quant à son activité. Il s'agit d'une raison individuelle, sans inscription au registre du commerce. La valeur des installations pour son bureau est de 10'000 fr. et le loyer annuel de 8'400 fr. Il n'emploie pas de personnel. Il a une dizaine de clients, soit des sociétés anonymes pour lesquelles il effectue l'administration, des travaux de consultations, de conseil et/ou de domiciliation. Certains mandats ont débutés en janvier 2007 déjà. La rétribution est fixée sur la base d'honoraires ou de factures à la tâche. Le risque d'entrepreneur est d'être "débarqué" par décision des actionnaires ou en raison des difficultés de l'entreprise elle-même. Le matériel à sa charge est détaillé (ordinateur, fax, scanner, téléphone, photocopieuse et véhicule pour un montant annuel de 32'000 fr.). Les frais d'entretien de ce matériel sont également à sa charge, de même que les frais généraux (téléphone, essence, déplacements). La perte éventuelle qu'il doit supporter est celle de perdre le mandat, ce qui n'est pas arrivé pour l'instant. Il supporte un éventuel risque à l'encaissement, étant précisé qu'un ancien mandant lui doit plus de 50'000 fr. Il n'est pas nécessaire de faire de la publicité, car il obtient les mandats par du "bouche à oreilles".
3. L'assuré a produit diverses factures qu'il a adressées à ses clients, celles-ci mentionnent "honoraires et frais d'administrateur" pour une période annuelle, d'un montant identique chaque année (2009-2010, 2010-2011, 2011-2012). D'autres, plus récentes, émises entre janvier et mai 2012, font un récapitulatif des commissions sur factures de domiciliation pour l'année 2011 ou le décompte des prestations de l'année 2011 (administration et représentation légale, intervention auprès des pouvoirs publics et des administrations, signature de contrats de baux, etc., tenue d'assemblées générales, suivi des actions de la société, actions envers des fournisseurs et/ou clients, frais de déplacements).
4. Par pli du 16 mai 2012, la caisse a informé l'assuré qu'à teneur de la loi, il n'était pas possible de l'affilier en qualité de personne exerçant une activité indépendante et il appartenait aux sociétés anonymes mentionnées de déclarer les honoraires versés auprès de leur caisse de compensation, en précisant que si l'assuré souhaitait recevoir une décision de refus formel, il devait la requérir dans un délai de 30 jours.

5. L'assuré a indiqué, lors d'un entretien dans les bureaux de la caisse en juin 2012, qu'une partie de son activité pour les sociétés comportait d'autres tâches que celle d'administrateur et que c'était à l'issue d'une période de chômage qu'il avait débuté une activité indépendante en 2010, depuis son domicile.
6. Par décision du 22 octobre 2012, la caisse a rejeté la demande d'affiliation en qualité de personne exerçant une activité indépendante de l'assuré. Les tâches effectuées pour les sociétés gérées relèvent typiquement d'une activité salariée. Les commissions facturées à l'une des sociétés pour des domiciliations de sociétés concernent une sous-traitance qui, en droit de l'AVS, est considérée comme une activité salariée également. Les autres activités consistent à être administrateur unique et gérant et les honoraires provenant de ces sociétés sont également du salaire déterminant d'une activité dépendante. Ainsi, l'assuré doit être considéré comme étant salarié de la société de domiciliation ainsi que des autres sociétés qu'il gère.
7. L'assuré a formé opposition le 31 octobre 2012. Les conclusions de la caisse sont fondées sur de simples estimations et ne tiennent pas compte de la situation réelle. Après une période de chômage, il a réussi à se reconstruire une situation et, après quelques années incertaines, il a décidé de se régulariser vis-à-vis de l'AVS. Il ne dépend de personne, assume seul les risques liés à l'activité et estime donc être indépendant. A la demande de la caisse, l'assuré a précisé qu'aucun contrat ne le liait à la société "X_____ SA", s'agissant de relations d'affaires de vendeur à client pour quelques cas. Lorsqu'un client veut créer ou acheter une société existante, il contacte ladite société en tant que fournisseur éventuel puis facture au client le coût de la société augmenté de sa marge. Si la société décide de recourir aux prestations de domiciliation de société, il touche une commission annuelle qu'il facture à la société en question mais les contrats de domiciliation sont établis entre les sociétés concernées et X_____ SA.
8. En réponse aux questions de la caisse, les caisses de compensation AVS du canton de Nidwald et du canton du Valais ont indiqué que l'assuré ne pouvait pas être considéré comme étant indépendant. Il touche des honoraires d'administrateur qui font partie du salaire déterminant, selon la caisse valaisanne. Il est administrateur unique de sept sociétés domiciliées dans le canton de Nidwald et cette activité ne peut pas être considérée comme étant indépendante, les honoraires perçus étant du salaire déterminant. La caisse du canton de Nidwald indique de plus qu'elle entreprendra durant l'année un contrôle auprès X_____ SA concernant les salaires déclarés.
9. Par décision sur opposition du 24 janvier 2013, la caisse a maintenu sa décision. L'assuré assume une fonction d'administrateur dans presque toutes les sociétés mentionnées et, par ailleurs, les tâches figurant sur les factures sont directement liées à l'administration d'une société. Le suivi des dossiers clients est une tâche qui

doit être considérée comme une activité dépendante, car il s'agit de gérer une partie des affaires comme le fait un employé. S'agissant de la collaboration avec X_____ SA, il s'agit d'une activité d'apporteur d'affaires. Les commissions touchées par les apporteurs sont en général à considérer comme provenant d'une activité dépendante, à moins que la personne concernée ne dispose de sa propre structure de travail (locaux professionnels, personnel engagé et frais liés à l'activité à charge). L'activité salariée a d'ailleurs été confirmée par les caisses du Valais et de Nidwald.

10. Par pli du 20 février 2013, l'assuré dépose un recours contre la décision sur opposition. Son activité est indépendante, car il s'assume, facture et prends tous les risques seul. La remise en question de ce statut lui a valu la perte de deux clients. Il estime que la caisse l'a trompé, dès lors qu'elle utilise les documents demandé pour lui donner tort et tirer des conclusions erronées. Il n'est employé d'aucune structure ou société et il entend se mettre à jour avec l'AVS, vu son âge.
11. Par pli du 15 mars 2013, la caisse maintient les termes de sa décision sur opposition. Pour la plupart des sociétés, l'assuré est inscrit au registre du commerce des cantons de Nidwald et du Valais en qualité d'administrateur, de sorte qu'il exerce une activité dépendante. Les commissions versées par X_____ SA proviennent également d'une activité dépendante.
12. Un délai au 8 avril 2013, prolongé au 19 avril 2013 à la demande de l'assuré, lui a été imparti pour consulter les pièces produites par la caisse et cas échéant se déterminer, ce qu'il n'a pas fait.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS; RS 831.10).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, est applicable au cas d'espèce.
3. Déposé en la forme requise, le recours est recevable (art. 89B loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985; RS E 5 10).
4. Le litige porte sur le statut d'indépendant ou de salarié de l'assuré en raison de l'activité lucrative qu'il exerce.

5. a) 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 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS ; RS 831.10) et art. 6 ss du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 31 octobre 1947 (RAVS ; RS 831.101). Selon 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). Ces dispositions, toujours en vigueur, n'ont pas été modifiées par l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1 ; cf. rapport de la Commission du Conseil national de la sécurité sociale et de la santé du 26 mars 1999, FF 1999 IV pp. 4195-4198), la jurisprudence développée en matière d'AVS s'appliquant d'ailleurs à l'interprétation des dispositions de la LPGA précisant les notions de travailleur salarié et de personne exerçant une activité lucrative indépendante (art. 10 et 12 LPGA; KIESER, ATSG-Kommentar, Zurich 2003, ad art. 10, n° 8 et ad art. 12, n° 5-6). Le salaire déterminant, au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Font partie du salaire déterminant, par définition, toutes les sommes touchées par le salarié, si leur versement est économiquement lié au contrat de travail; peu importe, à ce propos, que les rapports de service soient maintenus ou aient été résiliés, que les prestations soient versées en vertu d'une obligation ou à titre bénévole (ATF 128 V 176 consid. 3c p. 180, 126 V 221 consid. 4a p. 222, 124 V 100 consid. 2 p. 101 et la jurisprudence citée).

b) A cet égard, les articles 7 et ss. RAVS définissent ce qu'il faut entendre par salaire déterminant soumis à cotisations, soit notamment:

- a. le salaire au temps, aux pièces (à la tâche) et à la prime, y compris les indemnités pour les heures supplémentaires, le travail de nuit et en remplacement;
- b. les allocations de résidence et de renchérissement;
- c. les gratifications, les primes de fidélité et au rendement, ainsi que la valeur d'actions remises aux salariés, dans la mesure où celle-ci dépasse le prix d'acquisition et où le salarié peut disposer des actions; s'agissant des actions liées remises aux salariés, la valeur et le moment de la réalisation du revenu sont déterminés d'après les dispositions relatives à l'impôt fédéral direct;
- d. les pourboires, s'ils représentent une part importante du salaire;

- e. les prestations en nature ayant un caractère régulier;
 - f. les provisions et les commissions;
 - g. les tantièmes, les indemnités fixes et les jetons de présence des membres de l'administration et des organes dirigeants des personnes morales;
 - h. les honoraires des privat-docents et des autres personnes qui, dans l'enseignement, sont rétribués de manière analogue;
- c) Selon la jurisprudence, le point de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée ne doit pas être tranché d'après la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires. Ce qui est déterminant, bien plutôt, ce sont les circonstances économiques. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir éventuellement quelques indices pour la qualification en matière d'AVS, mais ne sont pas déterminants. Est réputé salarié, d'une manière générale, celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise, et ne supporte pas le risque économique 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 (ATFA non publié du 19 mai 2006, H 6/05, consid. 2.2; ATF 123 V 162 consid. 1 et les arrêts cités). La notion de dépendance englobe les rapports créés par un contrat de travail, mais elle les déborde largement. Ce n'est pas la nature juridique, en droit des obligations, du lien établi entre les parties, mais l'ensemble des circonstances économiques de chaque cas qui est décisif (DUC, in GREBER/DUC/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).

d) 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 (ATFA non publié du 19 mai 2006, H 6/05, consid. 2.3). 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 (ATFA non publié du 19 mai 2006, H 6/05, consid. 2.3). 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 (ATFA non publié du 19 mai 2006, H 6/05, consid. 2.3). Le risque économique encouru par l'entrepreneur peut être défini comme étant celui que court la personne qui doit compter, en raison d'évaluations ou de comportements professionnels inadéquats, avec des pertes de la substance économique de l'entreprise. Constituent notamment des indices révélant l'existence d'un risque économique d'entrepreneur le fait que l'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 (ATFA non publié du 19 mai 2006, H 6/05, consid. 2.3).

e) 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 (ATF non publié du 14 février 2007, H 19/06, consid. 5.1 et les réf. citées).

6. a) Selon les directives sur le salaire déterminant AVS, état au 1er janvier 2013, le rapport social de dépendance économique, respectivement, dans l'organisation du travail, du salarié se manifeste notamment par l'existence d'un droit de donner des instructions au salarié; d'un rapport de subordination, de l'obligation de remplir la tâche personnellement, d'une prohibition de faire concurrence, d'un devoir de présence (no 1015). Si le risque économique se limite à la dépendance à l'égard d'une activité donnée, le risque d'entrepreneur réside, en conséquence, dans le fait qu'en cas de révocation des mandats, la personne se retrouve dans une situation semblable à celle d'un salarié qui perd son emploi ce qui représente une caractéristique typique d'une activité lucrative salariée (no 1018).

b) Les rétributions versées à un assuré en sa qualité d'organe d'une personne morale font partie du salaire déterminant (no 2034). Font partie des rétributions allouées aux organes notamment les honoraires, les salaires et autres indemnités fixes des membres de l'administration, de même que les jetons de présence. Les organes des personnes morales sont notamment les membres de l'administration (tels les membres du conseil d'administration des sociétés anonymes) ainsi que les tiers à qui la gestion ou la représentation de la société a été transférée en tout ou en partie (tels les directeurs), les membres du comité des associations, les membres du conseil des fondations et les membres des organes de contrôle. La société qui effectue les versements d'honoraires d'administrateurs est tenue de faire le décompte des cotisations paritaires avec sa caisse de compensation; peu importe que le membre du conseil d'administration qui reçoit personnellement la rétribution puisse la conserver ou non. (no 2035 à 2037). Un assuré qui a la qualité d'organe d'une personne morale peut aussi avoir la situation d'un tiers vis-à-vis de la société

(ainsi par exemple l'entrepreneur, l'avocat, l'agent fiduciaire, le comptable, qui font partie du conseil d'administration d'une société anonyme). S'il agit en qualité de tiers vis-à-vis de la société, le gain découlant d'une telle activité se caractérise comme un revenu d'une activité indépendante. Pour qualifier cette indemnité, il faut se demander si l'activité pour laquelle l'indemnité est versée est liée à la qualité d'organe de la société, ou si elle aurait pu être exercée tout aussi bien indépendamment de cette fonction (no 2042).

c) Sont réputées voyageurs (voyageurs de commerce, représentants, agents, etc.) au sens de l'AVS, 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 (no 4020). Les voyageurs ne sont qu'exceptionnellement considérés comme des travailleurs indépendants.

Pour cela, il doit supporter un véritable risque économique d'entrepreneur, c'est-à-dire qu'il doit disposer d'une propre organisation de vente. Une telle organisation existe lorsque les trois conditions suivantes sont remplies simultanément:

- il utilise ses propres locaux commerciaux ou des locaux qu'il loue (bureaux, magasins, locaux d'exposition, de démonstration, etc.; ne sont pas considérés comme des locaux commerciaux les locaux où loge le voyageur et où il gare des automobiles);
- il occupe du personnel (personnel de bureau, sous représentants etc.; ne comptent pas comme personnel l'épouse ou l'époux, le partenaire enregistré et les autres membres de la famille participant aux travaux sans toucher un salaire en espèces, de même que les employés de maison);
- il supporte lui-même la majeure partie des frais généraux (no 4025).

7. La jurisprudence, n'a jamais remis en cause le fait que la rémunération des administrateurs de sociétés est du salaire. C'est uniquement la qualification de salaire pour la rémunération versée à des personnes exerçant à titre accessoire une activité de réviseur d'une société anonyme qui a été jugée contraire au droit (ATF 123 V 161). Dans le cadre de la TVA, le Tribunal fédéral (arrêt A. du 27 octobre 2000, 2A.468/1999) a considéré - en se fondant sur sa jurisprudence en matière de double imposition en matière intercantonale (ATF 121 I 259) - que les administrateurs exercent une activité dépendante et, partant, ne sont pas assujettis à la taxe en vertu de l'art. 17 al. 1 OTVA. Ainsi, l'art. 21 al. 1, seconde phrase, de la loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée du 2 septembre 1999 (LTVA; RS 641. 20), en vigueur depuis le 1er janvier 2001, dispose notamment que l'activité des membres des conseils d'administration est considérée comme une activité dépendante.

8. En l'espèce, le recourant est inscrit comme administrateur de sept sociétés au registre du commerce de Nidwald et de trois sociétés à celui du Valais. Les activités mentionnées dans les factures émises sont celles d'un administrateur (organisation et participation à l'assemblée générale, suivi des dossiers et des actions de la société, intervention auprès de tiers et signature de contrats). L'activité est exercée conformément aux instructions des actionnaires et le fait que l'assuré puisse organiser son temps librement n'est à cet égard pas déterminant. Au demeurant, l'assuré ne prétend pas que son activité pour la société serait celle d'un avocat ou d'un entrepreneur indépendant et qu'elle pourrait être assurée par un tiers non membre du conseil d'administration. D'ailleurs, le seul risque de l'administrateur est de ne pas être réélu, au même titre qu'un salarié qui ne donne pas satisfaction peut être licencié. Ainsi, la rémunération d'administrateur doit être considérée comme du salaire déterminant dans le cadre d'une activité dépendante et déclarée comme telle par les diverses sociétés concernées. Pour ce qui est de la domiciliation des sociétés (douze sociétés, l'assuré étant administrateur de six d'entre elles), force est de constater que le recourant ne remplit pas les conditions pour se voir reconnaître le statut d'indépendant, dès lors qu'il n'a pas de locaux professionnels séparés de son domicile et n'emploie pas d'agents. Il appartient donc à la société X_____ SA de déclarer les commissions versées comme du salaire déterminant de l'assuré à la caisse AVS compétente. Au demeurant, ces domiciliations représentent 5'500 fr. de salaire sur un total de plus de 98'000 fr. en 2011. Finalement, les efforts de l'assuré pour retrouver une activité lucrative par ses propres moyens ne sont pas déterminants pour qualifier le revenu réalisé et si l'une des sociétés a mis un terme à la collaboration en raison des questions liées aux cotisations AVS, c'est qu'elle méconnaît la jurisprudence constante du Tribunal fédéral en matière de rémunération des administrateurs.
9. Le recours, mal fondé, est rejeté.

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Irène PONCET

Sabina MASCOTTO

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le