RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3251/2020 **ATAS/422/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 4 mai 2021

15ème Chambre

En la cause

A_____, rue _____, à GENÈVE	recourante
contre	
CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FÉDÉRATION DES ENTREPRISES ROMANDES FER CIAM 106.1, sise rue de Saint-Jean 98, GENÈVE	intimée
Monsieur B_____, domicilié à GENÈVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Constansa DERPICH	appelé en cause

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

EN FAIT

1. A_____ (ci-après : l'employeuse ou la recourante) est affiliée en qualité d'employeuse à la caisse interprofessionnelle AVS de la fédération des entreprises romandes FER CIAM (ci-après : la caisse et l'intimée).

2. En 2019, la caisse a constaté au cours d'un contrôle qu'aucune cotisation n'avait été payée sur les commissions versées par la recourante à Monsieur B_____.

3. Le 12 juillet 2019, l'intimée a rendu une décision par laquelle elle requérait de la recourante le paiement d'arriérés de cotisations paritaires sur la rémunération de M. B_____ (période du 1er janvier 2014 au 31 décembre 2018) d'un montant de CHF 32'672.80 et des intérêts chiffrés à CHF 4'394.25.

4. L'employeuse s'est opposée à cette décision au motif que M. B_____ avait le statut d'indépendant et qu'il était seul débiteur des cotisations en cause.

5. Après des échanges de vues, la caisse a confirmé sa décision du 12 juillet 2019 et rejeté l'opposition de l'employeuse, le 17 septembre 2020.

6. L'employeuse a dès lors saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS) d'un recours, concluant implicitement à l'annulation de la décision, et contestant devoir des arriérés de cotisations, dans la mesure où M. B_____ avait abusé de sa confiance en déclarant qu'il avait un statut d'indépendant. Elle avait porté plainte contre M. B_____ pour abus de confiance et fraude fiscale. Il n'y avait pas eu de contrat de travail entre elle et M. B_____, conformément au dossier prud'hommes. Elle ignorait que ce dernier n'avait pas officialisé son statut d'indépendant jusqu'au contrôle de juillet 2019. La recourante avait engagé M. B_____, le 1er décembre 2009, par un contrat de durée déterminée lequel avait pris fin le 30 novembre 2010 à la demande de M. B_____, pour éviter des saisies sur salaire. Il avait demandé à l'ancienne présidente de rester auprès de l'association en tant qu'indépendant et avait affirmé avoir fait les démarches utiles en montrant à titre de preuve une attestation de TVA. Un contrat de partenariat avait été conclu avec M. B_____ selon lequel ce dernier pouvait « travailler sur les membres de cultures et loisirs principalement dans les secteurs voyage, vente de véhicules et assurances ». Il pouvait librement travailler dans un bureau complètement équipé de l'association. Il avait un réseau étendu dans les compagnies d'assurances et les garages de véhicules automobiles et pouvait participer aux présentations de l'association. Il percevait des commissions dont une partie revenait à l'association pour ses frais administratifs et de fonctionnement. Une liberté totale était accordée à M. B_____ tant pour ce qui était de sa présence sur le lieu de travail que pour ses horaires. Il pouvait s'absenter deux mois ou travailler douze heures par jour s'il le souhaitait. Il était libre d'avoir une autre clientèle mais la recourante ignorait si cela avait été le cas. Il avait en revanche utilisé sa position au sein de l'association pour conclure un partenariat avec la société C_____ SA (spécialiste en matière d'assurances HELSANA), sans jamais reverser une part des revenus de ce partenariat à la recourante, contrairement à ses

obligations contractuelles. Ses revenus dépendaient de ses activités personnelles. L'association ne lui garantissait pas de salaire et n'avait jamais retenu de cotisations sociales ou payé de prévoyance professionnelle.

7. Par acte du 10 novembre 2020, la caisse a conclu au rejet du recours et a requis l'appel en cause de M. B_____. Le fait que les parties s'étaient entendues pour rompre le contrat de travail et poursuivre la relation contractuelle, de la même manière, mais sous un autre nom pour éviter des saisies de salaire de M. B_____ n'était pas déterminant au regard des cotisations sociales. Le fait que ce dernier avait indiqué faussement être indépendant ne l'était pas davantage. La recourante aurait dû s'assurer de ce fait chaque année en sollicitant une attestation d'indépendant et devait vérifier, auprès de sa propre caisse, si les activités ainsi rémunérées étaient sujettes à cotisations ou non. Il ressortait des pièces des prud'hommes que M. B_____ disposait non seulement de son bureau, mais des clés de l'association, d'un service informatique, de cartes de visite et devait informer la présidente de ses absences et consentir à déplacer ses vacances sur demande. Les commissions étaient réparties à raison de 50 % pour M. B_____ et le solde à l'association pour les activités de voyage, respectivement 20 % pour les autres activités. Le fait qu'il était libre de conclure des contrats avec des tiers ou d'agir comme indépendant aux côtés de ses activités pour l'association n'était pas incompatible avec une activité subordonnée pour cette dernière.

8. Par ordonnance du 1er décembre 2020, M. B_____ a été appelé en cause.

9. Par acte du 4 janvier 2021, ce dernier a conclu au rejet du recours. Il avait fourni des prestations de travail sur la durée, contre rémunération constituée de commissions, dans un rapport de subordination, recevant des instructions et travaillant à un taux de 80 %, comme cela avait été le cas avant le congé modification qui lui avait été signifié en 2010. Il était ainsi bien employé de la recourante, de sorte que le recours de cette dernière doit être rejeté.

10. L'acte de l'appelé en cause a été transmis aux parties, lesquelles n'ont pas répliqué.

11. 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).

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

3. Le litige porte sur le statut de cotisant de M. B_____ et, par voie de conséquence, sur l'obligation de la recourante de verser des cotisations paritaires concernant les commissions versées à ce dernier sur la base du contrat partenariat les ayant liés.

4. À teneur de l'art. 1a al. 1er let. a LAVS, sont assurées conformément à la LAVS les personnes physiques domiciliées en Suisse. Conformément à l'art. 3 al. 1er LAVS, les assurés sont tenus de payer des cotisations tant qu'ils exercent une activité lucrative.

5. 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 (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).

6. 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). Font partie du salaire déterminant, par définition, toutes les sommes touchées par le salarié, si leur versement est économiquement lié au contrat de travail ; peu importe, à ce propos, que les rapports de service soient maintenus ou aient été résiliés, que les prestations soient versées en vertu d'une obligation ou à titre bénévole (ATF 128 V 176 consid. 3c p. 180 ; 126 V 221 consid. 4a p. 222 ; 124 V 100 consid. 2 p. 101 et la jurisprudence citée).

7. À cet égard, les articles 7 et ss. RAVS définissent ce qu'il faut entendre par salaire déterminant soumis à cotisations, soit notamment :

   a. le salaire au temps, aux pièces (à la tâche) et à la prime, y compris les indemnités pour les heures supplémentaires, le travail de nuit et en remplacement ;

   b. les allocations de résidence et de renchérissement ;

   c. les gratifications, les primes de fidélité et au rendement, ainsi que la valeur d'actions remises aux salariés, dans la mesure où celle-ci dépasse le prix d'acquisition et où le salarié peut disposer des actions ; s'agissant des actions liées remises aux salariés, la valeur et le moment de la réalisation du revenu sont déterminés d'après les dispositions relatives à l'impôt fédéral direct ;

   d. les pourboires, s'ils représentent une part importante du salaire ;

   e. les prestations en nature ayant un caractère régulier ;

   f. les provisions et les commissions ;

   g. les tantièmes, les indemnités fixes et les jetons de présence des membres de l'administration et des organes dirigeants des personnes morales ;

h. les honoraires des privat-docents et des autres personnes qui, dans l'enseignement, sont rétribués de manière analogue.

8. 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 (DUC, in GREBER/DUC/SCARTAZZINI, Commentaire des art. 1 à 16 LAVS et les références sous note n° 151). Ce qui est déterminant, 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. 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. 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances, non publié, du 19 mai 2006, H 6/05, consid. 2.2 ; ATF 123 V 162 consid. 1 et les arrêts cités).

9. 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances, non publié, du 19 mai 2006, H 6/05, consid. 2.3). 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances, non publié, du 19 mai 2006, H 6/05, consid. 2.3). 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances, non publié, du 19 mai 2006, H 6/05, 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 (ATFA non publié du 19 mai 2006, H 6/05, consid. 2.3).

10. 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 (ATF non publié du 14 février 2007, H 19/06, consid. 5.1 et les références citées).

11. Lorsqu'une personne assurée devient indépendante et continue néanmoins d'être active dans une large mesure pour celui qui jusque-là était son employeur, des exigences élevées doivent être posées s'agissant de la reconnaissance de son statut d'indépendant en relation avec les travaux effectués pour cette personne : les indications en faveur d'une activité indépendante doivent alors être clairement prépondérantes (cf. ATF 9C_1062/2010 ; arrêt U 427/06 du 28 août 2007 consid. 4.2 et les références citées).

12. L'art. 14 LAVS prescrit que l'employeur doit déduire, à chaque paiement de salaire, la cotisation du salarié et verser celle-ci à la caisse de compensation avec sa propre cotisation ; les employeurs doivent envoyer aux caisses, périodiquement, les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions; l'obligation de payer les cotisations et de faire les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi ; il exerce donc la fonction d'organe de l'assurance ; s'il la néglige, il devra, en vertu de l'article 52 al. 1 LAVS, réparer le dommage qui en résulte pour l'assurance, représentée par la caisse de compensation (ATF 111 V 172 consid. 2b ; 108 V 183 consid. 1a ; 192 consid. 2a ; RCC 1985 p. 646 consid. 3a, 650 consid. 2 ; 1983 p. 100 ; 1978 p. 258).

13. Les cotisations dues par les employeurs sont en général encaissées selon la procédure simplifiée prévue à l'art. 51 LPGA ; ce principe trouve aussi application, en dérogation à l'art. 49 al. 1 LPGA, lorsque les cotisations sont importantes (art. 14 al. 3 LAVS). Le Conseil fédéral édicte des dispositions sur le paiement a posteriori de cotisations non versées (art. 14 al. 4 let. c LAVS).

14. En vertu de cette délégation de compétence, le Conseil fédéral a adopté l'art. 39 RAVS, selon lequel lorsqu'une caisse de compensation a connaissance du fait qu'une personne soumise à l'obligation de payer des cotisations n'a pas payé de cotisations ou n'en a payé que pour un montant inférieur à celui qui était dû, elle doit réclamer, au besoin par décision, le paiement des cotisations dues.

15. Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (ATFA non publié du 7 mars 2005, H 125/04, consid. 7.3). Dans le domaine des assurances sociales, le juge 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances, non publié, du 7 mars 2005, H 125/04, consid. 7.3 et les références citées ; cf. ATF 130 III 324 ss. 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances, non publié, du 7 mars 2005, H 125/04, consid. 7.3).

16. En l'espèce, le 12 juillet 2019, l'intimée a rendu une décision, confirmée sur opposition le 17 septembre 2020, par laquelle elle requérait de la recourante le paiement d'arriérés de cotisations paritaires sur la rémunération de M. B_____ en considérant que le revenu réalisé par ce dernier durant les cinq dernières années équivalait à un salaire sur lequel les cotisations de l'employeur et de l'employé n'avaient à tort pas été payées.

17. La recourante conteste devoir ces montants, dans la mesure où M. B_____ avait abusé de sa confiance en déclarant qu'il avait un statut d'indépendant, qu'il n'y avait pas eu de contrat de travail entre elle et M. B_____, qu'elle ignorait jusqu'au contrôle de juillet 2019 que ce dernier n'avait pas officialisé son statut d'indépendant.

18. Il ressort du dossier qu'un premier contrat de travail a lié la recourante à M. B_____, du 1er décembre 2009 au 30 novembre 2010. Les raisons de la modification de ce contrat de travail en un contrat de partenariat sont controversées, la recourante soutenant que cela avait été fait pour éviter des saisies sur salaire de l'appelé en cause alors que ce dernier explique avoir dû accepter un congé modification.

    La recourante a produit un avis concernant une saisie de salaire de M. B_____ du 6 octobre 2010, de sorte que les allégations de la recourante apparaissent très vraisemblables. En tous les cas, l'on constate que, dans les faits, les relations contractuelles ont persisté sous la forme d'une collaboration dans la durée. En outre, conformément au premier contrat, l'appelé en cause a continué à travailler dans les locaux de la recourante pour le compte de cette dernière, avec une certaine liberté d'organisation mais dans le respect d'un cadre contractuel équivalant à un contrat de travail rémunéré à la commission. L'appelé en cause était tenu d'exécuter personnellement les tâches qui lui étaient confiées, assistait aux présentations de la recourante et faisait l'objet d'évaluations (document intitulé point de la situation du 25 février 2019). Il apparaît être dans une relation contractuelle dépendante avec la recourante, dans le cadre d'une collaboration régulière sur de nombreuses années. Le fait que l'appelé en cause était rémunéré à la commission lui permettait d'avoir une grande liberté dans l'organisation de son travail mais l'obligeait à fournir une activité régulière pour réaliser un revenu

régulier, ce qu'il a fait depuis son engagement au sein de l'association de la recourante.

Conformément à la jurisprudence précitée, les exigences sont élevées pour reconnaître le statut d'indépendant à celui qui a été précédemment employé par le même employeur. Dans ce cas, les faits parlent majoritairement en faveur d'une activité dépendante, intitulée « indépendante » dans le but de contourner des conséquences que les parties ne souhaitaient pas.

La décision de la recourante est donc bien conforme à la loi.

Le recours sera rejeté.

Il sera rappelé que la recourante est débitrice en tant qu'employeuse des cotisations paritaires entières aux termes de l'art. 14 al. 1 LAVS (voir aussi GREBER/DUC/SCARTAZZINI, Commentaire des articles 1 à 16 LAVS, n°16 ad art. 14 LAVS), bien qu'elle considère qu'elle a été trompée par M. B_____.

Elle a cependant la possibilité d'intenter une action récursoire soumise aux règles de droit civil contre ce dernier pour la part de cotisations à sa charge (arrêt du Tribunal fédéral des assurances, 1958 p. 237 ; RCC 1949 p. 388 et ss).

* * * * * *

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
Marie NIERMARÉCHAL	Marine WYSSENBACH

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