

Le TF doit qualifier, comme rémunération d'une activité dépendante ou indépendante, les **frais et honoraires que l'exploitant d'une entreprise en raison individuelle a facturés à une Sàrl, dans le cadre d'un contrat conclu avec lui-même** en qualité de gérant de cette société dont il est (indirectement) aussi le propriétaire, par l'intermédiaire d'une autre société (holding).

Dans une telle constellation, ni le critère du risque économique (c. 6.2.1), ni celui de la subordination ne sont pertinents. Il faut procéder **comme si les rapports juridiques étaient complètement indépendants les uns des autres**, à condition que l'exploitant ait les droits de vote nécessaires, dans l'assemblée générale de la holding (art. 698 et 703 CO), pour prendre toutes les décisions essentielles à la gestion de la Sàrl (c. 6.2.2).

Auteur : Alain Ribordy, avocat à Fribourg

Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts Nidwalden vom 4. Dezember 2017 (SV 17 12).

Sachverhalt:

A.

A.a. Die Firma A. GmbH hat zum Zweck u.a. die Suche von Fachspezialisten und Führungskräften. Die Gesellschaft ist Inhaberin der im Markenregister eingetragenen Firma "B.". Die A. GmbH ist der Ausgleichskasse Nidwalden angeschlossen. Geschäftsführer ist C.. Dieser ist zudem einziger Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift der D. Holding AG, welche ihrerseits einzige Gesellschafterin der A. GmbH ist. Weiter ist C. Inhaber der Einzelfirma E.. In dieser Eigenschaft ist er bei der Ausgleichskasse Nidwalden als Selbständigerwerbender registriert. Zwischen der A. GmbH und der Einzelfirma E. besteht ein vom 16. Januar 2006 datierender "Lizenz- und Dienstleistungsvertrag".

A.b. Am 24. Januar 2017 führte die Revisionsstelle der Ausgleichskassen bei der A. GmbH eine Arbeitgeberkontrolle für die Zeit vom 1. Januar 2014 bis 31. Dezember 2015 durch. Gestützt auf deren Ergänzungsbericht vom selben Tag erhob die Ausgleichskasse Nidwalden mit Nachzahlungsverfügung vom 17. Februar 2017 auf 2015 erfolgten Zahlungen der Firma an C. (Honorarleistungen für seine Aufwendungen) in der Höhe von Fr. 28'250.- u.a. paritätische und FAK-Beiträge (einschliesslich Verwaltungskosten) von insgesamt Fr. 4'042.30. Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 24. April 2017 fest.

B.

Die Beschwerde der A. GmbH wies das Verwaltungsgericht Nidwalden, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, nach zweifachem Schriftenwechsel mit Entscheid vom 4. Dezember 2017 ab.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beantragt die A. GmbH, der Entscheid vom 4. Dezember 2017 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass sie für das Kalenderjahr 2015 keine Lohnbeiträge schulde.

Die Ausgleichskasse Nidwalden beantragt, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten und ersucht eventualiter um deren Abweisung. Das Bundesamt für Sozialversicherungen verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

Das Feststellungsbegehren in der Beschwerde hat keine selbständige Bedeutung, sondern ist als Antrag auf Aufhebung des vorinstanzlich angefochtenen Einspracheentscheids vom 24. April 2017 zu verstehen.

2.

2.1. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann u.a. wegen Verletzung von Bundesrecht erhoben werden (Art. 95 lit. a BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Artikel 95 beruht (Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG).

2.2. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG; BGE 138 V 17 E. 3 S. 19). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Es kann - im Rahmen der den Parteien obliegenden Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 sowie Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 138 I 171 E. 1.4 S. 176; 133 II 249 E. 1.4.1 und E. 1.4.2 S. 254 mit Hinweisen) - die Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (BGE 134 V 250 E. 1.2 S. 252; 132 II 257 E. 2.5 S. 262; Urteil 9C_431/2016 vom 7. Dezember 2016 E. 1.2).

3.

Streitgegenstand bildet die beitragsrechtliche Qualifikation der von der Beschwerdeführerin 2015 geleisteten Honorare in der Höhe von Fr. 28'250.- an ihren Geschäftsführer C. als Inhaber der Einzelfirma E. für seine Aufwendungen.

4.

Die massgeblichen Rechtsgrundlagen für die Beurteilung der Streitfrage werden in E. 2.3.1 des angefochtenen Entscheids dargelegt. Darauf wird verwiesen (vgl. Art. 5 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 1 AHVG sowie zur Abgrenzung unselbständiger von selbständiger Erwerbstätigkeit statt vieler Urteil 9C_250/2017 vom 30. Oktober 2017 E. 2.3, in: SVR 2018 AHV Nr. 4 S. 9).

5.

Das kantonale Verwaltungsgericht hat in E. 2.3.2 seines Entscheids dargelegt, welche Umstände für das beitragsrechtliche Rechtsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Geschäftsführer in Bezug auf dessen Tätigkeit im Rahmen des Lizenz- und Dienstleistungsvertrages vom... 2006 von Bedeutung sind. Anhand der massgebenden Kriterien gemäss der Rechtsprechung, umgesetzt in Rz. 1014 ff. der Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML), hat es geprüft, ob diese (eher) für oder gegen unselbständige bzw. selbständige Erwerbstätigkeit sprechen. Es ist zum Ergebnis gelangt, dass von unselbständiger Erwerbstätigkeit auszugehen sei. Dies gelte

insbesondere angesichts der Tatsache, dass der Geschäftsführer von der Beschwerdeführerin vollständig wirtschaftlich abhängig und stark weisungsgebunden sei.

6.

6.1. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe den Begriff "in unselbständiger Stellung (...) geleistete Arbeit" nach Art. 5 Abs. 2 AHVG falsch ausgelegt oder angewendet. Zur Begründung weist sie vorab darauf hin, dass nur C. als einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer im Handelsregister fungiere und nebst ihm keine Personen für sie tätig seien. Der Genannte sei Inhaber der Einzelfirma E., der Kontrahentin des Lizenz- und Dienstleistungsvertrages vom 16. Januar 2006. Als Geschäftsführer der Lizenzgeberin könne sich C. nicht selbst in der Funktion als Lizenznehmer Weisungen erteilen. Weiter würden beide Firmen einheitlich unter demselben Label "F." auftreten, und zwar als Partner. C. akquiriere die Mandate und führe diese aus, die Rechnungstellung und das Inkasso erfolge durch sie. Im internen Verhältnis rechne C. auf Namen und auf Rechnung seiner Einzelunternehmung E. die von ihm erbrachten Leistungen mit ihr ab. Rund 15 % des generierten Umsatzes verblieben ihr als Lizenzgebühr. Das eigentliche Unternehmerrisiko trage somit C..

6.2.

6.2.1. Die Beschwerdeführerin als Lizenzgeberin und die Einzelfirma E. als Lizenznehmerin sind (formal) die Kontrahenten des Lizenz- und Dienstleistungsvertrages vom 16. Januar 2006. C. ist einziger Geschäftsführer der erstgenannten und gleichzeitig Inhaber der zweitgenannten Firma. Der Vertrag vom 16. Januar 2006 wurde somit von C. als Vertreter der Beschwerdeführerin mit sich selbst als Inhaber der Einzelfirma E. abgeschlossen (vgl. zum Selbstkontrahieren Urteil 4A_604/2011 vom 22. Mai 2012 E. 4.2.1). In der Beschwerde wird sodann unter "Sachverhalt/Prozessgeschichte" erwähnt, C. sei Aktionär und einziger Verwaltungsrat der D. Holding AG, welche ihrerseits als einzige Gesellschafterin der Beschwerdeführerin zeichnet. Aufgrund der Akten ist weiter davon auszugehen, dass die Haupttätigkeit der Beschwerdeführerin in der Ausbeutung der Marke "B." (vgl. Sachverhalt lit. A.a) auf der Grundlage des Lizenz- und Dienstleistungsvertrages vom 16. Januar 2006 besteht. Unter diesen Umständen kann dem Unternehmerrisiko keine entscheidende Bedeutung zukommen für die beitragsrechtliche Qualifikation der in diesem Rahmen erfolgten Aufwendungen ihres Geschäftsführers (E. 3). Davon ist (implizit) auch die Vorinstanz ausgegangen.

6.2.2. Mit Bezug auf die Abgrenzungskriterien der arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit von C. im Verhältnis zur Beschwerdeführerin (Lizenzgeberin) als deren Geschäftsführer und gleichzeitig als Inhaber der Einzelfirma E. (Lizenznehmerin) ist zu differenzieren: Ist C. (indirekt über die D. Holding AG) Inhaber der Beschwerdeführerin, ist er in Personalunion als Lizenzgeber und gleichzeitig Lizenznehmer zu betrachten. In dieser Konstellation enthält der Lizenz- und Dienstleistungsvertrag zwischen dem Vertreter mit sich selbst nicht wirklich vorgegebene Pflichten im Sinne von Über- bzw. Unterordnung, weshalb nicht auf unselbständige Erwerbstätigkeit geschlossen werden kann. Dasselbe hat aufgrund des einheitlichen Auftretens der beiden Firmen im Geschäftsverkehr unter demselben Label ebenso in Bezug darauf gelten, dass nach Ziff. 4 des Vertrags Rechnungsstellung ("Billing") und Inkasso von der Beschwerdeführerin übernommen werden. Im Ergebnis ist es so zu halten, wie wenn die Rechtsverhältnisse, in denen die Einzelfirma E. als Auftragnehmerin bzw. -ausführende einerseits und Lizenznehmerin bzw. Partei des Lizenz- und Dienstleistungsvertrages vom 16. Januar 2006 andererseits steht, gänzlich unabhängig voneinander wären.

Anders verhält es sich, wenn C. nicht alle wesentlichen Entscheidungsbefugnisse innerhalb der D. Holding AG als einzige Gesellschafterin der Beschwerdeführerin zustehen, weil er nicht über die hierfür notwendige Stimmkraft an der Generalversammlung verfügt (vgl. Art. 698 und 703 OR). In dieser Konstellation beurteilt sich die streitige Qualifikationsfrage aufgrund des Lizenz- und Dienstleistungsvertrages vom 16. Januar 2006. Dabei ist nach den zutreffenden Darlegungen im

angefochtenen Entscheid, denen die Beschwerdeführerin nichts Substanziertes entgegenzuhalten vermag, von unselbständiger Erwerbstätigkeit auszugehen.

6.3. Die Vorinstanz wird im Sinne des Vorstehenden Abklärungen vorzunehmen haben und danach über die streitige Beitragspflicht der Beschwerdeführerin neu entscheiden. Die Beschwerde ist teilweise begründet.

7.

Ausgangsgemäss hat die Beschwerdegegnerin die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG) und der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Der Entscheid des Verwaltungsgerichts Nidwalden, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, vom 4. Dezember 2017 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an dieses zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 700.- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'800.- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht Nidwalden, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.