

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3042/2007

ATAS/142/2008

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 5 février 2008

En la cause

HSBC GUYERZELLER BANK SA, sise place Longemalle 1, case postale 3216, 1211 GENEVE 3, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître SCHNEIDER Jacques-André

recourante

contre

CAISSE DE COMPENSATION DES BANQUES SUISSES, sise Ankerstrasse 53, postfach 1170, 8026 ZURICH

intimée

Monsieur T_____, domicilié à Chêne-Bougeries, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître SPIRGI Fabio

appelé en cause

Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Evelynne BOUCHAARA et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Par décision du 27 mars 2007, la CAISSE DE COMPENSATION DES BANQUES SUISSES (ci-après la caisse) a réclamé à la HSBC GUYERZELLER BANK SA (ci-après la banque) le paiement de la somme de 17'726 fr. 70, à titre de cotisations paritaires AVS-AI complémentaires dues pour les années 2005 et 2006. Elle a considéré que les commissions versées par la banque à Monsieur T_____ à hauteur de 72'254 fr. 32 en 2005 et de 82'246 fr. 95 en 2006, faisaient partie du salaire déterminant.
2. La banque, représentée par Maître Jacques-André SCHNEIDER, a interjeté recours le 7 août 2007 contre ladite décision. Elle a expliqué qu'elle avait engagé Monsieur T_____ le 17 septembre 2001 en qualité de directeur adjoint / coresponsable d'une unité de gestion de fortune, mais que celui-ci avait démissionné par courrier du 25 février 2005 avec effet au 30 juin 2005.

Monsieur T_____ avait créé le 18 mai 2005 une société, X_____ SA, ayant pour but la gestion de fortune, dont il était à la fois l'actionnaire et le président du conseil d'administration, titulaire d'une signature individuelle. La société X_____ SA et la banque avaient signé une convention de gérant externe le 10 novembre 2005.

Le même jour, Monsieur T_____ avait conclu, en son nom, avec la banque une convention d'apporteur, dont l'activité consiste à introduire de la clientèle auprès de la banque en vue de l'ouverture de comptes (cf. préambule), moyennant le versement de "rétrocessions de 20% pour la clientèle conservation existante et de 50% sur la clientèle conservation introduite depuis la signature de ladite convention sur les commissions revenant à la banque et générées par les comptes ouverts auprès d'elles" (cf. art. 4 convention). C'est dans le cadre de cette convention que les rémunérations reprises par la caisse à titre de salaires, avaient été versées par la banque. Or, la banque considère que Monsieur T_____ exerce en réalité une activité indépendante pour cette activité d'apporteur d'affaires.

3. Dans sa réponse du 12 septembre 2007, la caisse a proposé le rejet du recours, Monsieur T_____ n'encourant notamment pas le risque économique de l'entrepreneur.
4. Par ordonnance du 28 septembre 2007, le Tribunal de céans a appelé en cause Monsieur T_____ et lui a imparti un délai au 26 octobre 2007 pour se déterminer. Celui-ci, représenté par Maître Fabio SPIRGI, a principalement conclu, à ce qu'il soit dit et prononcé qu'il exerçait une activité indépendante vis-à-vis de la banque pour son activité d'apporteur d'affaires.

5. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties le 15 janvier 2008.

Lors de son audition, l'appelé en cause a précisé quelles étaient ses tâches en tant que directeur / adjoint, coresponsable d'une unité de gestion de fortune de la banque, lorsqu'il travaille dans le cadre de la convention de gérant externe signée avec la société X_____ SA et lorsqu'il est apporteur. S'agissant de cette dernière activité, il a précisé que

"J'ai conclu la convention d'apporteur avec la banque pour la raison suivante : certains des clients de la banque ont conféré la gestion discrétionnaire de leurs avoirs à celle-ci, d'autres préfèrent gérer eux-mêmes leurs avoirs ou confier cette gestion à des tiers. Le risque pour la banque est que des clients la quittent sans pour autant vouloir s'adresser à la société X_____, laquelle ne se charge que de la gestion discrétionnaire. C'est à ce stade que j'interviens pour que la banque conserve ses clients. Par ailleurs je m'efforce d'apporter une nouvelle clientèle à la banque, nouvelle clientèle dont, par définition, X_____ ne gère pas les avoirs.

Je précise que je travaille essentiellement pour ma société. Je ne prospecte pas particulièrement pour la banque. Ce n'est que si je rencontre quelqu'un qui n'est pas intéressé à ce que X_____ gère de façon discrétionnaire ses avoirs que je l'adresse à la banque. Je n'ai donc pas de frais en particulier liés à mon activité d'apporteur. (...).

Des commissions récurrentes me sont versées trimestriellement par la banque calculées sur la base du produit réalisé par celle-ci.

Je précise que la convention d'apporteur est une activité accessoire qui est exercée par toute personne susceptible d'apporter de nouveaux clients.

Il me serait tout à fait possible d'adresser de nouveaux clients à une autre banque dans le cadre d'une autre convention d'apporteur".

L'appelé en cause a par ailleurs déclaré qu'il n'était affilié auprès d'aucune caisse de compensation en qualité d'indépendant, quand bien même il estimait être de condition indépendante lorsqu'il agissait comme apporteur, ignorant être tenu de le faire.

6. Sur ce, la cause a été gardée à juger.
7. Les allégués des parties seront repris en tant que de besoin dans la partie en droit qui suit.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS).

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

La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Elle est applicable en l'espèce, dès lors que les faits juridiquement déterminants se sont déroulés postérieurement à son entrée en vigueur (ATF 130 V 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2; ATF 129 V 4 consid. 1.2; ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). Les modifications légales contenues dans la LPGA constituent, en règle générale, une version formalisée dans la loi, de la jurisprudence relative aux notions correspondantes avant l'entrée en vigueur de la LPGA; il n'en découle aucune modification du point de vue de leur contenu, de sorte que la jurisprudence développée à leur propos peut être reprise et appliquée (ATF 130 V 345 consid. 3).

2. Déposé dans les forme et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 60 LPGA).
3. Selon l'art. 12 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS), l'employeur est tenu de payer des cotisations paritaires pour les personnes qu'il emploie (cf également art. 11 LPGA).
4. La caisse a constaté que l'appelé en cause était salarié de la société X_____ SA s'agissant de l'activité réalisée pour la banque dans le cadre de la convention de gérant externe. Elle a en revanche considéré qu'il était salarié de la banque elle-même lorsqu'il travaillait comme apporteur d'affaires.

Le litige porte dès lors sur le statut revêtu par l'appelé en cause - indépendant ou salarié - dans l'activité d'apporteur d'affaires durant les années 2005 et 2006 et, partant, la qualification des commissions qui lui ont été versées par la banque à ce titre.

5. 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).

En vertu de l'art. 5 al. 2 LAVS, le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de

vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail. Le revenu provenant d'une activité indépendante comprend quand à lui tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante (art. 9 al. 1 LAVS).

6. Une personne exerçant une activité lucrative indépendante peut simultanément avoir la qualité de salarié si elle reçoit un salaire correspondant (art. 12 LPGA).
7. Selon la jurisprudence, le point de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée ne doit pas être tranché d'après la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires. Ce qui est déterminant, bien plutôt, ce sont les circonstances économiques. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir éventuellement quelques indices pour la qualification en matière d'AVS, mais ne sont pas déterminants.
8. On admet généralement l'existence d'une activité salariée lorsqu'une personne dépend d'un employeur du point de vue économique et dans l'organisation du travail et qu'elle ne supporte pas le risque spécifique à l'entreprise (VSI 2001 p. 252 consid. 2a; VSI 1998 p. 235 consid. 4a; VSI 1997 p. 106s. consid. 2a).

On se trouve en présence d'une activité dépendante lorsqu'elle présente les traits typiques du contrat de travail, à savoir lorsque l'intéressé doit offrir ses services pour une certaine durée, qu'il doit se tenir à disposition de l'entreprise - se trouvant alors dans l'incapacité de fait d'exercer quelque autre activité lucrative - et qu'il est lié aux instructions de l'entreprise (par exemple : il n'est pas libre de refuser les mandats, il est soumis à une clause de non - concurrence [RCC 1992 174s. consid. 4b]) qui décide également, pour la plus grande part, de la durée et de l'organisation du travail. De tels éléments parlent en effet en faveur d'un rapport de subordination (VSI 1997 p. 107 consid. 2b; Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 12ème éd., p. 34ss; Vischer, Der Arbeitsvertrag, SPR VIII/1 p. 306 = Traité de droit privé suisse, vol. VII, tome I, 2, 1982 p. 34).

L'observation d'un certain plan de travail, l'obligation de rendre compte de l'avancement des travaux ainsi que le recours à l'infrastructure du lieu de travail constituent autant d'indices d'une activité dépendante (RCC 1982 p. 176). Le risque économique couru par l'assuré tient alors à lui seul dans ce cas à la réussite personnelle ou, en cas d'activité exercée régulièrement, dans le fait de se retrouver, si le rapport de travail cesse, dans une situation semblable à celle d'un salarié qui perd son emploi (VSI 1997 p. 107 consid. 2b; ATF 119 V 163 consid. 3b = VSI 1993 p. 226; ATF 112 V 169 = VSI 1996 p. 256). 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, 1986 p. 651 consid. 4c, 1982 p. 178 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 78 consid. 4b).

9. Le risque particulier de l'entrepreneur consiste dans les frais que l'intéressé est appelé à supporter indépendamment du succès qu'il peut remporter dans son travail (VSI 1997 p. 107 consid. 2b; RCC 1986 p. 347 consid. 2d; RCC 1986 p. 126 consid. 2b). Il découle du fait que, quel que soit le résultat de son activité, il doit supporter les coûts de son entreprise, en particulier les frais généraux, pertes, risque d'encaissement et de du croire (VSI 1998 p. 235 consid. 4a; Greber / Duc / Scartazzini, Commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-veillesse et survivants, ad art. 5 LAVS, n°111). Ainsi, le risque d'entrepreneur au sens donné par cette expression dans l'assurance-veillesse et survivants signifie avant tout que l'assuré est responsable des pertes résultant de l'insolvabilité des clients, de livraisons défectueuses ou de dispositions erronées (RCC 1986 consid. 4d p. 652). Le risque économique de l'entrepreneur peut être défini comme étant celui que court la personne qui doit compter, en raison d'évaluations ou de comportements professionnels inadéquats, avec des pertes de la substance économique de l'entreprise. Constituent notamment des indices révélant l'existence d'un risque économique d'entrepreneur le fait que l'assuré opère des investissements importants, subit les pertes, supporte le risque d'encaissement et de du croire, supporte les frais généraux, agit en son propre nom et pour son propre compte, se procure lui-même les mandats, occupe du personnel et utilise ses propres locaux commerciaux (ATFA non publié du 14 novembre 2002, H 188/02 consid. 5.2 ; VSI 1997 p. 107 consid. 2b; ATF 119 V 163 consid. 3b = VSI 1993 p. 226).
10. A eux seuls toutefois, ces principes ne permettent pas de dégager des solutions uniformes qui soient applicables systématiquement. La diversité des situations qui caractérisent la vie économique oblige à apprécier le statut de cotisant d'une personne active en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier. Comme il arrive souvent que l'on retrouve dans un cas d'espèce les caractéristiques des deux genres d'activité, il faut alors se demander quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (VSI 2001 p. 252 consid. 2a ; VSI 1998 p. 235 consid. 4a; ATF 123 V 162s. consid. 1 = VSI 1998 p. 56 consid. 1 ; ATF 122 V 171 = VSI 1996 p. 256).

Seul un examen détaillé de l'ensemble des circonstances économiques concrètes du cas d'espèce permet de déterminer si l'on est en présence d'une activité dépendante ou indépendante. Cela étant, 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 (ATFA non publié du 14 février 2007, H 19/2006; Raphael LANZ, Die Abgrenzung der selbständigen von den unselbständigen Erwerbstätigkeit im Sozialversicherungs-, Steuer- und Zivilrecht, in: PJA 12/1997 p.1474 sv.; GREBER / DUC / SCARTAZZINI, Commentaire des art. 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS], Bâle 1997, n. 103 ad art. 5; Hanspeter KÄSER, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, Berne 1996, p. 120, n. 4.30). 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 (VSI 1996 p. 257 ss consid. 3c ; ATFA non publié du 10 janvier 2005, H 334/03 consid. 6.2.1).

11. En ce qui concerne la preuve, 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 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).
12. En l'espèce, il y a d'emblée lieu de relever que le fait que l'appelé en cause ait créé la société X_____ SA et qu'il en soit le salarié, n'est pas déterminant quant à son statut vis-à-vis de la banque comme apporteur.

Il s'agit en effet de déterminer si la rémunération qui lui est versée par la banque en exécution de la convention d'apporteur et elle seule doit être ou non qualifiée de salaire.

13. Il ressort des dispositions de la convention, ainsi que des déclarations de la banque et de l'appelé en cause, que celui-ci, dans son activité d'apporteur, ne reçoit pas d'instruction de la banque, n'a pas d'obligation de présence, est libre dans l'organisation de son travail et n'utilise aucune infrastructure de la banque. Tous ces éléments indiquent qu'il n'y a pas de lien de subordination entre l'intéressé et la banque.

Il est vrai qu'ils sont en réalité, de par leur nature, inhérents à l'activité même d'apporteur exercée par l'intéressé, celui-ci n'ayant notamment pas à être dans les locaux de la banque, et n'ayant besoin ni du matériel ou réseau informatique de la banque ni d'une ligne téléphonique appartenant à la banque pour inciter des clients à ouvrir des comptes auprès de cette dernière. De même en est-il des

investissements importants ou du recrutement de personnel qui ne sont pas nécessaires non plus.

Il convient dès lors d'accorder moins d'importance à de tels critères qui ne sont pas nécessairement pertinents s'agissant du type d'activité considéré. Le fait que la convention d'apporteur a été conclue avec l'appelé en cause lui-même ne constitue pas à cet égard un élément déterminant plaidant en faveur d'une activité salariée pour le même motif.

Il importe en revanche de souligner que l'appelé en cause a la possibilité d'adresser de nouveaux clients à d'autres banques s'il le souhaite (cf. procès-verbal du 15 janvier 2008), qu'il n'a à cet égard pas un quota minimum de clients à introduire auprès de la banque durant une durée déterminée, ce qui implique par ailleurs qu'il n'a pas d'obligation de rendre compte sur son activité.

14. L'appelé en cause perçoit des commissions récurrentes, trimestriellement, calculées sur la base du produit réalisé par la banque sur les clients qui ouvrent chez elle un compte grâce à lui. Il ne perçoit ainsi aucune rémunération s'il n'amène pas de nouveaux clients. Les démarches effectuées sans succès ne donnent pas lieu au versement d'une commission.

S'agissant des frais, au demeurant très réduits, l'appelé en cause a expliqué lors de son audition qu'il les assumait (il utilise notamment sa propre ligne téléphonique personnelle pour contacter les clients qu'il entend introduire auprès de la banque). Il y a à cet égard lieu de constater qu'il est au surplus appelé à supporter les frais indépendamment du résultat de son travail auprès de clients qui pourraient finalement ne pas entrer en relation avec la banque.

L'art. 5 al. 2 de la convention d'apporteur prévoit certes que

"au cas où dans le cadre de missions de consulting, l'apporteur devait s'acquitter de frais et débours spécifiques, ceux-ci seront présentés à la banque pour règlement à la fin de la mission ou sur une base mensuelle le cas échéant".

Il s'agit-là cependant d'une clause relative à des frais spécifiques, survenant vraisemblablement de façon extraordinaire. Elle ne suffit pas à considérer que les frais d'une façon générale ne seraient pas à la charge de l'appelé en cause.

Le Tribunal de céans admet ainsi qu'il court le risque économique de l'entrepreneur.

15. Selon le Préambule al. 7 de la convention d'apporteur, l'appelé en cause s'engage certes à ne pas contacter les clients concernés avant concertation avec la banque et il doit en règle générale être accompagné par un représentant de la banque pour la signature d'un éventuel droit de regard. Il convient toutefois de noter que cette clause porte sur le droit de regard, au sujet duquel l'appelé en cause a expliqué que "je n'ai pas de droit de regard sur les clients que j'ai apportés, ni sur ceux qui sont

restés grâce à moi, à moins qu'ils aient signé un document l'autorisant" (procès-verbal d'audience du 15 janvier 2008). On ne saurait dès lors en conclure qu'il n'agit pas en son propre nom dans le cadre de son activité d'apporteur.

16. Enfin, le fait que l'appelé en cause ne se soit pas inscrit auprès d'une caisse de compensation en tant qu'indépendant pour son activité d'apporteur n'est pas déterminant, vu l'incertitude dans laquelle il se trouvait quant à son statut au regard de l'AVS.
17. En conclusion, le Tribunal de céans est d'avis que les indices conduisant à retenir l'existence d'une activité indépendante exercée au demeurant accessoirement, sont prédominants.
18. Il y a par ailleurs lieu de relever que la convention d'apporteur pourrait être assimilée à un courtage.

Selon l'art. 412 al. 1 CO en effet, le courtage est un contrat par lequel le courtier est chargé, moyennant rémunération, soit d'indiquer à l'autre partie l'occasion de conclure une convention, soit de lui servir d'intermédiaire pour la négociation d'un contrat. L'agent quant à lui est celui qui prend à titre permanent l'engagement de négocier la conclusion d'affaires pour un ou plusieurs mandants ou d'en conclure en leur nom et pour leur compte, sans être lié envers eux par un contrat de travail (art. 418a CO). La différence entre les deux types de contrats réside dans le fait que le contrat de courtage n'implique pas, à la différence du contrat d'agence, une activité répétitive ou professionnelle (ATF 118 IV 403). De plus, s'agissant du contrat d'agence, le TFA estime que l'existence d'une activité indépendante ne peut être admise que si l'agent dirige une entreprise ayant ses propres locaux et son propre personnel et supporte ainsi un réel risque d'entrepreneur (RCC 1988 p. 398). Selon la jurisprudence, le courtage au sens de l'art. 412 s. CO est au contraire considéré en principe comme une activité indépendante, dans la mesure où le courtier supporte le risque encouru par un entrepreneur, dès lors que les frais ne lui sont pas remboursés et qu'il n'a droit à la rémunération convenue que si ses démarches ont abouti à la conclusion du contrat (RCC 1988 p. 314 s.).

19. La banque ne saurait dans ces circonstances être tenue pour responsable du paiement de cotisations paritaires AVS-AI calculées sur la base des commissions versées à l'appelé en cause, qui doit être, pour son activité d'apporteur, considéré comme un indépendant.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet dans le sens des considérants.
3. Condamne l'intimée à verser à la recourante la somme de 1'500 fr., à titre de participation à ses frais et dépens.
4. Condamne l'intimée à verser à l'appelé en cause la somme de 1'000 fr., à titre de participation à ses frais et dépens.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. 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); 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-Louise QUELOZ

Doris WANGELER

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