

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3748/2009

ATAS/67/2010

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 2**

**du 26 janvier 2010**

En la cause

AGENCE IMMOBILIERE. X\_\_\_\_\_ SA, comparant avec  
élection de domicile en l'étude de Maître Marie-Claude de RHAM-  
CASTHELAZ

recourante

contre

FER CIAM 106.1, sise Rue de St-Jean 98, GENÈVE

Intimée

**Siégeant : Sabina MASCOTTO, Présidente; Anne REISER et Eugen MAGYARI, Juges  
assesseurs**

---

---

**EN FAIT**

1. Lors d'un contrôle d'employeur effectué auprès de la société X\_\_\_\_\_ SA (ci-après la société) le 23 juin 2009, portant sur la période du 1<sup>er</sup> janvier 2004 au 31 décembre 2007, la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES - FER CIAM 106.1 (ci-après la caisse) a constaté que les commissions suivantes n'avaient pas été déclarées :

- Pour Monsieur B\_\_\_\_\_:

la somme de 5'300 fr., représentant une commission versée en juillet 2007 de 4'976 fr. 50 convertie en salaire brut.

- Pour Monsieur C\_\_\_\_\_:

la somme de 5'325 fr., représentant une commission versée en décembre 2007 de 5'000 fr. convertie en salaire brut.

- Pour Monsieur D\_\_\_\_\_:

la somme de 9'760 fr., représentant une commission versée en juin 2004 de 6'000 Euros, soit 9'169 fr., convertie en salaire brut.

- Pour Madame E\_\_\_\_\_:

la somme de 3'515 fr., représentant une commission versée en juin 2007 de 3'300 fr. convertie en salaire brut.

- Pour Madame F\_\_\_\_\_:

la somme de 37'300 fr., représentant deux commissions versées en mars et juillet 2005, l'une de 28'950 fr. et l'autre de 6'000 fr., converties en salaire brut.

- Pour Madame G\_\_\_\_\_:

la somme de 6'390 fr., représentant une commission versée en octobre 2007 de 6'000 fr. convertie en salaire brut.

- Pour Madame H\_\_\_\_\_:

les sommes de 7'615 fr. et 15'975 fr., représentant deux commissions versées en juillet 2006 et mars 2007.

- Pour Monsieur I\_\_\_\_\_:

la somme de 2'515 fr., représentant une commission versée en 2007 de 2'361 fr. convertie en salaire brut.

- Pour Madame J\_\_\_\_\_:

la somme de 79'895 fr. représentant une commission versée en octobre 2007 de 75'000 fr. convertie en salaire brut.

- 
2. La caisse a soumis à cotisations ces salaires repris et a dès lors réclamé à la société, par décision du 29 mai 2009, des cotisations paritaires AVS/AI/AF et AMat complémentaires, s'élevant à la somme totale de 22'587 fr. 70.
  3. La société a formé opposition le 23 juin 2009. Elle a conclu à l'annulation du décompte rectificatif en tant qu'il concernait Messieurs B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_, D\_\_\_\_\_ et Mesdames E\_\_\_\_\_, F\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_, indiquant que ces personnes n'étaient pas liées par un contrat de travail avec la société pour ces opérations, mais avaient reçu une commission pour avoir indiqué à la société des occasions de ventes de biens immobiliers. Elle a précisé que:
    - Monsieur D\_\_\_\_\_ avait été employé de la société et avait cotisé sur son salaire, mais que la reprise décidée concernait une commission versée à SARL Y\_\_\_\_\_, , dont il était le gérant.
    - Madame Monique G\_\_\_\_\_ n'était plus secrétaire auprès de la société depuis fin 2006, alors que la commission avait été versée en août 2008.
    - Madame K\_\_\_\_\_ était inconnue de la société, mais Madame F\_\_\_\_\_ avait en effet perçu deux commissions de 28'950 fr. et 6'000 fr.
  4. Par décision sur opposition du 23 septembre 2009, la caisse a confirmé ses décisions, mais elle a admis l'opposition pour Monsieur D\_\_\_\_\_. Elle a motivé sa décision par le fait que les revenus provenant d'apports d'affaires sont en général considérés comme provenant d'une activité dépendante, peu importe que la personne en question soit employées ou pas de la société. Le cas de Monsieur D\_\_\_\_\_ était différent car il avait une activité indépendante en France en 2004 et n'était salarié de la société que depuis février 2005. Elle a précisé que K\_\_\_\_\_ F\_\_\_\_\_ était en fait Madame F\_\_\_\_\_.
  5. Le 16 octobre 2009, la société a interjeté recours contre la décision sur opposition et a conclu à son annulation, en tant qu'elle confirme le décompte rectificatif du 29 mai 2009 concernant Monsieur B\_\_\_\_\_, Monsieur C\_\_\_\_\_, Madame E\_\_\_\_\_, Madame K\_\_\_\_\_ F\_\_\_\_\_ et Madame G\_\_\_\_\_, à sa confirmation pour le surplus, puis à l'annulation dudit décompte. Elle fait valoir que seul le salaire de dépendant doit être considéré. Or, les intéressés ne sont pas soumis à un contrat de travail avec la société, et le caractère indépendant ne dépend pas d'une inscription au registre du commerce. De plus, la caisse confond manifestement les commissions litigieuses avec celles qui sont prévues par l'article 322b du code des obligations, soit les commissions auxquelles le travailleur a droit sur certaines affaires, et qui font partie du salaire.
  6. Le 13 novembre 2009, la caisse a répondu au recours et maintenu sa décision sur opposition, faisant valoir que même si ces personnes ne font pas partie du personnel
-

---

fixe de la société, les commissions doivent être considérées comme du salaire déterminant AVS selon l'article 7, lettre g RAVS. L'activité d'indicateur est une activité analogue à celle de représentant de commerce, lequel conclut et négocie contre rémunération une affaire pour le compte d'un tiers, et est considéré comme un travailleur dépendant. Exceptionnellement, il est considéré comme indépendant s'il remplit trois conditions: il utilise ses propres locaux, il occupe du personnel et supporte des frais généraux. Ainsi, le cas de Monsieur D \_\_\_\_\_ était différent, car il avait une société, au nom de laquelle la facture était établie et la caisse partait de l'idée que ce revenu était déclaré en France.

7. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties, il a été établi et admis par les parties qu'aucune des huit personnes concernées par le décompte n'était salariée de l'entreprise lors du versement de la commission, que seule deux d'entre elles l'avaient été avant ou après l'opération de courtage et qu'aucune n'avait le statut de dépendant au sens de l'AVS. Sur cette base, un délai a été accordé à la caisse pour faire savoir si elle maintenait sa position.
8. Par pli du 12 janvier 2009, la caisse a maintenu sa décision, faisant valoir que la notion de salaire au sens des assurances sociales est plus large que celui du contrat de travail. Vérification faite auprès de l'OFAS, les commissions touchées par des indicateurs ou apporteurs d'affaires sont considérées comme du salaire déterminant AVS et les personnes comme dépendantes, sauf si elles ont leurs propres structures (locaux professionnels, personnel, prises en charge des frais généraux). Le fait que les personnes soient à peine connues de la société est insignifiant.
9. La cause a été gardée à juger le 19 janvier 2010.

### **EN DROIT**

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la Loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), 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 ; 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. La LPGA, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003, est applicable au cas d'espèce.
3. Interjeté dans les forme et délai prescrits, le recours est recevable (art. 5, 56 et 60 LPGA ; art. 89B de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 – LPA ; RS E 5 10).

---

4. Le litige porte sur les reprises de salaires effectuées par la caisse et en particulier sur le fait de déterminer si les commissions versées sont considérées comme un salaire de dépendant. Le recours est limité à la reprise de salaire pour Monsieur B \_\_\_\_\_, Monsieur C \_\_\_\_\_, Madame E \_\_\_\_\_, Madame F \_\_\_\_\_ et Madame L \_\_\_\_\_, la caisse ayant admis l'opposition pour le cas de Monsieur D \_\_\_\_\_.

5.a) 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). Aux termes de l'art. 14 al. 1 LAVS, les cotisations perçues sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité dépendante doivent être retenues lors de chaque paie et être versées périodiquement par l'employeur en même temps que la cotisation de l'employeur.

Le salaire déterminant, au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. 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).

A 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 revenus des commanditaires résultant d'un rapport de service qui les lie à la société en commandite, ainsi que les parts des salariés aux bénéfices dans la mesure où elles dépassent l'intérêt du capital engagé;
  - e. les pourboires, s'ils représentent une part importante du salaire;
  - f. les prestations en nature ayant un caractère régulier;
  - g. les provisions et les commissions.
- b) 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. 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 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 trouvera des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activité; pour trancher la question, on se demandera quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (ATF 123 V 162 consid. 1, 122 V 171 consid. 3a, 283 consid. 2a, 119 V 161 consid. 2 et les arrêts cités).

- c) 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 sv. consid. 4b). En outre, la possibilité pour le travailleur d'organiser son horaire de travail ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'une activité indépendante (VSI 1996 p. 257 sv. consid. 3c).
- d) Le revenu 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). Les indices caractéristiques d'une activité indépendante résident dans la mise en œuvre d'investissements d'une certaine importance, l'usage de ses propres locaux de travail et l'engagement de son personnel (ATF 119 V 163 consid. 3b). Le risque particulier de l'entrepreneur 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, risques d'encaissement et de ducroire (Greber/Duc/Scartazzini, Commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS], ad. art. 5 LAVS, n° 111 p. 181; Rudolf Rüedi, Die Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit, in: Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV, Referate der Tagung des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse vom 28. November 1997 in Luzern, Schaffhauser/Kieser (éd.), St. Gallen, 1998, p. 131 s.; cf. en outre ATF 123 V 162 s. consid. 1 et les références).

- 
- e) Le courtage est en règle générale considéré comme une activité indépendante (RCC 1988 p. 315 s. consid. 3c). Comme tout mandataire, le courtier est tenu d'exécuter son mandat dans les règles et conformément aux instructions du mandant (art. 412 al. 2 CO en corrélation avec l'art. 397 CO). Au surplus, le contrat de courtage peut être révoqué en tout temps (art. 412 al. 2 CO en corrélation avec l'art. 404 CO) et selon l'art. 413 al. 1 CO, le courtier n'a en principe droit à son salaire que si l'indication qu'il a donnée ou la négociation qu'il a conduite aboutit à la conclusion du contrat. Ce dernier élément, qui met en lumière le caractère nettement aléatoire de l'activité de courtier, est important du point de vue du droit des assurances sociales qui fait du risque encouru par l'entrepreneur l'un des critères permettant de reconnaître l'existence d'une activité indépendante. Quant aux dépenses du courtier, elles ne lui sont remboursées, lors même que l'affaire n'a pas abouti, que si cela a été convenu (art. 413 al. 3 CO). Pour toutes ces raisons, il s'impose généralement de considérer que le courtier exerce une activité indépendante (Gustavo Scartazzini, in Greber/Duc/Scartazzini, Commentaire des art. 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS], 1966, ch. m. 159 ad art. 5 LAVS).
- f) Selon l'article 322b CO, s'il est convenu que le travailleur a droit à une provision sur certaines affaires, elle lui est acquise dès que l'affaire a été valablement conclue avec le tiers.
6. Dans le cas d'espèce, l'activité des intéressés a consisté à indiquer à la société, de leur propre chef, et lorsque cela se présentait, des occasions de vente d'un bien immobilier. En contrepartie, les intéressés ont perçu une commission lorsque l'indication donnée a permis à la société de conclure le contrat.

Les cinq personnes visées n'étaient pas salariées par la société lors du versement de la commission, seules deux d'entre elles l'ont été antérieurement ou postérieurement. Sur la période considérée de quatre ans, elles ont perçu chacune une commission unique pour une vente immobilière conclue, sauf Madame F\_\_\_\_\_, qui a permis la conclusion de trois affaires distinctes et a donc perçu trois commissions.

En premier lieu, il faut retenir que les rapports contractuels relèvent d'un contrat de courtage, soit de mandat, et non pas de travail. Certes, la nature juridique du rapport contractuel n'est pas déterminante à elle seule, mais elle fournit des indices.

En second lieu, ces personnes ne dépendent pas de la société pour l'organisation de leur travail, puisque ce sont elles qui contactent la société pour leur proposer une affaire. Elles ne reçoivent pas d'instructions de la société pour l'exécution de leur mandat, elles ne lui sont pas subordonnées. Surtout, il ne s'agit pas d'une collaboration régulière, car les intéressés ne sont pas tenus de fournir régulièrement leurs prestations à la même société. Au contraire, il s'agit dans la majorité des cas d'un seul mandat. Ainsi, aucun des principaux éléments caractérisant le lien de

---

dépendance du salarié, du point de vue de l'organisation du travail et de l'économie de l'entreprise, ne sont réunis.

En troisième lieu, les intéressés n'ont droit à la commission que si l'indication qu'ils ont donnée aboutit à la conclusion du contrat. Ce dernier élément démontre le caractère nettement aléatoire de l'activité de courtier, soit un des critères déterminants du point de vue du droit des assurances sociales qui fait du risque encouru par l'entrepreneur l'un des éléments permettant de reconnaître l'existence d'une activité indépendante. Il n'est pas nécessaire, pour admettre l'existence du risque supporté par un indépendant, que l'activité de ce dernier réponde à tous les indices de l'indépendance (opère des investissements importants, supporte les frais généraux, agit en son nom et pour son compte, se procure lui-même ses mandats, occupe du personnel, utilise ses propres locaux commerciaux). En effet, le courtier peut travailler seul, sans employés, en utilisant partiellement une pièce de son logement et sans autres investissements qu'un téléphone et un ordinateur, alors qu'il supporte manifestement le risque de son entreprise.

En dernier lieu, et contrairement à ce que soutient l'intimée, la commission de courtage ne se confond pas avec la commission visée par l'article 7 RAVS, soit la provision versée au salarié d'une entreprise, et qui constitue la rémunération que le travailleur reçoit à titre complémentaire au prorata des affaires qu'il a permis à l'employeur de conclure avec des tiers, selon les articles 322d et 322c CO (Pierre Tercier, Les contrats spéciaux, Zurich 1995, page 325). Ce qui est en effet déterminant, c'est la qualification de salarié de celui qui, en plus d'un salaire de base, perçoit une commission et qui est dans un rapport de contrat de travail avec l'entreprise, en raison de la présence des éléments caractéristiques du dépendant (subordination, instructions de l'employeur, dépendance et collaboration répétée sur une durée).

Pour l'ensemble de ces motifs, le Tribunal retient que les commissions versées à Monsieur B \_\_\_\_\_, Monsieur C \_\_\_\_\_, Madame E \_\_\_\_\_, Madame F \_\_\_\_\_ et Madame G \_\_\_\_\_ entre le 1<sup>er</sup> janvier 2004 et le 31 décembre 2007 ne constituent pas du salaire déterminant au sens de l'AVS. La décision sur opposition qui confirme la reprise de salaire pour ces cinq personnes est donc infondée.

7. Le recours est admis et la décision sur opposition du 23 septembre 2009 est annulée. Une indemnité de procédure de 750.- est allouée à la recourante, qui obtient gain de cause.

---

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

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare le recours recevable.

**Au fond :**

2. L'admet.
3. Annule la décision sur opposition du 23 septembre 2009.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. Condamne l'intimée à verser à la recourante une indemnité de procédure de 750 fr.
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 ; 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

Maryse BRIAND

Sabina MASCOTTO

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