RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1463/2020 **ATAS/708/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 30 juin 2021

4ème Chambre

En la cause

A_____SA, sise _____, à GENÈVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Charles PIGUET	recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, sise rue des Gares 12, GENÈVE	intimée
Monsieur B_____, domicilié c/o Madame C_____, _____, GRAND-SACONNEX	intimé

Siégeant : Catherine TAPPONNIER, Présidente; Antonio Massimo DI TULLIO et Larissa ROBINSON-MOSER, Juges assesseur·e·s

EN FAIT

A. a. Le 18 octobre 2019, Monsieur B_____ (ci-après l'intéressé) a requis son affiliation en qualité de travailleur indépendant pour une activité de consultant entamée le 1er avril 2018. Il déclarait ne pas avoir été salarié avant de débuter son activité indépendante et ne pas développer d'activité salariée en parallèle à celle-ci. Il recherchait sa clientèle par un site internet et par des connaissances. À ce jour, il avait plus de cinquante clients effectifs.

En annexe de sa demande, l'intéressé a transmis un contrat de consultant rédigé en anglais le liant à A_____SA - Genève « in formation » (ci-après la société ou la recourante).

b. À teneur du registre du commerce, la société a été inscrite le 25 mai 2018 et elle a pour but toutes opérations de supervision internationale de marchandises, de tests, d'analyse et d'inspections techniques ainsi que la gestion de stocks, d'arrivages, de contrôle de marchandises et de certifications. Monsieur D_____, résidant en Inde, en est l'administrateur président, Monsieur E_____, résidant en Inde, en est l'administrateur vice-président et Monsieur F_____, résidant à Genève, en est administrateur.

c. Par décision du 7 novembre 2019, le service des indépendants de la caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la caisse ou l'intimée) a informé l'intéressé, avec copie à la société et à la caisse de compensation de la FER, Agence FER-CIAM, que les circonstances économiques dans lesquelles son activité était exercée ne permettaient pas de le considérer comme indépendant.

B. a. Le 9 décembre 2019, la société a formé opposition à la décision de la caisse du 7 novembre 2019. Elle avait conclu un contrat de consultant avec l'intéressé, qui facturait régulièrement ses activités en qualité d'indépendant et celui-ci s'était toujours présenté comme étant un consultant indépendant. Partant, elle sollicitait que ce statut lui soit reconnu.

b. Par décision sur opposition du 22 avril 2020 adressée au conseil de la société, la caisse a considéré que l'activité exercée par l'intéressé pour le compte de celle-ci s'apparentait davantage à celle d'un salarié du point de vue des assurances sociales suisses qu'à celle d'un travailleur indépendant, malgré les termes de son contrat de consultant indépendant.

C. a. Le 25 mai 2020, la société a recouru contre la décision de la caisse du 22 avril 2020 auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice, concluant à ce qu'il soit dit que l'intéressé exerçait une activité lucrative indépendante en tant que consultant pour la période du 1er avril 2018 au 16 octobre 2019, avec suite de frais et dépens.

b. Le 11 juin 2020, la caisse a répondu que les arguments avancés par la recourante ne modifiaient en rien les conclusions de sa décision sur opposition, qui était maintenue. L'intéressé ne remplissait pas les conditions pour être affilié en tant

qu'indépendant. Même si ce dernier s'était présenté en tant que tel, la société aurait dû vérifier ses assertions au début de l'année 2018 et lui demander une attestation de sa caisse AVS. L'intimée concluait en conséquence au rejet du recours.

c. Par réplique du 3 juillet 2020, la recourante a persisté dans ses conclusions.

d. Le 7 septembre 2020, la recourante a produit une traduction libre en français du contrat la liant à l'intéressé.

e. MM. F_____ et B_____ ont été entendus lors d'une audience du 24 février 2021.

f. Les parties sont encore exprimées par écrit.

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. Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA; art. 62 al. 1 de la de loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]). Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable.

3. Touchée par la décision attaquée et ayant un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification, la recourante a qualité pour recourir (art. 59 LPGA). En effet, en cas de confirmation de la décision querellée, elle pourrait devoir payer des arriérés de cotisations pour l'activité de l'intéressé.

4. En tant que personne directement concernée par la décision du 7 novembre 2019, l'intéressé est d'office partie à la procédure.

5. Le litige porte sur le bien-fondé du refus de l'intimée de reconnaître à l'intéressé le statut d'indépendant.

6. D'après l'art. 1a al. 1 let. b LAVS, sont assurées conformément à la LAVS les personnes physiques qui exercent en Suisse une activité lucrative. Conformément à l'art. 3 al. 1 LAVS, les assurés sont tenus de payer des cotisations tant qu'ils exercent une activité lucrative. Les cotisations des assurés qui exercent une activité lucrative sont calculées en pour-cent du revenu provenant de l'activité lucrative dépendante et indépendante selon l'art. 4 LAVS.

   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 (cf. 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]). 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).

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 (ATF 140 V 241 consid. 4.2 et les références). Les rapports de droit civil peuvent certes fournir, éventuellement, quelques indices, mais ils ne sont pas déterminants. D'une manière générale, est réputé salarié celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation du travail et qui, du point de vue de l'économie de l'entreprise, ne supporte pas le risque encouru par l'entrepreneur (ATF 123 V 161 consid. 1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_796/2014 du 27 avril 2015 consid. 3.2).

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 140 V 108 consid. 6; ATF 123 V 161 consid. 1; arrêt du Tribunal fédéral 9C_213/2016 du 17 octobre 2016 consid. 3.2).

On est généralement en présence d'une activité lucrative indépendante lorsque la personne tenue de cotiser participe, par l'engagement de sa force de travail et de son capital, aux échanges économiques en s'organisant elle-même et de manière visible pour le public, en vue de fournir des prestations de service ou de créer des produits qui sont acquis ou utilisés au moyen de contre-prestations financières ou pécuniaires (ATF 125 V 383 consid. 2a).

Le risque économique d'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 tel risque le fait que la personne concernée opère des investissements importants, subit les pertes, supporte le risque d'encaissement et de ducroire, assume 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 9C_624/2011 du 25 septembre 2012 consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 9C_1062/2010 du 5 juillet 2011 consid. 7.3 et les références; voir aussi ATF 119 V 161 consid. 3b).

Le risque économique de l'entrepreneur n'est cependant pas à lui seul déterminant pour juger du caractère dépendant ou indépendant d'une activité. La nature et l'étendue de la dépendance économique et organisationnelle à l'égard du mandant ou de l'employeur peuvent 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 (arrêts du Tribunal fédéral 9C_460/2015 du 18 novembre 2015 consid. 3.4 et 9C_364/2013 du 23 septembre 2013 consid. 2.2 et les références).

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 et l'obligation du travailleur d'exécuter personnellement la tâche qui lui est confiée (RCC 1989 p. 110 consid. 5a, 1986 p. 650 consid. 4c, 1982 p. 176 consid. 2b).

Un autre élément permettant de qualifier la rétribution compte tenu du lien de dépendance de celui qui la perçoit est le fait qu'il s'agit d'une collaboration régulière, autrement dit que l'employé est régulièrement tenu de fournir ses prestations au même employeur (ATF 110 V 72 consid. 4b). En outre, la possibilité pour le travailleur d'organiser son horaire de travail ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'une activité indépendante (ATF 122 V 169 consid. 3c; arrêts du Tribunal fédéral des assurances H 6/05 du 19 mai 2006 consid. 2.3 et H 334/03 du 10 janvier 2005 consid. 6.2.1).

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. Ce n'est pas la possibilité juridique d'accepter des travaux de plusieurs mandants qui est déterminante, mais la situation de mandat effective (RCC 1982 p. 176 consid. 2b et p. 208).

7. 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). Aussi n'existe-t-il 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).

8. En l'espèce, la recourante et l'intéressé avaient l'intention d'être liés par un contrat de mandat et non de travail. Si M. F_____ allègue avoir été persuadé que la société avait engagé l'intéressé comme consultant indépendant, il n'a manifestement pas cherché à vérifier si tel était bien le cas, faisant sur ce point totalement confiance à l'intéressé.

   La question de savoir qui croyait quoi de bonne foi ou non n'est pas relevante, pas plus que la qualification par les intéressés de leur relations contractuelles. Seules sont pertinentes les circonstances concrètes dans lesquelles l'intéressé travaillait pour la recourante au regard des critères précités.

   Sont des éléments parlant en faveur d'un statut de salarié de l'intéressé les conditions suivantes qui étaient prévues dans le contrat liant celui-ci à la recourante :

   - la rémunération mensuelle prévue de CHF 5'000.- par mois, 13 fois l'an, ce qui indique une collaboration régulière (ATF 110 V 72 consid. 4b) ;
   - l'engagement de l'intéressé à ne pas sous-traiter tout ou partie du présent contrat à une autre personne (RCC 1989 p. 110 consid. 5a, 1986 p. 650 consid. 4c, 1982 p. 176 consid. 2b) ;
   - l'engagement de la société à payer à l'avance tous les frais de déplacement pour les voyages d'affaires et les autres dépenses (téléphones portables, téléphones, restaurants) sur une base mensuelle en fonction du paiement des honoraires de consultation et sur présentation de pièces justificatives, ainsi que la mise à disposition d'un ordinateur (arrêt du Tribunal fédéral 9C_624/2011 du 25 septembre 2012 consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 9C_1062/2010 du 5 juillet 2011 consid. 7.3 et les références; voir aussi ATF 119 V 161 consid. 3b);
   - l'engagement de l'intéressé à ne pas divulguer à un tiers, sans l'approbation écrite préalable de la société, les informations ou documents relatifs aux services, pendant la durée du contrat (obligation de fidélité) (ATF 110 V 72 consid. 4b).

   Constituent également des éléments parlant en faveur d'un statut de salarié, le fait que l'intéressé ait indiqué à la chambre de céans avoir travaillé à 100%, et même davantage pour la société, qu'il était totalement impliqué dans son activité pour celle-ci, qu'il avait travaillé dans les locaux de la société et qu'il n'avait pas d'activités parallèles pour d'autres sociétés (RCC 1982 p. 176 consid. 2b et p. 208).

   Le fait que l'intéressé se soit plaint d'avoir été traité comme un moins que rien par le président de la société, qui pensait pouvoir le traiter comme ses employés en Inde, démontre un lien de subordination, typique d'un contrat de travail, de même le fait qu'il ne pouvait pas prendre de vacances sans en référer à M. F_____ et à

« M. D_____ ». Le rapport de subordination ressort également du fait que l'intéressé a indiqué à la chambre de céans s'être beaucoup investi dans l'affaire G_____ et qu'il avait été très déçu, car « M. E_____ » n'avait pas signé le contrat. Il dépendait donc pour son activité des décisions de ce dernier et ne gérait pas ses activités de manière indépendante.

Il résulte encore des déclarations de M. F_____ que l'intéressé suivait les instructions qui lui étaient données et qu'après les quatre mois pendant lesquels l'intéressé avait assumé l'exécution des dossiers en remplacement d'une personne licenciée, il lui avait été demandé de se concentrer à nouveau sur ses tâches de marketing (RCC 1989 p. 110 consid. 5a, 1986 p. 650 consid. 4c, 1982 p. 176 consid. 2b).

M. F_____ a également déclaré que l'intéressé avait eu des cartes de visite, qui le présentaient comme directeur commercial de la société et qu'il avait travaillé à plein temps dans les locaux de celle-ci (ATF 125 V 383 consid. 2a), ce qui confirme encore que l'intéressé avait bien une activité dépendante pour la société.

Le risque économique de l'activité de l'intéressé était à la charge exclusive de la société, qui prenait en charge tous ses frais. L'intéressé n'a pas procédé à des investissements importants, ni subi des pertes (arrêt du Tribunal fédéral 9C_624/2011 du 25 septembre 2012 consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 9C_1062/2010 du 5 juillet 2011 consid. 7.3 et les références; voir aussi ATF 119 V 161 consid. 3b).

Tous les éléments précités établissent au degré de la vraisemblance prépondérante que l'intéressé a exercé pour la société une activité dépendante et que c'est à juste titre que l'intimée a refusé de lui reconnaître le statut d'indépendant. Le fait qu'il jouissait d'une certaine indépendance dans l'organisation de son travail ne permet pas d'en juger autrement, cet élément n'étant pas déterminant (ATF 122 V 169 consid. 3c; arrêts du Tribunal fédéral des assurances H 6/05 du 19 mai 2006 consid. 2.3 et H 334/03 du 10 janvier 2005 consid. 6.2.1).

9. Infondé, le recours sera rejeté.

10. La procédure est gratuite.

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À 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

Isabelle CASTILLO — Catherine TAPPONNIER

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