

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1383/2001

ATAS/98/2003

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 23 septembre 2003

1^{ère} Chambre

En la cause

X_____ Sàrl

recourante

contre

**CAISSE CANTONALE GENEVOISE
DE COMPENSATION**

intimée

Case postale 360
1211 - GENEVE 29

**Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente
Mme Giovanna DESCLOUX et Mr. Pierre GUERINI, Juges assesseurs**

A/1383/2001

EN FAIT

La société anonyme X_____ SA a été inscrite au Registre du commerce de Genève, le 7 avril 1986. Durant la période s'étendant du 19 juillet 1993 au 21 avril 1998, la société comptait trois organes dirigeants, dont un directeur avec signature individuelle, M. Gino G_____.

Le 23 avril 1998, X_____ SA a été transformée en société à responsabilité limitée (Sàrl), sans liquidation de la société anonyme. Enfin, elle a été radiée du Registre du commerce, le 6 avril 2000.

Lors d'un contrôle d'employeur, il est apparu qu'une somme de CHF 45'000.- avait été versée par X_____ SA à M. G_____. La Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la Caisse) a dès lors, par décision du 28 mai 2001, fixé à CHF 7'133.55. – (intérêts moratoires compris) le montant complémentaire de cotisations AVS/AI/APG/AC dû par l'entreprise en question, pour l'année 1997.

Le 6 juin 2001, X_____ Sàrl a interjeté recours contre ladite décision auprès de la Commission de recours AVS/AI (ci-après CRAVS), invoquant le fait que la somme retenue par la Caisse représentait le paiement de services et de commissions à M. G_____, personne exerçant une activité indépendante.

Dans son préavis du 24 juillet 2001, la Caisse a conclu au rejet du recours. Elle considère que les commissions constituent du salaire déterminant, soumis à cotisations. Elle souligne également que M. G_____ était salarié de X_____ SA, en qualité de directeur.

Par courrier du 17 août 2001, la recourante a déclaré :

« Après contrôle et discussion entre les anciens actionnaires de Déco-System SA et Monsieur G_____, nous avons pris la décision d'admettre la taxation de l'AVS pour l'année 1997... ».

Dans ce même courrier, elle a sollicité, de la part de la Caisse, un accord de paiement fractionné, ce que cette dernière a accepté en date du 18 septembre 2001.

Le 19 octobre 2001, toutefois, la recourante a indiqué qu'elle persistait dans son recours du 6 juin 2001.

Invitée à déterminer plus clairement sa position, X_____ Sàrl a finalement précisé, le 26 octobre 2002, qu'elle souhaitait obtenir un plan de paiement prévoyant sept versements échelonnés par mois, ce que la Caisse a, à nouveau, accepté en date du 20 décembre 2001.

Les 25 mars 2002 et 9 avril 2002, la Caisse a cependant informé la CRAVS qu'aucun versement ne lui était parvenu.

Enfin, la recourante a, par courrier du 11 avril 2002, confirmé son intention de maintenir le présent recours.

EN DROIT

A la forme :

Le recours, interjeté auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI en temps utile, (art. 84 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants - LAVS) est recevable en la forme.

La cause a été transmise d'office au présent Tribunal conformément à l'article 3, al. 3 de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ).

Il convient de préciser que la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003 n'est pas applicable au cas d'espèce en application 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).

Au fond :

Selon l'art. 12 al. 1 LAVS, quiconque verse à des personnes obligatoirement assurées une rémunération au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS est considéré comme employeur.

La recourante fait valoir que le montant de CHF 45'000. - correspond au paiement de services et de commissions en faveur de M. G_____, personne exerçant une activité indépendante, selon elle. Il s'agit donc d'examiner si ladite rémunération est due pour une activité indépendante ou pour une activité salariée.

En ce qui concerne une personne exerçant 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, art. 6 et ss RAVS). 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).

Exerce une activité indépendante celui qui supporte le risque économique et a le droit de prendre des dispositions touchant la marche de l'entreprise (cf. Directive sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative dans l'AVS, AI et APG, n°1058). En effet, quiconque fournit un travail dans une situation indépendante et supporte le risque spécifique d'entrepreneur est réputé exercer une activité lucrative indépendante au sens du droit des assurances sociales. Les rapports de droit civil ne sont pas déterminants ; il y a lieu de se fonder sur la réalité économique (cf. Annexes de la Directive sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG, p. 114 §5).

Les manifestations de la vie économique revêtent 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 ; pour trancher la question, on se demandera quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (cf. RCC 1979, p. 483)

On peut donner la prépondérance soit au critère du risque économique, soit à celui du rapport de dépendance ou à leurs manifestations respectives, suivant les circonstances particulières de chaque cas. On ne connaît pas de présomption juridique en faveur de l'activité salariée ou indépendante (cf. Directives de l'OFAS sur le salaire déterminant n°1016 et ss).

Peu importe que l'intéressé exerce son activité à titre de profession principale ou accessoire et quelle est la profession principale de l'assuré. La rétribution qu'il s'agit de qualifier doit au contraire être considérée pour elle-même, c'est-à-dire être qualifiée d'après la situation dans laquelle l'assuré se trouve au moment même où il acquiert cette rétribution. Certaines rétributions peuvent ainsi faire partie du salaire déterminant même si elles sont attribuées à une personne dont la profession principale consiste en l'exercice d'une activité indépendante (cf. Directives précitées n°1025 ; VSI 1995, p. 144).

En l'espèce, en 1997, la société X_____ était une société anonyme et M. G_____ était inscrit au Registre du commerce de Genève en

qualité de directeur de ladite entreprise avec signature individuelle. Il avait donc la faculté de la représenter. Il apparaît ainsi que M. G_____ accomplissait, à l'époque, des tâches de nature exécutive et qu'il devait donc se soumettre aux instructions données quant à la gestion de l'entreprise. Ceci laisse supposer qu'il existait un rapport de dépendance et de subordination.

De plus, il convient de relever que les rétributions versées à un assuré en sa qualité d'organe d'une personne morale font partie du salaire déterminant (cf. Directives sur le salaire déterminant n° 2028).

Sont notamment les organes des personnes morales les membres de l'administration (tels les membres du conseil d'administration des sociétés anonymes), ainsi que les tiers à qui la gestion ou la représentation de la société a été transférée en tout ou en partie (tels les directeurs), les membres du comité des associations, les membres du conseil des fondations et les membres des organes de contrôle (cf. Directives sur le salaire déterminant n° 2030).

Il y a lieu de relever que M. G_____ ne s'est pas affilié en tant qu'indépendant pendant l'année 1997.

Force est de constater, au vu de ce qui précède, que M. G_____ était salarié de la recourante.

Reste à trancher la question relative à la prise en compte de ces commissions dans le salaire déterminant pour le calcul des cotisations.

Dans le cas présent, la somme de CHF 45'000. – apparaît au bilan de la recourante sous la rubrique « commission ».

Aux termes de l'art. 5 al. 2 LAVS : « 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 ».

L'art. 7 let. g RAVS confirme que 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, les provisions et les commissions.

Ce montant fait donc bien partie du salaire déterminant soumis à cotisations.

Il sied de relever que la recourante a admis à deux reprises la taxation contestée pour se rétracter par la suite.

En vertu de l'art. 88 al. 1 LPA : "La juridiction administrative peut prononcer une amende à l'égard de celui dont le recours, l'action, la demande en interprétation ou en révision est jugée téméraire ou constitutive d'un emploi abusif des procédures prévues par la loi".

Le comportement adopté par la recourante, qui sollicite à plusieurs reprises des plans de paiement, sans jamais s'acquitter des montants convenus, tout en confirmant son intention de recourir, constitue manifestement un emploi abusif de la procédure. Il se justifie dès lors d'infliger à la recourante une amende de Fr. 200.--.

* * *

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

Statuant

A la forme :

1. Reçoit le recours ;

Au fond :

1. Le rejette;
2. Inflige à la recourante une amende de Fr. 200,--.
3. 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. Ce mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs le recourant estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter la signature du recourant ou 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 au mémoire s'il s'agit de pièces en possession du recourant. Seront également jointes au mémoire la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière :

Marie-Louise QUELOZ

La présidente :

Doris WANGELER

Le présent arrêt est communiqué pour notification aux parties, à l'Office fédéral des assurances sociales ainsi qu'à Monsieur G _____ par le greffe ;

Communication du présent arrêt par le greffe au Service des Contraventions, ch. de la Gravière 5, 1227 Carouge