

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2319/2017

ATAS/164/2018

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 27 février 2018

2^{ème} Chambre

En la cause

A _____ SA, sise à GENÈVE

recourante

contre

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

intimée

Siégeant : Raphaël MARTIN, Président; Anny SANDMEIER et Maria Esther SPEDALIERO, Juges assesseurs

EN FAIT

1. A_____ SA (ci-après : la société ou la recourante) est une société anonyme inscrite au Registre du commerce le 9 décembre 2011, ayant son siège à Genève et pour but l'exploitation de restaurants, l'import, l'export et la commercialisation de produits alimentaires et du matériel de cuisine, d'aménagement et autres, ainsi que des activités et prestations liées au domaine de l'évènementiel. Elle commercialise en particulier des produits par le biais d'un bar à pâtes et de restauration mexicaine mobile, aménagé dans un véhicule de type triporteur.
2. Le 22 avril 2016, Monsieur B_____, domicilié à Bonne (Haute-Savoie / France), a déposé au guichet de la caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : CCGC) une demande d'affiliation en tant qu'indépendant pour l'activité consistant à exploiter, dès le 1^{er} octobre 2015, un triporteur au bénéfice d'une convention, qualifiée de contrat de franchise, passée entre lui et la société dans le canton de Genève. En plus de cette convention, il a produit des factures qu'il avait adressées mensuellement à la société depuis novembre 2015, ainsi qu'une annonce de cessation de son activité au 30 avril 2016.
3. Le 6 juin 2016, la CCGC a demandé à M. B_____ de lui faire parvenir, en vue de l'examen de son statut vis-à-vis de l'AVS, diverses pièces justificatives (copie des factures d'achat de matériel et/ou de fournitures prouvant des investissements, bilan complet et compte d'exploitation des années 2015 et 2016, copie du livre de caisse depuis le début de son activité, questionnaire d'affiliation à retourner dûment complété, copie de la police d'assurance responsabilité civile professionnelle, copie des confirmations des participations aux différentes manifestations).
4. Le 28 juin 2016, M. B_____ a transmis à la CCGC le questionnaire d'affiliation dûment complété et divers documents, dont des décomptes comptables établis par la société.
5. Par décision du 16 août 2016, envoyée sous pli simple en copie à la société, la CCGC a refusé d'affilier M. B_____ comme indépendant pour son activité auprès de la société, pour le motif qu'il ne supportait pas un réel risque économique d'entrepreneur dans l'exercice de cette activité. Il exerçait cette dernière de manière régulière et suivie, était obligé d'exécuter personnellement les travaux confiés, devait rendre compte de ses activités, recevait des directives concernant l'organisation et l'exécution de son travail, devait respecter un cahier des charges, devait exclusivement vendre les produits de la société et n'avait pas opéré d'investissements importants. Il appartenait à la société de retenir les cotisations sociales sur les sommes qu'elle lui payait et de les verser, y compris sa part ainsi que les contributions d'allocations familiales, à la caisse de compensation à laquelle elle était affiliée.
6. Par courrier du 13 octobre 2016, invoquant n'avoir pas reçu la copie de la décision précitée sinon le 13 octobre 2016 par M. B_____, la société a formé opposition à l'encontre de cette décision. La relation qu'elle avait eue avec M. B_____ entre

octobre 2014 (recte 2015) et avril 2015 (recte 2016) avait été de type « franchise » ; la société lui avait fourni le concept (marque, produits, emplacements de vente de base), les infrastructures (laboratoire de production, camion restaurant) et le savoir-faire, et M. B_____ avait exploité et développé l'affaire pour son propre compte et en totale liberté, moyennant une redevance. Il avait supporté un risque économique, puisque, en décembre 2014 (recte 2015) il n'avait pas réussi à dégager suffisamment de chiffre d'affaires pour obtenir un revenu. Il s'organisait comme il l'entendait, sans recevoir d'instruction de la part de la société. Il était totalement libre dans ses horaires. Il était libre d'engager et de faire travailler du personnel. Il n'était tenu de rendre des comptes à la société, de suivre des directives et de respecter un cahier des charges que dans la mesure où il utilisait la marque et le matériel de la société. Il était normal qu'il ne puisse utiliser que des produits de la société. Il n'était pas décisif qu'il n'ait pas opéré d'investissements importants, la société ayant mis à sa disposition les outils de travail contre redevance.

7. Par courrier du 30 mars 2017, envoyé en copie à la société, la CCGC a demandé à M. B_____ de lui expliquer à quel titre les factures qu'il avait produites avaient été envoyées à la société ainsi que le fonctionnement de sa comptabilité (facturation des clients, encaissement, achat des marchandises, etc.).
8. À teneur d'un courriel qu'il a envoyé le 25 avril 2017 à la CCGC, confirmant un entretien téléphonique du 13 avril 2017, M. B_____ récupérait le « food truck » tous les matins à la société et l'y redéposait le soir, et il remettait la caisse à la société chaque soir ; le terminal de paiement pour les paiements par carte bancaire dans le « food truck » était au nom de la société ; une rémunération lui était versée chaque mois par la société sur la base des factures et décomptes établis par cette dernière ; il recevait des instructions de la part de la société sur la façon de gérer le « food truck ».
9. Par décision sur opposition du 26 avril 2017, envoyée en copie à M. B_____, la CCGC a rejeté l'opposition de la société et a confirmé le refus d'affiliation de ce dernier en qualité d'indépendant. M. B_____ s'était trouvé dans un rapport de dépendance économique à l'égard de la société et il n'avait de ce fait pas sa propre organisation d'entreprise.
10. Le 26 mai 2017, la société a recouru contre cette décision sur opposition auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS), pour les motifs avancés dans son opposition précitée. C'était pour des motifs pratiques et non par obligation que M. B_____ laissait le triporteur à la société pour les nuits, gratuitement, sur le lieu de chargement et de déchargement de la marchandise, afin de n'avoir pas à rentrer chez lui à Bonne avec ce véhicule roulant à 45 km/h. Sa caisse était remise à la société et déposée dans un coffre-fort, mais elle appartenait à M. B_____, qui utilisait l'argent y étant déposé pour payer ses factures d'exploitation. Les paiements effectués par carte bancaire par le biais du terminal de paiement de la société l'étaient pour le compte de M. B_____. La société effectuait les décomptes et paiements pour et à la demande de M. B_____,

agissant à cet égard comme une fiduciaire. M. B_____ ne recevait d'instructions de la société que dans le cadre de l'utilisation d'une marque et d'un concept appartenant à cette dernière, dans un souci de contrôle de la qualité du service, mais M. B_____ était libre de trouver des emplacements, des événements, d'engager du personnel et de faire croître ses affaires. Il encourait lui-même les pertes ; les clients payant immédiatement à la commande, il n'y avait que peu de risque d'encaissement et de ducroire. Il supportait et payait lui-même les frais généraux avec les recettes de son activité (essence, gaz, achat de marchandises). Il agissait en son nom et pour son compte en utilisant le concept, les produits et les droits de propriété intellectuelle de la société. Il n'avait pas besoin de locaux commerciaux pour cette activité de « Food Truck ».

11. Par écriture du 22 juin 2017, la CCGC a conclu au rejet du recours. M. B_____ s'était trouvé dans un rapport de dépendance économique et organisationnel avec la société. Sur le plan économique, il ne tenait pas sa propre caisse, ne possédait pas son propre terminal de paiement, ni sa propre comptabilité et il recevait une rémunération mensuelle pour ses prestations. Pour l'organisation de son activité, il dépendait du fonctionnement de la société (horaires du laboratoire, terminal de paiement, comptabilité, instructions sur la gestion du triporteur, etc.). Il n'avait pas opéré d'investissements importants, ni occupé du personnel ou encore utilisé ses propres locaux commerciaux. Il avait eu une activité exclusive et régulière pour la société.
12. La société n'a pas présenté d'éventuelles observations dans le délai lui ayant été imparti à cette fin.
13. La cause a été gardée à juger courant septembre 2017.

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, dès lors que cette dernière a été rendue sur opposition en application de la LAVS.

Le recours a été interjeté en temps utile (art. 60 LPGA).

Ce dernier satisfait aux exigences, peu élevées, de forme et de contenu prescrites par la loi (art. 61 let. b LPGA ; cf. aussi art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

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).

Le recours sera donc déclaré recevable.

2. a. La LAVS définit très largement le champ des personnes assurées obligatoirement à l'AVS, conformément à une conception universaliste voulant que ladite assurance sociale couvre en principe l'ensemble de la population active et non-active professionnellement. Dès les débuts de l'AVS, ont été notamment assurées obligatoirement les personnes physiques domiciliées en Suisse, exerçant ou non une activité lucrative, et les personnes physiques exerçant en Suisse une activité lucrative (art. 1a LAVS, à l'origine art. 1 LAVS ; art. 1 ss du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 31 octobre 1947 - RAVS - RS 831.101). Les assurés sont tenus de payer des cotisations, tant qu'ils exercent une activité lucrative s'agissant de ceux qui en exercent une et, s'agissant de ceux qui sont sans activité lucrative, à compter du 1^{er} janvier de l'année qui suit la date à laquelle elles ont eu 20 ans jusqu'à la fin du mois où les femmes atteignent l'âge de 64 ans et les hommes l'âge de 65 ans (art. 3 al. 1 LAVS). Les cotisations des assurés qui exercent une activité lucrative sont calculées en pour-cent du revenu provenant de l'activité lucrative dépendante et indépendante (art. 4 al. 1 LAVS). Elles sont respectivement de 4.2 % du revenu provenant d'une activité dépendante (art. 5 al. 1 LAVS) – et s'y ajoutent alors les cotisations d'employeurs, également de 4.2 % (art. 12 s. LAVS) – et en principe de 7.8 % du revenu provenant d'une activité indépendante (art. 8 al. 1 LAVS).

La LAVS s'applique par analogie à la fixation et la perception des cotisations de l'assurance-invalidité (art. 3 al. 1 phr. 1 de la loi sur l'assurance-invalidité - LAI - RS 831.20), des cotisations dues pour les allocations pour perte de gain (art. 27 al. 2 phr. 1 de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952 - LAPG - RS 834.1) et des cotisations dues pour les prestations de l'assurance-chômage (art. 6 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 - LACI - RS 837.0). Il incombe aux caisses de compensation pour allocations familiales admises de fixer et prélever les cotisations (art. 15 al. 1 let.b de la loi fédérale sur les allocations familiales du 24 mars 2006 - LAFam – RS 836.2), au nombre desquelles figurent celles qui sont gérées par des caisses de compensation AVS (art. 14 let. c LAFam).

b. Le revenu provenant d'une activité dépendante, appelé salaire déterminant, comprend toute rétribution pour un travail dépendant effectué dans un temps déterminé ou indéterminé (art. 5 al. 2 LAVS ; art. 7 ss RAVS). Quant à lui, le revenu provenant d'une activité indépendante comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante (art. 9 al. 1 LAVS ; art. 17 ss RAVS ; cf. aussi art. 12 al. 1 LPGA). La distinction entre activité dépendante et indépendante revêt de l'importance, notamment parce que l'assuré doit verser lui-même la totalité de sa cotisation s'il est indépendant, tandis que s'il est salarié son employeur doit en payer la moitié, et que les cotisations dues sur le revenu provenant d'une activité lucrative indépendante ne peuvent être

prélevées à la source, contrairement à celles perçues sur le salaire déterminant (Michel VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI]. Commentaire thématique, 2011, n. 214).

c. Selon l'art. 12 al. 2 LPGA, une personne exerçant une activité lucrative indépendante peut simultanément avoir la qualité de salariée si elle reçoit un salaire correspondant. Ainsi, en cas d'exercice simultané de plusieurs activités lucratives, il faut examiner pour chacune d'elles si le revenu en découlant est celui d'une activité indépendante ou salariée ; il n'y a pas lieu de les qualifier globalement (arrêt du Tribunal fédéral 9C_219/2009 du 21 août 2009 consid. 4.4 ; Michel VALTERIO, op. cit., n. 215 et 297).

3. a. Selon la jurisprudence, le point de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée ne doit pas être tranché d'après la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires. Ce qui est déterminant, ce sont les circonstances économiques. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir quelques indices pour la qualification en matière d'AVS, mais ne sont pas déterminants. Doit en principe être considéré comme exerçant une activité dépendante, celui qui dépend de son employeur du point de vue économique ou dans l'organisation du travail et ne supporte pas de risque économique analogue à celui qui est encouru par l'entrepreneur. Ces principes ne conduisent cependant pas à eux seuls à des solutions uniformes, applicables schématiquement. Les manifestations de la vie économique revêtent en effet des formes si diverses qu'il faut décider dans chaque cas particulier si l'on est en présence d'une activité dépendante ou d'une activité indépendante en considérant toutes les circonstances de ce cas. Souvent, on trouve des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activité ; pour trancher la question, il faut se demander quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 6/05 du 19 mai 2006 consid. 2.2 ; ATF 123 V 162 consid. 1 et les arrêts cités ; ATAS/1071/2016 du 19 décembre 2016 consid. 4 à 7 ; P.-Y. GREBER/ J.-L. DUC/ G. SCARTAZZINI, Commentaire des art. 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS], 1997, ch. 94 ad art. 4 LAVS et les références sous note n° 151). Il n'existe aucune présomption juridique en faveur de l'activité salariée ou indépendante (Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG [DSD] éditées par l'OFAS, ch. 1020).

b. Les principaux éléments qui permettent de déterminer le lien de dépendance quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise sont le droit de l'employeur de donner des instructions, le rapport de subordination du travailleur à l'égard de celui-ci, l'obligation de ce dernier d'exécuter personnellement la tâche qui lui est confiée. Une prohibition de faire concurrence et un devoir de présence sont des indices en faveur d'un lien de dépendance (cf. DSD ch. 1015). Il en va de même lorsque la collaboration est régulière, autrement dit lorsque l'employé est régulièrement tenu de fournir ses prestations au même employeur (arrêt du Tribunal fédéral 9C_1062/2010 du 5 juillet 2011 consid. 7.2 ;

arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 334/03 du 10 janvier 2005 consid. 6.2.1). La simple possibilité pour le travailleur d'organiser son horaire de travail ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'une activité indépendante (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 6/05 du 19 mai 2006 consid. 2.3).

c. Le risque économique encouru par l'entrepreneur peut être défini comme étant celui que court la personne qui doit compter, en raison d'évaluations ou de comportements professionnels inadéquats, avec des pertes de la substance économique de l'entreprise. Constituent notamment des indices révélant l'existence d'un risque économique d'entrepreneur le fait que l'assuré opère des investissements importants, subit les pertes, supporte le risque d'encaissement et de du croire, supporte les frais généraux, agit en son propre nom et pour son propre compte, se procure lui-même les mandats, occupe du personnel et utilise ses propres locaux commerciaux (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 6/05 du 19 mai 2006 consid. 2.3).

Certaines activités économiques, notamment dans le domaine des services, n'exigent pas, de par leur nature, d'investissements importants ou de faire appel à du personnel. En pareilles circonstances, il convient d'accorder moins d'importance au critère du risque économique de l'entrepreneur et davantage à celui de l'indépendance économique et organisationnelle (arrêt du Tribunal fédéral 9C_364/2013 du 23 septembre 2013 consid. 2.2).

d. Un autre facteur concourant à la reconnaissance d'un statut d'indépendant est l'exercice simultané d'activités pour plusieurs sociétés sous son propre nom, sans qu'il y ait dépendance à l'égard de celles-ci (RCC 1982 p. 208). À cet égard, ce n'est pas la possibilité juridique d'accepter des travaux de plusieurs mandants qui est déterminante, mais la situation de mandat effective (cf. RCC 1982 p. 176 consid. 2b).

En revanche, on part de l'idée qu'il y a activité dépendante quand des caractéristiques typiques du contrat de travail existent, c'est-à-dire quand l'assuré fournit un travail dans un délai donné, est économiquement dépendant de l'« employeur » et, pendant la durée du travail, est intégré dans l'entreprise de celui-ci, et ne peut ainsi pratiquement exercer aucune autre activité lucrative (REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 12ème éd. p. 34 ss ; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, SPR VII/1 p. 306). Les indices en ce sens sont l'existence d'un plan de travail déterminé, la nécessité de faire rapport sur l'état des travaux, ainsi que la dépendance de l'infrastructure sur le lieu de travail (RCC 1986 p. 126 consid. 2b, RCC 1986 p. 347 consid. 2d) ou, en cas d'activité régulière, dans le fait qu'en cas de cessation de ce rapport de travail, il se retrouve dans une situation semblable à celle d'un salarié qui perd son emploi (ATF 122 V 169 consid. 3c ; Pratique VSI 5/1996 p. 258).

e. Lorsqu'un assuré continue d'exercer une activité pour son employeur précédent, une activité indépendante ne peut être admise que si les critères plaidant en faveur

d'une telle activité prévalent clairement sur ceux qui militent en faveur d'une activité dépendante, surtout si le genre d'activité correspond pour l'essentiel à celle qui était exercée précédemment et si elle consiste essentiellement en des travaux exercés par des personnes indépendantes (Michel VALTERIO, op. cit., n. 224 ; ch. 1018 des DSD).

4. a. En l'espèce, la qualification de contrat de franchise que la recourante et M. B. _____ (ci-après : l'employé) ont donnée à leur relation contractuelle n'exclut nullement que ce dernier ne se soit trouvé dans un rapport de dépendance économique et organisationnel à l'égard de la recourante.

Dudit contrat même ressortent notamment les éléments suivants amenant à admettre l'existence d'un tel rapport de dépendance. L'employé ne pouvait vendre que les produits de la recourante, de surcroît aux prix fixés par cette dernière (ch. 4 ; cf. aussi ch. 10 sur le devoir de diligence de l'employé en vue d'assurer le succès de la commercialisation desdits produits). La société mettait à la disposition de l'employé un triporteur, qu'il devait utiliser selon les instructions de la recourante (ch. 8), contre remise d'une caution de CHF 5'000.- destinée à couvrir les éventuels dégâts qu'il pourrait causer audit outil de travail « et la perte d'exploitation » liée au fait qu'en raison de dégâts ou pour d'autres raisons le triporteur serait inutilisable pendant plus d'un jour (ch. 9). L'employé s'engageait à suivre les instructions que la recourante lui donnerait concernant la mise en œuvre du concept et de l'activité (ch. 11), de même qu'à ne pas conduire d'activité concurrente pendant la durée de la convention et l'année suivant la fin de la relation contractuelle (ch. 12). L'employé devait transmettre à la société les données comptables et opérationnelles relatives à l'activité objet du contrat, et – certes à la demande de l'employé – la recourante tenait la comptabilité opérationnelle de cette activité (ch. 13). L'employé avait droit à une rémunération sous la forme d'une redevance fixée en pourcentage du chiffre d'affaires (ch. 18). Chacune des parties pouvait résilier la convention pour de justes motifs avec effet immédiat (ch. 20).

b. Dans les faits, et quand bien cela ne découlait pas nécessairement de ladite convention, l'employé ne tenait pas lui-même sa comptabilité, mais avait une caisse qu'il remettait chaque soir à la recourante, de même que l'outil de travail essentiel qu'était le triporteur mis à sa disposition. Sa rémunération lui était versée mensuellement par la recourante sur la base des factures et décomptes établis par cette dernière.

Sans doute l'activité considérée comportait-elle peu de risques d'encaissement et de ducroire et ne requérait-elle guère d'investissement, en particulier pour disposer de locaux (d'autant moins que l'employé ne pouvait vendre que des produits de la recourante, qu'il lui fallait chercher au quai de chargement et de déchargement de la recourante, là où il était commode qu'il laisse le triporteur pour les nuits). Il n'empêche que l'absence d'investissements importants constitue un indice en faveur d'une activité dépendante.

L'employé dépendait largement de la société pour l'organisation de son travail, en tant que, dans les faits sinon juridiquement du fait de l'interdiction de concurrence conjuguée à l'exclusivité de la vente des produits commercialisés par la recourante, il lui fallait déployer son activité, régulièrement et exclusivement pour la recourante. Il dépendait de la société, notamment au regard de l'outil de travail essentiel qu'était le triporteur, des horaires du laboratoire, des paiements par carte bancaire (par le biais d'un terminal de paiement de la recourante), de la tenue de la comptabilité.

c. Force est d'en conclure que, du point de vue de l'AVS, l'employé n'avait pas un statut d'indépendant mais bien celui de salarié de la recourante.

Peu importe que, d'après ce qu'elle a allégué sans l'avoir démontré, la recourante ait le cas échéant déjà eu par le passé un contractant ayant exploité un triporteur auquel un statut d'indépendant aurait été reconnu, dans des conditions dont rien n'établit ni qu'elles étaient identiques à celles de l'employé considéré en l'espèce ni qu'une telle décision aurait été conforme au droit.

5. a. Mal fondé, le recours doit être rejeté.

b. La procédure est gratuite, le recours ne représentant pas une démarche téméraire ou faite à la légère (art. 61 let. a LPGA).

Vu l'issue donnée au recours, il n'y a pas matière à allocation d'une indemnité de procédure (art. 61 let. g LPGA).

* * * * *

**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. Dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure.
5. 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

Le président

Marie NIERMARÉCHAL

Raphaël MARTIN

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