RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/1372/2001** **ATAS/680/2005**

# ARRET

# DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

## Chambre 4

## du 24 août 2005

En la cause

**X_____SA** recourante

contre

**CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION**, intimée
route de Chêne 54, 1208 GENEVE

**Siégeant : Mme Juliana BALDE, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Karine STECK , Juges**

## EN FAIT

1. La Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la caisse) a procédé à un contrôle d'employeur auprès de la société X_____SA (ci-après la société) dans le courant de l'année 2000. Par décision du 28 novembre 2001, la caisse a adressé à la société un décompte complémentaire de cotisations paritaires AVS/AI/APG et lui a réclamé le paiement de 26'465 fr. 15, intérêts moratoires compris.

2. Le 12 décembre 2001, l'administrateur de la société, Monsieur S_____, a interjeté recours auprès de la Commission cantonale de recours AVS/AI, alors compétente. Il contestait les reprises effectuées par la caisse, alléguant que des commissions avaient été versées à des diplomates, non soumis à cotisations AVS ; les rémunérations versées à Monsieur W_____ ne devait pas faire l'objet de reprises, dans la mesure où ce dernier était indépendant. S'agissant du poste sous-traitants pour l'année 1998, la société a expliqué que ce terme correspondant à des montants de location de véhicules vides, loués à d'autres entreprises pour les relouer avec un chauffeur, dont le salaire est déclaré. Enfin, la société contestait les intérêts moratoires.

3. Dans sa réponse du 7 février 2002, la caisse a exposé que Monsieur W_____ travaillait comme chauffeur au sein de la société et qu'il est affilié auprès d'elle pour activité indépendante d'artiste-peintre. La rémunération versée à ce dernier constitue un salaire, soumis à cotisations. S'agissant des commissions, la caisse relève que le contrôleur a invité à plusieurs reprises la société à fournir le nom des bénéficiaires, afin de vérifier qu'ils sont bien au bénéfice de privilèges et d'immunités diplomatiques. En l'absence de pièces, la caisse a considéré que les commissions ont été versées à des personnes soumises à l'AVS. Si la société prouve que les bénéficiaires sont exonérés de l'AVS, elle se déclare prête à annuler lesdites reprises. Concernant le poste sous-traitants, la caisse a pu renoncer aux reprises pour les années 1995 à 1997, sur la base des justificatifs que la société a fournis. En revanche, pour l'année 1998, aucune facture ne lui a été transmise. Au cas où la société apporterait les preuves, elle pourra renoncer aux reprises. Enfin, la caisse a rappelé que la perception d'intérêts moratoires résulte d'une obligation légale à laquelle elle ne peut renoncer.

4. Le 11 mars 2002, la société a expliqué que Monsieur W_____ a toujours été considéré comme indépendant et qu'il avait demandé une affiliation rétroactive dès janvier 1995 à la caisse. Elle a donné les noms des bénéficiaires des commissions versées de 1995 à 1998, ainsi que plusieurs factures relatives à la location de véhicules vides et a versé un chargé de pièces à la procédure.

5. Dans ses écritures du 27 mars 2002, la caisse a confirmé que Monsieur W_____ avait déposé une demande d'affiliation rétroactive, en cours de

traitement. S'agissant des commissions, la caisse a pu vérifier que les bénéficiaires étaient exemptés de l'AVS et renonce, en conséquence aux reprises y afférentes, de même qu'aux reprises sur les sous-traitants, à concurrence des factures produites, soit fr. 31'668. Pour le surplus, elle maintient ses conclusions.

6. Invitée à se déterminer, la société n'a pas répondu.

7. La cause a été transmise d'office au Tribunal de céans le 1er août 2003.

8. A nouveau interpellée, la société n'a pas déposé de conclusions dans le délai qui lui a été imparti au 20 juin 2005. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

## EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Selon l'art. 56V LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), du 6 octobre 2000, qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 – LAVS.

   Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires de la loi modifiant la LOJ, la présente cause, introduite et pendante devant la Commission cantonale de recours AVS-AI, a été transmise d'office au Tribunal cantonal de céans, le 1er août 2003.

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

3. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où

les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). Aussi, le cas d'espèce reste-t-il régi par la législation en vigueur jusqu'au 31 décembre 2001 et les disposition légales pertinentes seront citées dans leur ancienne teneur. En revanche, en ce qui concerne la procédure, et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit s'applique sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). C'est pourquoi les procédures pendantes au 1er janvier 2003 ou introduites après cette date devant un tribunal cantonal compétent en matière d'assurances sociales sont régies par les nouvelles règles de procédure contenues dans la LPGA et par les dispositions de procédure contenues dans les différentes lois spéciales modifiées par la LPGA.

Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 84 al. 1 LAVS).

4. 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 (art. 5 al. 2 LAVS).

   Selon l'art. 7 du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS), le salaire déterminant pour le calcul des cotisations comprend notamment, dans la mesure où il ne s'agit pas d'un dédommagement pour frais encourus, 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 (let. a), les provisions et les commissions (let. g).

   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 sis cette rétribution est due pour une activité indépendante ou pour une activité salariée (cf. art. 5 et 9 LAVS, art. 6 ss RAVS ; voir également l'art. 1er OLAA, lequel renvoie expressément à la LAVS. 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).

   Selon la jurisprudence, le point de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendant 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 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 (ATF 123 V 162 consid. 1, 122 V 171 consid. 3a, 283 consid. 2a, 119 V 161 consid. 2 et les arrêts cités).

5. En l'espèce, la caisse a réclamé des cotisations paritaires sur des commissions versées à des tiers, des versements effectués à Monsieur W_____ ainsi qu'à des sous-traitants.

   En cours de procédure et après vérification, la caisse a cependant renoncé aux reprises sur les commissions, dès lors que ces dernières avaient été versées à des bénéficiaires au bénéfice de privilèges et immunités diplomatiques, non soumis à la LAVS en vertu de l'art. 1 al. 2 let. a LAVS ; en conséquence, les reprises portant sur les commissions versées durant les années 1995 à 1998 à ces personnes doivent être annulées.

   Concernant les rémunérations versées à des sous-traitants, il sied de rappeler que de jurisprudence constante, les tâcherons et sous-traitants doivent en règle générale être considérés comme des personnes qui exercent une activité salariée. Leur activité ne peut être qualifiée d'indépendante que lorsque les caractéristiques de la libre entreprise dominent manifestement et que l'on peut admettre, d'après les circonstances, que l'intéressé traite sur un pied d'égalité, à ses propres risques, avec l'entreprise qui lui a confié le travail (Gustavo SCARTAZZINI, in GREBER/DUC/SCARTAZZINI, Commentaire des art. 1 à 16 de la Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS], 1996, n. 134 ss ad art. 5 ; Hans-Peter KÄSER, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2ème éd., ch. 4.51). Ainsi, il y a lieu d'admettre la présence d'un revenu de l'activité indépendante que si le sous-traitant dispose d'une organisation d'entreprise ou prend régulièrement en charge des travaux adjugés directement par des tiers. (cf. ATFA en la cause D.F. du 26.6.1986).

   En l'occurrence, l'intimée expose qu'elle a pu renoncer aux reprises pour les années 1995 à 1997, sur la base des justificatifs apportés par la recourante. En effet, la preuve a été rapportée que les locations de véhicules avec chauffeur avaient été effectuées par la recourante à une société régulièrement affiliée auprès d'elle ou de

la caisse FRSP-CIAM. En revanche, pour l'exercice 1998 où figure un montant de fr. 33'697 versé à des sous-traitants, la recourante n'a pu fournir des factures justifiant la location de véhicules que pour fr. 31'668, montant sur lequel la caisse a accepté de renoncer aux reprises de cotisations. Le solde doit en conséquence être considéré comme des éléments de salaire, faute de justificatifs apportés par la recourante (cf. DIN ).

Demeurent encore litigieuses les reprises effectuées sur les rémunérations versées à Monsieur W_____, soit fr. 17'225 en 1995 et fr. 9'570 en 1997.

La recourante allègue que l'intéressé a travaillé comme chauffeur indépendant et qu'il était d'ailleurs affilié auprès de la caisse en tant que tel. L'intimée a cependant précisé que l'intéressé était certes affilié, mais qu'il l'était en qualité d'artiste peintre indépendant.

En l'espèce, rien au dossier ne permet d'affirmer que l'intéressé exerçait une activité indépendante. Il est au contraire établi qu'il a travaillé comme chauffeur pour le compte de la recourante, qu'il utilisait ainsi les véhicules mis à sa disposition par la société pour le compte des clients de celle-ci. Il accomplissait ainsi son travail avec toutes les caractéristiques d'un emploi salarié. C'est ainsi à bon droit que la caisse a considéré que les rémunérations versées devaient être soumises à cotisations.

6. Selon l'art. 41bis al. 1 let b RAVS, en sa teneur en vigueur dès le 1er janvier 2001, doivent payer des intérêts moratoires les personnes tenues de payer des cotisations sur les cotisations arriérées réclamées pour des années antérieures, dès le 1er janvier qui suit la fin de l'année civile pour laquelle les cotisations sont dues. Le taux des intérêts moratoires s'élève à 5 % par année (art. 42 al. 2 RAVS), étant rappelé au demeurant que la perception d'intérêts moratoires ne constitue pas une sanction et qu'elle est indépendante de toute notion de faute.

   L'intimée est ainsi en droit de réclamer à la recourante des intérêts moratoires.

   Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis et la cause renvoyée à l'intimée pour nouvelle décision.

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

**Statuant**

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

**A la forme :**

1. Déclare le recours recevable.

**Au fond :**

2. L'admet partiellement dans le sens des considérants.

3. Renvoie la cause à la Caisse cantonale genevoise de compensation pour nouvelle décision.

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).

Le greffier — La présidente

Pierre RIES — Juliana BALDE

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