



POUVOIR JUDICIAIRE

A/2774/2018

ATAS/1197/2019

**COUR DE JUSTICE**  
**Chambre des assurances sociales**

**Arrêt du 20 décembre 2019**

**1<sup>ère</sup> Chambre**

En la cause

Madame A\_\_\_\_\_, domiciliée à GENÈVE

recourante

contre

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

intimée

**Siégeant : Doris GALEAZZI, Présidente; Christine TARRIT-DESHUSSES et Andres PEREZ, Juges assesseurs**

---

---

**EN FAIT**

1. Par courrier du 25 janvier 2017, Madame A\_\_\_\_\_ (ci-après l'intéressée) a demandé à la caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la caisse) de l'affilier en tant qu'indépendante. Elle a produit copie d'un contrat de bail conclu le 13 décembre 2016, pour une période allant du 15 décembre 2016 au 31 janvier 2021, et ayant pour objets une surface commerciale d'environ 152 m<sup>2</sup> et un couvert d'entrée d'environ 7 m<sup>2</sup>, sis au rez-de-chaussée, à l'usage d'exploitation d'un bar-restaurant.

Le 7 mars 2018, représentée par Me Fabien RUTZ, l'intéressée a transmis à la caisse le questionnaire d'affiliation des personnes de condition indépendante dûment rempli et signé le 19 février 2018. Elle précise qu'elle est administratrice présidente du conseil d'administration, avec signature individuelle, et actionnaire de la société B\_\_\_\_\_ SA (ci-après la société), ayant pour but l'exploitation de tous établissements publics (cafés, bars, restaurants, etc.), et inscrite au Registre du commerce le 7 février 2017, que le service du commerce lui a délivré le 18 décembre 2017 une autorisation en son nom d'ouvrir un établissement de catégorie bar à l'enseigne « C\_\_\_\_\_ » (ci-après le bar), que ce bar est inscrit au registre des enseignes du répertoire des entreprises du canton de Genève, qu'elle est preneuse du bail en son nom individuel des locaux du bar, que des travaux y ont été effectués pour plus de CHF 400'000.- qu'elle a elle-même payés, qu'elle exploite le bar et en est la seule gérante. Elle ajoute qu'elle n'est liée par aucun contrat de travail avec la société.

Il résulte également du formulaire du 19 février 2018 que l'intéressée a débuté l'activité de restauration le 1<sup>er</sup> janvier 2018, qu'elle estime le revenu net pour l'année en cours à CHF 200'000.-, et que le capital propre engagé dans l'entreprise s'élève à environ CHF 450'000.-. Il est également mentionné qu'elle n'occupe pas de personnel rémunéré.

2. Par décision du 13 avril 2018, la caisse a constaté que la société poursuivait le même but que l'intéressée, que l'activité s'exerçait au même endroit, que selon l'avenant au contrat de bail conclu le 13 décembre 2016, la société était désormais conjointement et solidairement titulaire et responsable du bail, et que la majorité des offres et factures de frais d'entretien, de rénovation ou d'investissements était adressée à celle-ci. Elle a dès lors considéré que l'intéressée n'exerçait pas une activité indépendante et que la société devait au contraire la déclarer comme sa salariée.
3. L'intéressée, par l'intermédiaire de son mandataire, a formé opposition le 8 mai 2018. Elle relève que l'autorisation d'exploiter lui a été délivrée en personne le 18 décembre 2017 et que c'est elle-même qui a initialement conclu le contrat de bail du 13 décembre 2016, la société n'étant devenue locataire qu'en mai 2017. Elle rappelle que, selon le Tribunal fédéral, par définition, il n'existe aucun rapport de

subordination lorsqu'il y a identité économique entre la personne morale et son organe dirigeant.

Elle ajoute qu'elle ne suit pas les instructions de l'autre administrateur de la société, Monsieur D\_\_\_\_\_, également titulaire de la signature individuelle, qu'elle est en effet la seule à prendre les décisions stratégiques et de gestion courante de la société et la seule à donner des instructions aux mandataires et employés de la société. En outre, rien ne lui interdit de faire concurrence à la société. Elle précise avoir apporté l'entier de sa fortune personnelle dans le projet d'établissement à l'enseigne du bar, et versé l'intégralité du capital-actions de la société à la constitution de celle-ci, ainsi que les fonds nécessaires au financement des travaux de modification et d'aménagement des locaux du bar, ce grâce à la vente de son appartement privé. Elle supporte les pertes et frais généraux dans l'exploitation du bar, dès lors qu'elle verse régulièrement de l'argent à la société en vue de garantir le paiement des charges de celle-ci et qu'elle n'obtient aucun revenu lorsque la société ne fait pas de bénéfice. Si la société venait à faire faillite, elle perdrait tout ce qu'elle a investi en temps et en argent dans le projet de bar-restaurant et dans la société, puisqu'elle est l'actionnaire unique de la société. Il y a identité économique entre la société et elle-même. Elle conclut ainsi à ce que son activité soit qualifiée d'indépendante.

Elle produit enfin les extraits de son compte bancaire et de celui de la société pour les trois derniers mois.

4. Par décision du 18 juin 2018, la caisse a rejeté l'opposition. Elle a conclu que les éléments en faveur d'une activité salariée prédominaient. Elle constate en effet que l'intéressée ne possède pas sa propre comptabilité, les encaissements et dépenses se faisant au nom et pour le compte de la société, que ses investissements et sa rémunération passent par le biais de la société et que l'enseigne du bar est la propriété de la société. Elle considère ainsi que l'activité de l'assurée est liée à celle de la société, au point qu'il paraît impossible de différencier l'une de l'autre.
5. Par courriel du 6 août 2018, la caisse, constatant que « vos relevés de compte et ceux de la société montrent bien que votre activité est liée et se confond entre les deux entités », a informé l'intéressée qu'elle maintenait sa décision sur opposition malgré les nouvelles pièces produites.
6. L'intéressée a interjeté recours le 20 août 2018 contre ladite décision. Elle reprend les arguments déjà développés dans son opposition du 8 mai 2018 et conclut à son affiliation auprès de la caisse en tant qu'indépendante.
7. Dans sa réponse du 17 septembre 2018, la caisse a notamment constaté, à la lecture de l'extrait du compte bancaire de l'intéressée et de celui de la société qui lui ont été transmis, que l'essentiel des achats de matériel passait par le compte de la société, que des virements étaient régulièrement opérés au crédit de ce compte courant entreprise et que des versements étaient souvent effectués au bancomat sur le compte courant personnel de l'intéressée.

Elle relève que l'intéressée endosse plusieurs rôles au sein de la société, à savoir ceux d'exploitante, d'administratrice et d'actionnaire. S'agissant de son activité d'exploitante du bar, elle ne peut être qualifiée d'indépendante dans la mesure où elle est en lien direct avec sa qualité d'organe de la société. En tant qu'administrative, l'intéressée ne peut être, selon la jurisprudence, que qualifiée de salariée de la société.

Enfin, les dividendes d'actionnaire ne sont pas soumis à cotisations si c'est en raison des droits de participation dans la société que le versement est effectué (ATF 141 V 634, ch. 2011.1 ss DSD) ; ils font partie de son salaire déterminant, si c'est en raison d'un rapport de travail.

La caisse a conclu au rejet du recours.

8. Ce courrier a été transmis à l'intéressée. Celle-ci ne s'est pas manifestée.
9. La chambre de céans a ordonné, le 2 juillet 2019, la comparution personnelle des parties et l'audition de Monsieur D\_\_\_\_\_, en qualité de personne entendue à titre de renseignement. Ce dernier ne s'est pas présenté.

À cette occasion, l'intéressée a déclaré que

« Monsieur D\_\_\_\_\_ est parti pour son pays d'origine, l'Irak, le mois passé. Il doit revenir, mais je ne sais pas quand. Il est supposé rester dans son pays 40 jours suite au décès de son frère. Il travaille dans le cadre de la société B\_\_\_\_\_, au bar C\_\_\_\_\_, à plein temps. C'est mon mari. Nous avons créé la société ensemble. Je suis l'administratrice-présidente, parce que c'est moi qui ai mis beaucoup d'argent dans la société. Il est toutefois actionnaire à 50% avec moi. La société ne gère qu'un bar, c'est le C\_\_\_\_\_. Je pense être indépendante, parce qu'on me considère comme telle, par exemple, quand je demande un crédit, je suis indépendante selon la loi sur la consommation. Quand nous devons faire des achats pour le bar C\_\_\_\_\_, ces achats se font au nom de la société. Le personnel du bar est engagé par la société. J'ai conclu le contrat de bail pour les locaux du bar seule, parce que la société n'existait pas encore à ce moment-là. Dès que la société a été constituée, nous avons conclu un avenant au contrat, selon lequel la société devenait solidairement locataire avec moi. On nous a conseillé de créer la société, parce que ce serait mieux pour la TVA et pour être mieux protégés s'agissant des dettes.

Nous prenons les décisions quant à la gestion du bar ensemble. Je précise toutefois que notre situation personnelle et financière est difficile. Je suis obligée de prendre des décisions seule lorsqu'il est absent. Je rappelle que nous avons tous les deux la signature individuelle.

Je reçois de l'Office fédéral de la statistique des courriers qui me sont adressés. Il considère que je suis indépendante (pièce 10 chargé caisse).

Il n'y a qu'une seule comptabilité. La société n'a pas d'autre activité que celle concernant le bar. Les factures étaient adressées à mon nom au début ; dès que la société a été créée, elles lui ont été adressées. Certaines personnes ne connaissent

même pas le nom de la société, mais connaissent mon nom. C'est moi qui suis détentrice de la patente.

J'ai créé une entreprise en raison individuelle pour gérer un service traiteur, je l'ai appelé E\_\_\_\_\_. Mon mari n'intervient en aucune façon dans cette entreprise. Il ne le sait pas encore.

J'ai prêté de l'argent à la société sur la base d'un contrat. Je n'ai pas encore été remboursée. J'aurais dû l'être si les choses s'étaient mieux passées.

Je n'ai pas pu retirer en l'état mon 2<sup>ème</sup> pilier comme indépendante, parce que l'institution se fonde sur la caisse de compensation ».

10. Sur ce, 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 formes et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 38 et 56 à 61 LPGA).

3. Le litige porte sur la question de savoir si l'activité exercée par l'intéressée au sein du bar depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2018 doit être qualifiée de salariée ou d'indépendante.

4. Aux termes de l'art. 71 LPA, l'autorité peut ordonner, d'office ou sur requête, l'appel en cause de tiers dont la situation juridique est susceptible d'être affectée par l'issue de la procédure; la décision leur devient dans ce cas opposable (al. 1). L'appelé en cause peut exercer les droits qui sont conférés aux parties (al. 2).

En l'espèce, la situation juridique de la société en tant qu'employeur potentiel notamment est indéniablement susceptible d'être affectée par l'issue de la présente procédure. La chambre de céans renoncera toutefois à l'appeler en cause, considérant que l'intéressée en est à la fois l'administratrice-présidente, l'actionnaire unique, et la seule personne active en son sein. Quant à son époux, il apparaît, au vu des déclarations de l'intéressée lors de sa comparution personnelle, qu'il serait également inutile de l'appeler en cause.

5. Les assurés sont tenus de payer des cotisations tant qu'ils exercent une activité lucrative (art. 3 al. 1 1<sup>ère</sup> phrase LAVS). 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<sup>er</sup> 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).

L'obligation de payer des cotisations dépendant notamment de la qualification du revenu touché. 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).

Conformément à l'art. 12 al. 1 LAVS, est considéré comme employeur quiconque verse à des personnes obligatoirement assurées une rémunération au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS. Tout employeur ayant un établissement stable en Suisse ou occupant dans son ménage des personnes obligatoirement assurées est tenu de payer des cotisations (art. 12 al. 2 LAVS).

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).

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). Cette disposition n'entraîne aucune dérogation aux dispositions spéciales et correspond à la jurisprudence développée en relation avec l'art. 9 LAVS (ATF du 10 avril 2006, H 2/06, consid. 4.4).

6. Selon la jurisprudence, la question de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée ne doit pas être tranchée d'après la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires. Ce sont bien plutôt les circonstances économiques qui sont déterminantes. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir quelques indices pour la qualification en matière d'AVS, mais n'ont pas une portée décisive.

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). 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 du 19 mai 2006, H 23/05, 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 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).

Par ailleurs, le fait que l'activité soit principale ou accessoire n'est pas déterminant, la rétribution à qualifier doit être considérée pour elle-même, d'après la situation dans laquelle se trouve la personne considérée au moment où elle acquiert cette rétribution. Certaines rétributions peuvent être du salaire déterminant pour une personne dont la profession principale consiste en l'exercice d'une activité indépendante (VSI 1995 p. 27 et 144).

Sont en premier lieu considérés comme travailleurs indépendants les propriétaires d'une entreprise, d'une exploitation ou d'un commerce (ch. 1005 des directives de

---

l'Office fédéral des assurances sociales sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative dans l'AVS, AI et APG [DIN]). Toute raison individuelle inscrite au registre du commerce est présumée être une entreprise à but lucratif dont le titulaire exerce une activité indépendante. On peut s'écarter de cette présomption seulement lorsqu'il est prouvé que l'inscription au registre du commerce ne correspond manifestement plus, depuis assez longtemps, à la réalité (ch. 1014 DIN).

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. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF du 3 avril 2006, U 202/05, consid. 2.1 ; ATF 126 V 353 consid. 5b).
8. En l'espèce, la caisse a considéré que l'intéressée n'était pas de condition indépendante, mais devait au contraire être qualifiée de salariée de la société.
9. L'intéressée conteste le refus de la caisse de l'affilier comme indépendante. Elle fait valoir que toutes les conditions pour être reconnue comme telle sont réalisées.
10. Elle précise qu'elle n'est liée par aucun contrat de travail avec la société.

Les conventions ou accords portant sur la situation juridique AVS des parties (salariée ou indépendante) ou sur la qualification juridique d'une rétribution dans l'AVS (RCC 1978 p. 518) ne sont toutefois pas décisifs lors de l'appréciation d'un cas particulier pour la qualification d'une activité lucrative du point de vue de l'AVS. Le fait qu'aucun contrat de travail n'ait été conclu n'est dès lors pas déterminant.

11. Il s'avère que le service du commerce a délivré le 18 décembre 2017 à l'intéressée une autorisation en son nom d'ouvrir un établissement de catégorie bar et qu'elle est preneuse du bail, en son nom individuel, des locaux du bar.

Un avenant au contrat de bail a toutefois été conclu le 13 décembre 2016, de sorte que lorsque l'exploitation du bar démarre, le 1<sup>er</sup> janvier 2018, la société est désormais conjointement et solidairement titulaire et responsable du bail. C'est la société qui est quoi qu'il en soit propriétaire de l'enseigne du bar.

12. Les rétributions versées à un assuré en sa qualité d'organe d'une personne morale font partie du salaire déterminant (9C\_648/2011 du 6 novembre 2012, ATF 138 V 463). Les honoraires versés aux administrateurs sont considérés comme salaire déterminant, s'ils sont versés directement à la personne concernée. Les tantièmes, indemnités et jetons de présence des administrateurs des personnes morales font également partie du salaire déterminant (art. 7 let h RAVS et ch. 2037 ss DSD, ATF 133 V 498).

Toute autre est la situation de l'associé d'une société simple qui participe de sa personne à la société, assume par conséquent le risque économique d'entrepreneur et possède le pouvoir de disposition, c'est-à-dire règle la marche des affaires de la société. Il doit être considéré comme exerçant une activité indépendante.

Il résulte de ce qui précède qu'en principe, l'intéressée, administratrice d'une société anonyme, ne peut être que la salariée de cette société. Elle n'est précisément pas associée d'une société simple.

13. a. Un assuré, qui a la qualité d'organe d'une personne morale, peut, en même temps, avoir vis-à-vis de la société le statut de salarié comme celui d'indépendant (ainsi par exemple le constructeur indépendant, 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 l'indemnité, il faut se demander si l'activité pour laquelle celle-ci 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 (RCC 1980 p. 207 ATF 105 V 113, RCC 1983 p. 22).

Il faut opérer une distinction entre les activités qui sont exercées en tant qu'organe et celles qui auraient pu être exercées tout aussi bien indépendamment de cette fonction. Ainsi, par exemple, un avocat peut être considéré comme dépendant pour les indemnités qu'il touche en tant que membre du conseil d'administration d'une société anonyme et comme indépendant pour celles qui n'ont aucune relation directe avec son mandat de membre du conseil d'administration, mais qui ont été payées pour la liquidation d'affaires juridiques qu'il aurait traitées sans être membre dudit conseil (Michel VALTERIO, Droit de l'AVS et de l'AI, p. 87).

Un assuré peut, par rapport à une seule et même personne, se trouver simultanément dans une situation indépendante et dépendante. Ainsi, par exemple, l'entrepreneur, membre du conseil d'administration d'une société anonyme pour laquelle il effectue des travaux de construction ; de même, l'avocat qui mène un procès pour une société anonyme dont il est l'administrateur ou la médiaticienne qui exerce une activité accessoire de journaliste en publiant dans la maison d'édition au service de laquelle elle se trouve (RCC 1983 p. 22).

- b. Tel n'est pas le cas en l'occurrence, dès lors que l'intéressée agit au nom de la société, même si certaines personnes ne connaissent que son nom à elle.

Il importe à cet égard de rappeler que la société a pour but l'exploitation de tous établissements publics (cafés, bars, restaurants, etc.) et n'a pour unique activité que celle liée au bar.

- c. L'intéressée se réfère à un arrêt du Tribunal fédéral (4A 10/17), selon lequel il n'y a pas de rapport de subordination lorsqu'il y a identité économique entre la personne morale et l'administrateur unique. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral indique en effet qu'« en tous les cas, lorsque l'organe dirigeant exerce son activité à

titre principal, le critère décisif en faveur du contrat de travail est le rapport de subordination, l'intéressé étant alors soumis à des instructions, par exemple du conseil d'administration (ATF 130 III 213 consid. 2.1 p. 216; 128 III 129 consid. 1a/aa p. 131 s.; arrêts 4A\_293/2015 du 10 décembre 2015 consid. 5 et 4C.39/2005 du 8 juin 2005 consid. 2.3). Par définition, il n'existe aucun rapport de subordination lorsqu'il y a identité économique entre la personne morale et son organe dirigeant; un contrat de travail ne saurait ainsi lier une société anonyme et son actionnaire et administrateur unique (ATF 125 III 78 consid. 4 p. 81). Seul l'examen de l'ensemble des circonstances du cas concret permet de déterminer si l'activité en cause est exercée de manière dépendante ou indépendante (ATF 130 III 213 consid. 2.1 p. 216; 129 III 664 consid. 3.2 p. 668; 128 III 129 consid. 1a/aa p. 132) ».

Dans cet arrêt, l'administrateur travaillait comme architecte pour la société en plus de son activité de gestion administrative et commerciale. Le Tribunal fédéral a rappelé que les rapports juridiques entre une personne morale et ses organes, singulièrement entre une société anonyme et les membres du conseil d'administration ou de la direction, peuvent relever à la fois du droit des sociétés et du droit des contrats, et indiquent que la tendance était plutôt de considérer que les directeurs sont liés par un contrat de travail et les administrateurs par un mandat ou un contrat sui generis analogue au mandat.

Dans le cas qui lui était soumis, le recourant était l'un des deux propriétaires économiques de la société intimée - il n'était ni actionnaire majoritaire ni administrateur unique : il n'y avait donc pas identité économique entre la société et lui, ce qui devait exclure d'emblée tout lien de subordination. Cela étant, le Tribunal fédéral a examiné les circonstances du cas concret pour déterminer si l'activité en cause était exercée de manière dépendante ou indépendante, si en d'autres termes, l'actionnaire majoritaire exerçait un pouvoir hiérarchique, soit de contrôle et de direction, sur le recourant. Il a constaté que l'organisation des activités respectives des deux actionnaires ne laissait pas apparaître que le recourant exécutait ses tâches sur la base des instructions de l'autre administrateur de la société. Aussi a-t-il considéré que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail et a, partant, rejeté les conclusions en paiement de prétendus salaires dus jusqu'à l'échéance du contrat de travail allégué.

Force est toutefois de constater que cet arrêt a été rendu en droit du travail et que toute la jurisprudence à laquelle se réfère le Tribunal fédéral est relative au droit civil. Or, la notion du salaire déterminant, dans le domaine des assurances sociales, est différente de celle du salaire au sens des dispositions régissant le contrat de travail. Au surplus, les rapports de droit civil entre les parties ne sont pas déterminants pour la qualification d'une activité lucrative du point de vue de l'AVS. Du reste et a contrario, le Tribunal fédéral a précisé que les critères formels, telles les déductions aux assurances sociales, n'étaient pas déterminants.

14. S'agissant de l'organisation du travail et du rapport de subordination, l'intéressée explique qu'elle ne suit pas les instructions de l'autre administrateur de la société et qu'elle est la seule à prendre les décisions stratégiques et de gestion courante de la société. Elle fait valoir qu'elle est la seule à donner des instructions aux mandataires, ainsi qu'aux employés de la société (même si elle n'emploie pas de personnel).

Il est vrai qu'elle s'organise comme elle l'entend. Il y a toutefois lieu de rappeler qu'elle agit seule dans la société, l'autre administrateur, son époux, - selon ses propres déclarations faites lors de l'audience du 2 juillet 2019 -, ne participant que peu, voire pas du tout, à la gestion de la société. Le critère lié au rapport de subordination n'est dans ces conditions pas déterminant pour déterminer s'il y a activité salariée ou indépendante, étant rappelé que c'est l'ensemble des circonstances du cas concret qui le permet.

15. a. L'existence d'un risque économique d'entrepreneur peut être attestée par 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.

b. L'intéressée considère qu'elle court un risque économique, dès lors qu'elle a apporté l'entier de sa fortune personnelle dans le projet d'établissement à l'enseigne du bar, et versé l'intégralité du capital-actions de la société à la constitution de celle-ci, ainsi que les fonds nécessaires au financement des travaux de modification et d'aménagement des locaux du bar, ce grâce à la vente de son appartement privé. Elle supporte les pertes et frais généraux dans l'exploitation du bar, dans la mesure où elle verse régulièrement de l'argent à la société en vue de garantir le paiement des charges de celle-ci et qu'elle n'obtient aucun revenu lorsque la société ne fait pas de bénéfice. Elle souligne que des travaux ont été effectués dans le bar pour plus de CHF 400'000.- qu'elle a elle-même payés, qu'elle exploite le bar et en est la seule gérante. Si la société venait à faire faillite, elle perdrait tout ce qu'elle a investi en temps et en argent dans le projet de bar-restaurant et dans la société, puisqu'elle est l'actionnaire unique de la société.

c. Elle admet toutefois elle-même qu'elle ne possède pas une comptabilité distincte de celle de la société.

Elle a certes apporté l'entier de sa fortune personnelle dans le projet d'établissement à l'enseigne du bar, et versé l'intégralité du capital-actions de la société à la constitution de celle-ci. Elle n'a toutefois agi que comme tout associé-actionnaire d'une société anonyme, ses investissements passent ainsi par la société. L'enseigne du bar est par ailleurs propriété de la société.

Il y a lieu de constater que les achats de matériel figurent sur le compte de la société, que pour la plupart, les offres et les factures relatives à l'entretien, à la rénovation ou à des investissements sont adressées à la société, que des virements

étaient régulièrement opérés au crédit de ce compte courant entreprise et que des sommes étaient régulièrement versées au bancomat sur le compte courant personnel de l'intéressée.

Il convient enfin de relever que si la société venait à faire faillite, l'intéressée ne perdrait pas plus que ce qu'elle a investi. Elle ne répondrait à aucun moment à titre personnel des dettes de la société, à moins d'avoir commis un acte illicite, dans le cadre d'une action en responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS.

Selon l'art. 620 al. 1 et 2 CO en effet,

<sup>1</sup> La société anonyme est celle qui se forme sous une raison sociale, dont le capital-actions est déterminé à l'avance, divisé en actions, et dont les dettes ne sont garanties que par l'actif social.

<sup>2</sup> Les actionnaires ne sont tenus que des prestations statutaires et ne répondent pas personnellement des dettes sociales.

On ne saurait dans ces conditions soutenir qu'elle court un risque économique.

16. Il résulte de ce qui précède que l'intéressée exploite le bar non à titre indépendant, mais bien en tant qu'organe de la société, puisque son activité correspond à celle de cette dernière. L'intéressée, agissant au nom et pour le compte de la société, doit être considérée comme exerçant une activité salariée, découlant directement de sa position au sein de la société, envers laquelle elle se trouve dans un indéniable rapport de subordination, bien qu'elle soit libre dans l'organisation de son travail (RCC 1973, 396).

L'intéressée ne peut, au vu de ce qui précède, être considérée comme indépendante du point de vue des assurances sociales pour son activité de gérante du bar, l'activité de la société et la sienne étant intimement liée. L'intéressée ne possède pas de réelle organisation d'entreprise indépendante de celle de la société lui permettant de se voir octroyer le statut de travailleur indépendant.

Aussi le recours ne peut-il être que rejeté.

**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

Nathalie LOCHER

Doris GALEAZZI

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