RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1340/2020 **ATAS/615/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 15 juin 2021

15ème Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée _____, à HORGEN, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Stéphane JORIS	recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, Service juridique, sise rue des Gares 12, GENÈVE	intimée

Siégeant : Marine WYSSENBACH, Présidente; Andres PEREZ et Maria Esther SPEDALIERO, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Madame A_____ (ci-après : l'assurée ou la recourante) a requis, en date du 30 juillet 2019, par l'intermédiaire de la société B_____SA, son affiliation auprès de la caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : CCGC) comme personne sans activité lucrative dès le 23 juin 2017. Elle n'avait perçu aucun revenu en 2017 et 2018.

2. Par décisions d'affiliation respectivement de cotisations du 2 septembre 2019, la CCGC a affilié l'assurée comme personne sans activité lucrative, au 1er juillet 2017, et a fixé le montant de ses cotisations personnelles pour les années 2017 à 2019. En 2017, le montant des cotisations personnelles a été établi définitivement sur la base de la communication reçue de l'administration fiscale cantonale. Pour les années 2018 et le mois de janvier 2019, dans l'attente des communications fiscales y relatives, le montant des cotisations personnelles a été établi provisoirement sur la base de la communication fiscale 2017.

3. Par courrier du 1er octobre 2019, l'assurée a, toujours par l'intermédiaire de B_____SA, formé opposition aux décisions susmentionnées au motif qu'elle était directrice et cofondatrice d'une société anonyme en Grande-Bretagne, activité pour laquelle elle ne recevait aucun revenu. Elle demandait son affiliation comme travailleur indépendant et que le montant de ses cotisations soient fixé au minimum.

4. Par courrier du 19 décembre 2019, la CCGC a accusé réception de l'opposition.

5. Par décision du 10 mars 2020, la CCGC a considéré que l'assurée qui avait initialement demandé son affiliation comme personne sans activité lucrative en précisant ne percevoir aucun revenu en 2017 et en 2018 avait allégué soudainement au stade de l'opposition qu'elle avait une activité sans aucun revenu. Ce fait ne remettait pas en cause son affiliation comme personne sans activité lucrative. En effet, les conditions pour être considéré comme indépendant du point de vue des assurances sociales suisses n'étaient pas remplies dès lors que l'assurée ne percevait pas de rémunération. La CCGC a rejeté l'opposition et maintenu ses décisions du 2 septembre 2019.

6. Par acte du 8 mai 2020, l'assurée a saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS) d'un recours contre la décision précitée, concluant à l'annulation de cette décision et à ce que la chambre de céans prenne une nouvelle décision en tenant compte du fait qu'elle exerçait une activité lucrative indépendante, même en l'absence de rémunération, de manière durable et à temps plein et que les montants des cotisations dues devaient être fixés au minimum pour les années 2017, 2018 et 2019 en application de l'art. 8 al. 2 LAVS, sous suite de frais et dépens. L'assurée a exposé être de nationalité philippine et être arrivée en Suisse le 23 juin 2017. Elle avait résidé dans le canton de Genève jusqu'au 30 janvier 2019 et était désormais domiciliée dans le canton de Zurich. Elle avait étudié aux États-Unis et en Angleterre et avait travaillé pour plusieurs entités publiques et privées, avant de fonder sa propre société, enregistrée le

11 décembre 2015 au Royaume-Uni, dont elle était actionnaire majoritaire et membre du conseil d'administration. Cette société avait un but lucratif et pour objectif le développement de plateformes indépendantes d'analyses de risques souverains. La société employait dix personnes. Bien qu'elle avait réalisé un chiffre d'affaires de GBP 10'000.- en 2015 et 2016, de GBP 37'400.- en 2017, de GBP 26'600.- en 2018 et de GBP 23'002.- en 2019, elle n'avait pas encore pu dégager de revenu. La recourante n'avait dès lors pas encore pu percevoir de rémunération mais avait un investi des fonds propres soit GBP 563'800.-. B_____SA avait rempli pour elle, par erreur, le formulaire pour personne sans activité lucrative. Elle faisait grief à l'intimée d'avoir constaté de façon inexacte les faits pertinents. Elle exerçait une activité lucrative durable et à plein temps (entre le 1er juillet et le 31 décembre 2017, pendant plus de neuf mois entre le 1er janvier et le 31 décembre 2018 et entre le 1er janvier et le 31 décembre 2019, elle avait consacré plus de huit heures par jour), supportait le risque économique et avait le droit de prendre des dispositions touchant à la marche de l'entreprise, de sorte qu'elle remplissait les différents critères retenus par l'OFAS pour retenir un statut d'indépendant. Les cotisations auraient dû être fixées au minimum, soit à CHF 478.- en 2017 et 2018 et à CHF 482.- en 2019.

7. Par acte du 9 juin 2020, l'intimée a fait parvenir sa réponse à la chambre de céans. Elle concluait au rejet du recours et se référait à sa décision sur opposition en relevant que la requérante avait demandé à être affiliée en tant que personne indépendante après avoir constaté le montant des cotisations. Bien qu'elle était active depuis 2015 dans sa société anglaise, elle n'avait touché aucun revenu jusqu'en 2019, soit près de quatre ans après la création de la société. Il était surprenant que la responsable d'une société anglaise en pleine création dont la charge de travail devait être importante soit domiciliée en Suisse. Même si les connexions informatiques permettaient aujourd'hui d'avoir une certaine distance physique avec son travail, il était clair que dans le cadre du travail managérial une présence quotidienne était nécessaire.

8. Le 25 juin 2020, la recourante a fait parvenir des observations à la chambre de céans. Elle avait payé toutes les cotisations avant même d'avoir reçu la décision sur opposition. Le Tribunal fédéral avait considéré que ce n'était qu'après une durée de dix à quinze ans qu'une activité exercée sans recette ne pouvait plus être qualifiée de lucrative (ATF 115 V 161). La société était entièrement dématérialisée et les technologies actuelles permettaient à la recourante de travailler à distance ; elle se rendait régulièrement à Londres afin de rencontrer ses équipes lorsque cela était nécessaire.

9. Les 2 juillet et 4 août 2020, respectivement l'intimée a indiqué ne pas avoir de remarque particulière à communiquer à la chambre de céans sur les observations de la recourante, et cette dernière ne pas avoir d'observations complémentaires à faire.

10. La chambre de céans a sollicité des pièces complémentaires de la recourante, soit les contrats de travail de ses employés, la preuve du paiement de l'investissement

de GBP 563'800.- et toutes preuves des activités déployées en Grande-Bretagne par pli du 23 février 2021.

11. Dans le délai au 2 mars 2021, puis prolongé au 31 mars 2021, la recourante a indiqué que sa société n'employait pas de salarié, mais recourait à des prestataires de services indépendants, dont Messieurs C_____ et D_____, actifs au travers de vonautomatisch.at dans le domaine de l'informatique. Elle a produit le relevé bancaire de sa société montrant un des versements d'un montant total de GBP 301'000.- entre avril 2016 et juillet 2019 (soit GBP 100'000.- entre le 18 et le 21 avril 2016, GBP 80'000.- le 4 avril 2018, GBP 49'000.- le 30 janvier 2019 et de GBP 72'000.- le 23 juillet 2019). Elle a indiqué avoir apporté GBP 216'000.- en octobre et décembre 2020, soit un total de GBP de 517'000.-. Elle a ajouté, pièces à l'appui (dont de nombreux courriels professionnels au sujet des activités de la société entre 2015 et 2021), qu'en tant que cofondatrice et managing partner, elle organisait des conférences et coordonnait les relations entre la société et des prestataires externes. Elle a indiqué qu'elle développait également des relations clients, sans produire les contrats conclus avec des clients, dans la mesure où ils étaient couverts par des accords de confidentialité, mais se disant prête à le faire.

12. Dans le délai imparti pour se déterminer sur les pièces et la détermination du 2 mars 2021 de la recourante, l'intimée a répondu que la recourante ne pouvait pas être comparée à des mandataires externes à la société, vu son implication dans celle-ci. Les investissements étaient en lien avec sa qualité de cofondatrice mais ne constituaient pas un indice d'une activité indépendante développée en parallèle à la société. Si par impossible la chambre de céans retenait que la recourante exerçait une activité lucrative, la problématique de l'activité salariée devait être examinée.

13. Par acte du 11 mai 2021, la recourante a fait valoir qu'elle exerçait une activité indépendante à plein temps sans avoir pu percevoir de rémunération depuis 2016, ce qui n'était pas rare durant les années suivant la création d'une société. Elle était responsable des risques, ce que ses investissements démontraient. Elle persistait dans ses conclusions.

14. Le 11 mai 2021, la cause a été gardée à juger.

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 - E 2 05), 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. Interjeté dans les forme et délai prescrits, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

3. Le litige porte sur la question de savoir si l'intimée est fondée à considérer la recourante en tant que personne sans activité lucrative du 1er juillet 2017 à fin 2019.

4. a. Selon l'art. 1a al. 1 let. a et b LAVS, les personnes physiques domiciliées en Suisse et les personnes physiques exerçant en Suisse une activité lucrative sont assurées obligatoirement à la LAVS.

   b. Aux termes de l'art. 3 al. 1 LAVS, les assurés sont tenus de payer des cotisations tant qu'ils exercent une activité lucrative. Les personnes sans activité lucrative sont tenues de payer des cotisations à compter du 1er janvier de l'année qui suit la date à laquelle elles ont eu 20 ans et cette obligation cesse à la fin du mois où les femmes atteignent l'âge de 64 ans, les hommes l'âge de 65 ans.

5. a. Les cotisations des assurés qui exercent une activité lucrative sont calculées en pourcentage du revenu provenant de l'exercice de l'activité dépendante ou indépendante (art. 4 al. 1 LAVS).

   b. La jurisprudence entend par les termes d'activité lucrative, au sens de l'art. 4 al. 1 LAVS, l'exercice d'une activité personnelle déterminée, destinée à l'obtention d'un revenu et à l'accroissement du rendement économique. Pour établir l'existence d'une telle activité, il n'est pas nécessaire de savoir si l'intéressé a subjectivement l'intention d'obtenir un gain pour lui-même. Cette intention doit bien plutôt ressortir des circonstances économiques du cas particulier. Le critère essentiel démontrant l'existence d'une activité lucrative réside ainsi dans la concrétisation planifiée d'une volonté correspondante sous la forme d'une prestation de travail, cet élément devant également être établi à satisfaction de droit (ATF 125 V 383 consid. 2a publié in VSI 2000, p. 52 et les références).

6. L'art. 8 al. 1 LAVS fixe la méthode de calcul des cotisations sur le revenu provenant d'une activité indépendante. Selon la loi en vigueur jusqu'en 2019, si le revenu annuel de l'activité indépendante était égal ou inférieur à CHF 9'300.-, l'assuré payait une cotisation minimale de CHF 392.- par an, sauf si ce montant a déjà été perçu sur son salaire déterminant. Dans ce cas, l'assuré peut demander que la cotisation due sur le revenu de l'activité indépendante soit perçue au taux le plus bas du barème dégressif (art. 8 al. 2 aLAVS). Dès 2019, si le revenu était égal ou inférieur à CHF 9'400.-, la cotisation était de CHF 395.- par an et dès 2020, de CHF 409.- par an (art. 8 al. 2 LAVS).

7. Sont considérées comme inactives les personnes qui n'exercent pas d'activité lucrative au sens de l'art. 10 al. 1 LAVS. Les personnes dont l'activité lucrative est insignifiante en termes de temps et d'étendue, c'est-à-dire les personnes qui n'exercent pas d'activité lucrative permanente, sont traitées de la même manière (art. 10 al. 1 LAVS en liaison avec l'art. 28bis al. 1 RAVS ; ATF 140 V 338 consid. 1.1 ; ATF 139 V 12. consid. 4.2).

8. Une activité indépendante existe généralement lorsque la personne assujettie au paiement des cotisations participe à l'activité économique par l'utilisation du travail et du capital dans le cadre d'une auto-organisation librement déterminée et de

manière visible pour le monde extérieur, dans le but de fournir des services ou de créer des produits, dont l'utilisation ou l'acquisition est compensée par des avantages financiers ou pécuniaires (ATF 143 V 177 consid. 3.3 ; arrêts du Tribunal fédéral des assurances H 2/06 du 10 avril 2006 consid. 4.5 et H 158/01 du 28 mai 2002 consid. 2b/bb).

9. À titre d'exemple, le Tribunal fédéral a jugé qu'un assuré ayant subi des pertes en élaborant un modèle d'analyse des événements boursiers était considéré comme un travailleur indépendant parce qu'il s'était installé dans des locaux plus vastes pour son activité, avait réalisé des investissements élevés pour l'acquisition de données et avait engagé du personnel qualifié. En particulier, le fait qu'il ait employé à grande échelle et pendant une longue période sa propre main-d'œuvre ou une main-d'œuvre extérieure et qu'il ait investi des moyens financiers considérables plaidait en faveur du caractère commercial de son activité et contre l'hypothèse d'un simple hobby (ATF 115 V 161, en particulier consid. 11b p. 175 s. ; ATF 143 V 177 consid. 3.3).

10. Selon la jurisprudence, un assuré qui se qualifie d'indépendant mais qui n'enregistre aucun revenu provenant d'une activité lucrative ou de pertes d'exploitation, ne peut être qualifié d'inactif au motif de l'absence de revenus soumis à cotisations. La question de savoir si une personne assurée exerce une activité lucrative au sens de l'art. 8 al. 2 1ère phrase LAVS ne s'apprécie pas en fonction du montant de la cotisation au sens de l'art. 10 al. 1 LAVS, mais en fonction de la situation économique réelle (ATF 115 V 161 consid. 6e ; ATF 143 V 177 consid. 4ss).

11. 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. Souvent, on trouve des caractéristiques se rapportant aussi bien à une activité lucrative dépendante qu'indépendante et la question doit alors être tranchée au regard des éléments prépondérants (ATF du 14 février 2007, H 19/06, consid. 3.1 ; ATF 123 V 161 consid. 1 p. 162).

    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). Un autre élément permettant de qualifier la rétribution compte tenu du lien de dépendance de celui qui la perçoit est le fait qu'il s'agit d'une collaboration régulière, autrement dit que l'employé est régulièrement tenu de fournir ses prestations au même employeur (ATF du 10 janvier 2005, H 334/03, consid. 6.2.1). 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 ducroire, supporte les frais généraux, agit en son propre nom et pour son propre compte, se procure lui-même les mandats, occupe du personnel et utilise ses propres locaux commerciaux (SCARTAZZINI, in GREBER / DUC / SCARTAZZINI, Commentaire des art. 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, Bâle, 1997, n. 111 ad art. 5 LAVS). Cependant, le critère du risque économique de l'entrepreneur n'est pas à lui seul déterminant pour juger du caractère dépendant ou indépendant d'une activité. C'est l'ensemble des circonstances du cas concret qui permet de déterminer si on est en présence d'une activité dépendante ou indépendante, en particulier la nature et l'étendue de la dépendance économique et organisationnelle à l'égard du mandant ou de l'employeur. Cet aspect peut singulièrement parler en faveur d'une activité dépendante dans les situations dans lesquelles l'activité en question n'exige pas, de par sa nature, des 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).

12. En l'occurrence, la recourante est cofondatrice d'une société qui a été incorporée en Grande-Bretagne en 2015. Elle a investi des sommes importantes dans sa société qui poursuit un but lucratif. À teneur des divers échanges de courriels produits dans le cadre de cette procédure, la recourante organise des événements, gère et participe à l'activité de la société à titre professionnel depuis 2015 déjà. Il n'existe aucun indice de rapport de subordination entre la recourante dans ce cas et la société, les courriels au dossier démontrant au contraire qu'elle coordonne et gère de manière indépendante ses propres activités et celles de la société. La société, si elle ne permet pas encore à la recourante de se verser une rémunération, fait néanmoins un chiffre d'affaires et est destinée à devenir rentable à terme. L'activité a été menée dans l'intention de réaliser un profit et était adaptée à la réalisation d'un profit durable.

    Au vu des investissements consentis par la recourante, du but de la société, de l'activité déployée par la recourante, du caractère professionnel de cette activité et de l'existence d'un chiffre d'affaires, il apparaît hautement vraisemblable que la recourante exerce une activité professionnelle de façon indépendante et non un simple hobby. Elle ne peut par ailleurs pas être considérée comme une personne salariée dans la mesure où elle est cofondatrice d'une société dans laquelle elle a investi plus de GBP 500'000.- et supporte les risques économiques.

13. Au vu de ce qui précède, la décision attaquée sera annulée. Il appartiendra à l'intimée de considérer la recourante comme une personne indépendante et de fixer les cotisations dues.

14. La recourante obtenant gain de cause, elle se verra allouer CHF 1'500.- de dépens, à la charge de l'intimée.

15. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA, dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020).

* * * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision du 10 mars 2020.
4. Renvoie le dossier à l'intimée pour qu'elle statue conformément aux considérants.
5. Alloue à la recourante CHF 1'500.- à titre de dépens à la charge de l'intimée.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. 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
Marie NIERMARÉCHAL	Marine WYSSENBACH

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