REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1251/1999 **ATAS/948/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 26 octobre 2006

En la cause

F_____SA, à Genève, c/o Monsieur Michel S_____, Liquidateur, avenue Louis-Casaï 18, 1209 GENEVE	recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, rte de Chêne 54, 1211 Genève 29	intimée

Siégeant : Karine STECK, Présidente,
Juliana BALDE et Valérie MONTANI, Juges

ATTENDU EN FAIT

Que la société anonyme F_____SA (ci-après la société), aujourd'hui en liquidation –, inscrite au registre du commerce de Genève le 10 mai 1993, avait pour but la gestion de patrimoine sous forme d'opérations sur le marché des devises;

Qu'elle était affiliée à la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la caisse), auprès de laquelle elle s'acquittait régulièrement des cotisations d'assurance-vieillesse et survivants, d'assurance-invalidité et d'allocation perte de gain (ci-après cotisations AVS/AI/APG);

Que, par courrier du 29 avril 1998, la caisse a demandé - en vain - à la société de lui communiquer les noms et adresses des bénéficiaires de commissions ressortant des comptes 6000, 6001 et 6010 de la société pour les années 1994 à 1997;

Que la caisse précisait qu'à défaut de fournir ces informations, la société s'exposait au risque que les commissions versées soient considérées comme des salaires sur lesquels elle aurait dû prélever des cotisations aux assurances sociales;

Que la société n'a répondu que de manière incomplète à cette demande;

Que le 25 janvier 1999, la caisse a procédé à un contrôle complet des salaires versés par la société pour les années 1994 à 1997 et constaté que plusieurs versements (pour un montant total de Fr. 1'094'104.55) n'avaient pas été déclarés;

Que ces montants correspondaient à diverses rémunérations versées à titre de salaires à des temporaires et à titre de commissions à V_____, B_____, B1_____, H_____, J_____, K_____, L_____, S_____, H1_____et S_____ ainsi qu'à « divers inconnus » (pièces 1 et 2 caisse);

Que par décision du 19 février 1999, la caisse a réclamé à la société la somme de Fr. 147'501.75 à titre de cotisations complémentaires AVS/AI/APG et intérêts moratoires courant jusqu'au 31 décembre 1998 inclus (pièce 4 CCGC);

Que, le 18 mars 1999, la société a interjeté recours auprès de la Commission cantonale de recours en matière d'AVS contre cette décision; qu'à titre principal, elle concluait à l'annulation de la décision du 19 février 1999, à titre subsidiaire, à l'annulation de cette décision dans la mesure où les cotisations réclamées étaient calculées sur un montant supérieur à 130'776 fr. 30, sous suite de dépens; que la société soutenait que le montant de 1'094'104 fr. 55 pris en considération par la caisse pour calculer les cotisations exigées correspondait en réalité au remboursement de frais encourus par K_____ pour la gestion de la société, d'une part, et à des commissions de courtage versées à titre de rémunération d'une activité indépendante, d'autre part; qu'elle alléguait en outre que certains bénéficiaires étaient domiciliés en France et/ou avaient déjà atteint l'âge de la

retraite lorsqu'ils avaient perçu leurs commissions; qu'elle indiquait ne pas posséder la liste des divers inconnus mentionnés par la caisse dans la décision litigieuse et reconnaissait, dans ce contexte, qu'un montant total de 130'776 fr. 30 (et non de 497'739 fr. 55, comme l'avait admis la caisse), pouvait en principe faire l'objet d'une décision de cotisation; que selon elle, la caisse ne pouvait toutefois plus lui réclamer ces cotisations sans violer les règles de la bonne foi car elle l'avait dissuadée de prélever des cotisations sur les commissions versées aux intermédiaires, en lui remboursant, en mars 1995, un montant de 8'574 fr. 85 qui avait précisément été payé à ce titre;

Que la juridiction cantonale a invité H2_____, T_____, H_____, K_____, B1_____, V_____, S_____, G_____, C_____et H2_____à participer à la procédure; que les cinq premiers nommés ont chacun déposé une détermination;

Que, par jugement du 16 septembre 2004, le Tribunal cantonal des assurances sociales a partiellement admis le recours, annulé la décision entreprise, renvoyé la cause à la caisse pour nouvelle décision au sens des considérants et condamné la caisse à verser à la société une indemnité de dépens de 1'000 fr.; qu'en substance, il a considéré que les commissions versées à B_____, B1_____, H_____, L_____, J_____, T_____, H1_____et feue S_____ ne constituaient pas des revenus d'activités dépendantes, contrairement à ce qu'avait retenu la caisse; qu'en revanche, les montants inclus dans le calcul de la caisse et versés à K_____, V_____, R_____, H3_____, C_____, S_____ ainsi qu'à divers inconnus correspondaient effectivement à des rémunérations d'activités dépendantes; que, S_____ ayant cependant dépassé l'âge de la retraite à l'époque des faits, il n'y avait lieu de percevoir des cotisations que sur la part de son salaire excédant 16'800 fr. par an;

Que la société a interjeté recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral des assurances (TFA) en concluant, en substance, à l'annulation du jugement du 16 septembre 2004 du Tribunal cantonal des assurances sociales et de la décision du 19 février 1999 de la caisse, en tant qu'ils portaient sur son obligation de verser des cotisations en raison des rémunérations versées entre 1994 et 1997 à H3_____, C_____, V_____, S_____ ainsi qu'à divers inconnus;

Que, le TFA a rendu son arrêt le 27 décembre 2005 (H 210/04); qu'il a confirmé le jugement du Tribunal cantonal des assurances sociales concernant les cotisations dues pour les rémunérations versées à H3_____, C_____, V_____, S_____; qu'il a en revanche admis partiellement le recours s'agissant du montant des cotisations mises à la charge de la société en raison de commissions versées à des intermédiaires non identifiés; que, sur ce point, il a renvoyé la cause au tribunal de céans afin d'établir d'une part, le montant total des commissions versées aux intermédiaires non identifiés - la société ayant expressément contesté la somme de 497'739 fr. 55 alléguée par la caisse - et, d'autre part, si le montant de 8'574 fr. 85

remboursé par la caisse à la société en mars 1995 - concernant des montants que la caisse avait donc refusé de qualifier de salaires déterminants au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS - était compris dans le décompte du 25 janvier 1999; qu'à cet égard, le TFA a fait remarquer que le remboursement effectué en mars 1995 avait la portée matérielle d'une décision, sur laquelle la caisse ne pouvait revenir qu'aux conditions restrictives de la reconsidération ou de la révision (procédurale) d'une décision entrée en force (cf. ATF 129 V 110, 126 V 23ss consid. 4b; voir également ATF 121 V 1); que, le cas échéant, le tribunal de céans devrait examiner si les conditions d'une reconsidération ou d'une révision (procédurale) sont remplies, pour les commissions ayant donné lieu aux cotisations remboursées en mars 1995, les autres commissions versées à des intermédiaires non identifiés étant en revanche soumises à cotisation indépendamment de ces conditions; que le TFA a rejeté le recours pour le surplus;

Que, par courrier du 13 mars 2006, Me SCHNEIDER a informé le tribunal de céans qu'il n'était plus constitué pour la défense des intérêts de la société et que l'élection de domicile en son étude était révoquée;

Qu'interrogé par le tribunal de céans, S_____, liquidateur de la société, a demandé, par courrier du 14 mars 2006, un délai supplémentaire au 31 mai 2006 pour faire les recherches nécessaires;

Que la caisse, par courrier du 31 mars 2006, a indiqué, s'agissant du montant des commissions versées par la société à "divers inconnus", que son contrôleur, dans son rapport du 25 janvier 1999, avait repris des commissions pour un montant de 196'658 fr. 90 pour 1994 (sur la base du compte "6000 commissions"), de 29'442 fr. 55 pour 1995 (sur la base du compte "6001 retro commissions"), de 172'022 fr. 45 pour 1996 (sur la base du compte "6001 retro commissions") et de 99'615 fr. 65 pour 1997 (sur la base du compte "6010 comm. out"); qu'il ressortait des documents comptables que les montants à reprendre s'élevaient bien à 196'158 fr. 90 pour 1994, à 29'442 fr. 55 pour 1995 et à 99'615 fr. 65 pour 1997; qu'en ce qui concernait 1996, le montant s'élevait en revanche à 171'288 fr. 35 (et non 172'022 fr. 40 comme indiqué par erreur de calcul dans le rapport);

Que, s'agissant du montant de 8'574 fr. 85 remboursé à la société en mars 1995, elle a expliqué qu'en date du 23 mars 1995, elle avait établi un décompte de cotisations paritaires pour l'année 1994, dont était ressorti un solde en faveur de la société de 14'893 fr. 25, qu'elle avait procédé au remboursement de cette somme, qui incluait le montant de 8'574 fr. 85 relatif à des commissions pour des apporteurs d'affaires étrangers pour 1993 et 1994, que ces 8'574 fr. 85 de cotisations représentent des commissions d'un montant total de 82'929 fr. 85, que seules des commissions pour un montant de 55'437 fr. 05 peuvent avoir constitué une partie des 82'929 fr. 05 et donc avoir fait l'objet d'un refus d'encaissement car le reste des commissions reprises dans le rapport de contrôle n'apparaît pas sur la bande de calcul;

Qu'elle a donc admis que des commissions pour un montant de 65'952 fr. 10 (55'437.05 + 10'515.05) n'ont pas été qualifiées de salaires déterminants au moment de l'établissement du décompte, que cependant, le montant de 130'706 fr. 80 doit être considéré comme salaires soumis à cotisations puisque la société n'a pas su indiquer l'identité des bénéficiaires de ces versements et qu'elle n'a jamais refusé d'encaisser des cotisations pour ces commissions;

Que la société, par courrier du 16 mai 2006, a indiqué pour sa part qu'elle contestait les montants retenus par la caisse - sans autre précision - et s'est référée aux documents déjà produits au cours de la procédure;

CONSIDERANT EN DROIT

Qu'il n'y a pas lieu de revenir sur la question de la compétence du tribunal de céans, laquelle est acquise.

Que la présente procédure ne porte plus que sur deux objets : premièrement, celui du montant total des commissions versées aux intermédiaires non identifiés - la société ayant expressément contesté la somme de 497'739 fr. 55 alléguée par la caisse -, deuxièmement, la question de savoir si le montant de 8'574 fr. 85 remboursé par la caisse à la société en mars 1995 - concernant des montants que la caisse avait donc refusé de qualifier de salaires déterminants au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS - était compris dans le décompte du 25 janvier 1999;

Qu'il ressort des explications et des pièces produites par la caisse que le montant total des commissions versées à des intermédiaires non identifiés s'élève au total à 497'005 fr. 45 (196'658 fr. 90 + 29'442 fr. 55 + 171'288 fr. 35 + 99'615 fr. 65) - et non à 497'739 fr. 55, comme indiqué par erreur dans un premier temps par la caisse; qu'ainsi que le fait remarquer la caisse, ces montants résultent des comptes même de la société; qu'en outre, cette dernière, même si elle continue à les contester formellement, ne fournit aucun élément pour étayer ses dires; qu'il convient donc d'admettre que le montant total des commissions versées à des intermédiaire non identifiés pour la période de 1994 à 1997 s'élève à 497'005 fr. 45;

Que, s'agissant de savoir si le montant de 8'574 fr. 85 remboursé par la caisse à la société en mars 1995 était compris dans le décompte du 25 janvier 1999, la caisse a expliqué qu'en date du 23 mars 1995, elle a établi un décompte de cotisations paritaires pour l'année 1994, concluant à un solde en faveur de la société de 14'893 fr. 25, qu'elle a procédé au remboursement de cette somme, qui incluait le montant de 8'574 fr. 85 relatif à des commissions pour des apporteurs d'affaires étrangers pour 1993 et 1994, que ces 8'574 fr. 85 de cotisations concernent des commissions d'un montant total de 82'929 fr. 85;

Qu'elle admet que certaines commissions n'ont pas été qualifiées de salaires déterminants au moment de l'établissement du décompte tout en soutenant qu'elle n'a jamais refusé d'encaisser des cotisations pour ces commissions;

Quant à la société, elle confirme que ce montant concernait l'année 1993 et 1994, étant donné que le bouclement de son premier exercice a été effectué le 31 décembre 1994;

Que le décompte du 25 janvier 1999 porte sur les années 1994 à 1997 et comprend donc vraisemblablement le montant de 8'574 fr. 85;

Que c'est en vain que la caisse tente de soutenir qu'en remboursant ce montant, elle n'a pas refusé d'encaisser les cotisations;

Qu'à cet égard, le TFA a en effet jugé que le remboursement effectué en mars 1995 avait la portée matérielle d'une décision, sur laquelle la caisse ne pouvait revenir qu'aux conditions restrictives de la reconsidération ou de la révision (procédurale) d'une décision entrée en force (cf. ATF 129 V 110, 126 V 23ss consid. 4b; voir également ATF 121 V 1);

Qu'il convient dès lors d'examiner si les conditions d'une reconsidération ou d'une révision (procédurale) sont remplies, s'agissant des commissions ayant donné lieu aux cotisations remboursées en mars 1995, les autres commissions versées à des intermédiaires non identifiés étant en revanche soumises à cotisation indépendamment de ces conditions;

Que, conformément aux règles applicables à la reconsidération des décisions administratives, l'administration peut en tout temps revenir d'office sur une décision formellement passée en force de chose jugée et sur laquelle une autorité judiciaire ne s'est pas prononcée sous l'angle matériel, à condition qu'elle soit sans nul doute erronée et que sa rectification revête une importance notable;

Que, pour décider si une reconsidération est admissible, il faut partir de la situation juridique telle qu'elle se présentait au moment de la prise de décision, compte tenu également de la jurisprudence en vigueur à l'époque; une modification de la pratique ne permet guère de conclure que la pratique antérieure était manifestement erronée (ATF 117 V 17 2c);

Qu'en l'espèce, la décision matérielle de la caisse de rembourser le montant en cause était manifestement erronée puisqu'ainsi que l'a rappelé le TFA dans son arrêt (consid. 7.1), lorsqu'une entreprise qui verse des commissions en vue de conclure certaines affaires refuse toute information sur la ou les personnes des bénéficiaires, il y a un risque de pertes des cotisations dues à ce titre et qu'afin de parer à ce risque, la jurisprudence considère qu'une entreprise ne peut pas, en règle générale, se soustraire à l'obligation de régler les comptes de cotisations des salariés en invoquant la prétendue activité indépendante des bénéficiaires de ses versements, sans pour autant révéler

l'identité de ceux-ci (ATF 115 V 3 consid. 4c in fine; arrêt A. non publié du 27 décembre 1993 [H 132/93]); que, conformément à cette jurisprudence, la caisse était donc en droit d'exiger le paiement de cotisations sur les commissions versées aux intermédiaires dont la société n'a pas révélé l'identité; que cette erreur revêt au surplus une importance notable puisqu'elle porte sur un montant de plusieurs milliers de francs;

Qu'en conséquence, la caisse était autorisée, quoi qu'il en soit, à revenir sur sa décision matérielle et à demander le remboursement du montant de 8'574 fr. 85;

Qu'eu égard aux considérations qui précèdent, le recours est très partiellement admis en ce sens que le montant total des commissions versées aux intermédiaires non identifiés doit être ramené à 497'005 fr. 45;

Que le recours est rejeté pour le surplus, étant entendu que l'ensemble des commissions versées à des intermédiaires non identifiés doit être soumis à cotisations;

Que la cause sera renvoyée à la caisse afin que cette dernière établisse un nouveau décompte tenant compte de l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 27 décembre 2005.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

Au fond :

1. Admet partiellement le recours en ce sens que le montant total des commissions versées aux intermédiaires non identifiés doit être ramené à 497'005 fr. 45.

2. Le rejette pour le surplus.

3. Renvoie la cause à la CCGC à charge pour cette dernière d'établir un nouveau décompte.

4. Dit que la procédure est gratuite.

5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière — La Présidente :

Janine BOFFI — Karine STECK

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