RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1431/2004 **ATAS/206/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

1ère chambre

du 22 mars 2005

En la cause

Monsieur M_____, mais comparant par Maître Georges BAGNOUD en l'Etude duquel il élit domicile	recourant
contre	
CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, sise route de Chêne 54 à Genève	intimée

---

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Juliana BALDE et Isabelle DUBOIS, Juges

EN FAIT

1. Lors d'un contrôle d'employeur effectué en date du 17 septembre 2003 auprès de l'entreprise de Monsieur M_____, une agence de sécurité, la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la Caisse) a constaté que des rémunérations avaient été versées de 1998 à 2002 et n'avaient pas été déclarées. Par décisions des 30 septembre et 1er octobre 2003, la Caisse a dès lors réclamé à l'intéressé le paiement d'un complément de cotisations paritaires AVS-AI, ainsi que les contributions allocations familiales et assurance maternité y relatives.

2. L'intéressé, représenté par Maître Pierre OCHSNER, a formé opposition le 30 octobre 2003 contre lesdites décisions. Il conteste devoir payer des cotisations complémentaires calculées sur la base de commissions versées à Monsieur D_____ selon une convention d'association conclue par lui-même et Messieurs D_____ et P_____ le 12 mars 1997 devant notaire.

   Selon l'art. 2 de cette convention, le but de l'association est la gestion du contrat Télévision (agents mis à disposition de la Télévision suisse romande pour assurer les travaux de réception).

   La responsabilité de chacun des trois associés est décrite à l'art. 4 comme suit :

   - Monsieur M_____ : propriétaire de l'agence – garantit le contrat et sa gestion ;

   - Monsieur P_____ : agent de sécurité – associé par son apport du contrat télévision. Il n'a aucune responsabilité dans la gestion interne du contrat télévision et ne peut en aucun cas s'en approprier la référence ;

   - Monsieur D_____ est responsable de la gestion des employés de l'agence M_____ mise à disposition de la télévision et la radio. Il participe avec Monsieur M_____ à l'engagement des agents, de leur formation, de leur qualification ainsi que des problèmes de licenciement éventuel.

   - Il est convenu qu'une commission de 6,5% du montant de la facture hors taxe est versée aux associés payable à la fin du mois qui suit la facturation (art. 5).

   L'intéressé conteste également les reprises effectuées sur les montants de 37'500 fr. en 2001 et 36'000 en 2002. Il allègue à cet égard que ces montants ont été versés à une société Z_____ SA à Paris. Il produit pour preuve copies de deux factures établies par ladite société les 20 décembre 2001 et 22 novembre 2002 adressées à l'agence de sécurité de l'intéressé. La première porte sur des frais d'intervention pour l'année 2001 à hauteur de 37'500 fr., la seconde pour l'année 2002 à hauteur de 36'000 fr. Les deux factures ont été établies sur papier libre et ne sont pas signées.

3. Par décision sur opposition du 15 juin 2004, la Caisse prend acte de ce que l'intéressé ne conteste pas les reprises opérées sur les gratifications versées à Monsieur S_____. S'agissant des rémunérations versées à Monsieur D_____, la Caisse relève que la convention d'association est ambiguë, qu'il en ressort que le but de celle-ci est de garantir la gestion du contrat qui lie l'agence M_____ à la Télévision suisse romande (ci-après TSR), qu'il n'y a dès lors aucun lien entre celle-ci et Monsieur D_____. La Caisse a par ailleurs effectué quelques recherches à Paris concernant la société Z_____ SA. Or aucune société de ce nom n'est enregistrée au registre de commerce français. La Caisse a dès lors maintenu ses décisions des 30 septembre et 1er octobre 2003.

4. L'intéressé a interjeté recours le 7 juillet 2004 contre ladite décision. Il précise que Monsieur D_____ ne pouvait pas s'inscrire au registre du commerce genevois puisqu'il était employé à la TSR en qualité de responsable des services généraux. Il ajoute qu'il a obtenu le contrat de la TSR grâce à l'intervention de Monsieur D_____ et de Monsieur J_____, son chef direct, moyennant commissions. Il joint notamment à son courrier une copie de la demande déposée par Monsieur P_____ visant à obtenir du Tribunal de première instance qu'il déboute Monsieur M_____ des fins de sa requête en mainlevée provisoire du 16 juin 2000. Dans le cadre de cette demande, Monsieur P_____ réclame le paiement des « commissions sur contrat TSR pour les mois de juin à décembre 1998 ».

5. Dans son préavis du 18 août 2004, la Caisse conclut au rejet du recours.

6. Le 20 septembre 2004, l'intéressé a encore précisé qu'il avait déposé une plainte pénale auprès du Procureur général et qu'une enquête interne était en cours au sein de la TSR concernant ces commissions remises à Monsieur D_____. S'agissant des montants versés à la société Z_____ SA, il produit une copie de la facture du 20 décembre 2001 portant sur 37'500 fr. pour l'année 2001, dûment signée.

7. Invitée à se déterminer, la Caisse s'étonne de ce que cette facture fournie pour la première fois le 11 décembre 2003 sans signature, soit communiquée signée le 20 septembre 2004. Aussi la Caisse dit-elle douter de l'authenticité des factures. Elle déclare par ailleurs que la société Z_____ SA a été radiée du registre du commerce français en date du 6 juin 2000. Elle persiste ainsi dans ses conclusions.

8. Le recourant a été entendu le 16 novembre 2004 par le Tribunal de céans. Il a notamment déclaré qu'il avait confié à la société Z_____ SA des travaux de recherche de clientèle, qu'il ignorait que la société avait été radiée en juin 2000, qu'il lui avait fait confiance. Il ne savait pas s'il avait demandé les factures à la société entre septembre et décembre 2003, et ne se souvenait pas avoir

communiqué la facture non signée ; il ne pouvait pas non plus expliquer pour quelle raison les factures avaient été établies sur du papier sans en-tête.

Il a par ailleurs expliqué que Monsieur D_____ était responsable des services généraux à la Télévision suisse romande. Il avait été convenu que des commissions seraient versées à Messieurs D_____ et P_____, correspondant à 6,5% du chiffre d'affaires réalisé par lui-même. En contre-partie, Monsieur D_____ engageait du personnel de son entreprise. Selon le recourant, « ces commissions constituaient des pots-de-vin qui me permettaient d'avoir du travail ».

9. Le 29 décembre 2004, le recourant a fait parvenir au Tribunal de céans un tirage de la facture de Z_____ SA du 22 novembre 2002 portant cette fois-ci la signature d'un représentant de cette société. Le texte en est légèrement différent de celui produit préalablement. Il communique également une attestation établie le 13 décembre 2004 :

> « Je soussigné, Monsieur B_____ reconnaît que la société Z_____ SA domiciliée à Paris a bien reçu de la part de Monsieur Y_____ agent de sécurité les sommes de CHF-37500-et CHF-36500 selon factures Z_____ SA des 20.12.2001 et 22.11.2002 ».

10. La Caisse a pris connaissance de la facture du 22 novembre 2002 signée et de l'attestation, et persiste à douter de l'authenticité de ces documents (cf. courrier du 10 février 2005).

11. Les écritures de la Caisse ont été communiquées pour information au recourant et la cause a été gardée à juger le 14 février 2005.

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. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch.1 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article

56 LPGA qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 – LAVS. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (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). 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 légaux, le recours est recevable conformément aux art. 59 et 60 LPGA.

4. Des rémunérations versées à Monsieur D_____ :

   Le litige porte en l'espèce sur les rémunérations versées par la recourante à Monsieur D_____. La Caisse les a soumises à cotisations parce qu'elle a considéré qu'elles étaient dues pour une activité salariée, ce que le recourant conteste.

   Le recourant allègue que Monsieur D_____ n'est pas salarié de son entreprise, qu'il lui a en réalité versé des commissions conformément à une convention d'association passée en 1997 entre eux et Monsieur P_____.

   Selon l'art. 12 LAVS, l'employeur est tenu de payer des cotisations paritaires AVS-AI pour les personnes qu'il emploie. L'obligation de payer les cotisations dépend dès lors de la qualification du revenu touché durant 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). Selon l'art. 5 al. 2 LAVS, on considère comme salaire déterminant 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.

La rémunération est fixée en fonction du temps (salaire horaire, journalier, hebdomadaire, mensuel, annuel) ou d'après le résultat du travail (salaire à la pièce, provision, commission, gratification, prime, droit de bouchon) ou d'après ces deux critères réunis (rétribution fixe plus provision) (cf. Directives sur le salaire déterminant N° 1008).

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).

N'est pas décisif le fait que la rétribution soit versée pour un travail effectué volontairement ou en vertu d'une obligation légale ou contractuelle (Directives précitées N° 1029 ; RCC 1977, p. 395 ; RCC 1975, p. 379).

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 la société, et ne supporte pas le risque économique couru par l'entrepreneur. Ces principes ne conduisent cependant pas 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 tranchera des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activités ; pour trancher la question on se demandera quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (ATF 123 V 162).

Il y a lieu de relever que le recourant lui-même qualifie les rémunérations versées à Monsieur D_____ de pots-de-vin, soit des commissions au sens des art. 5 al. 2 LAVS et 7 let. g RAVS. Celles-ci font dès lors indubitablement partie du salaire déterminant soumis à cotisations.

5. Des montants de 37'500 fr. et 36'000 fr. :

Selon le recourant, ces deux montants ont été payés à la société Z_____ SA à Paris, société consultante. Il a produit pour preuve des factures établies sur papier sans en-tête ni signature le 11 décembre 2003, dans le cadre de la procédure d'opposition. Ce n'est que le 20 septembre 2004, dans un courrier adressé au Tribunal de céans, qu'il présente l'une des deux factures, celle du 20 décembre 2001 portant sur des frais d'intervention pour l'année 2001 pour 37'500 fr., signée. Le Tribunal de céans s'étonne, à l'instar de la Caisse, de ce que

le recourant ait attendu jusque-là pour montrer le même document qu'en décembre 2003, signé.

Le 29 décembre 2004, son conseil a communiqué au Tribunal de céans une attestation selon laquelle les sommes de 37'500 fr. et 36'500 fr. (!) auraient bien été payées à la société Z_____ SA ; il a également joint à son courrier la deuxième facture, celle du 22 novembre 2002, signée elle aussi. Le texte de cette facture n'est cependant pas scrupuleusement identique à celui qui figurait sur la première copie. On s'étonne dès lors de ce que la société Z_____ SA, si tant est que ce soit bien d'elle qu'il s'agit, ait pu établir le même jour, soit le 22 novembre 2002, deux factures distinctes concernant les mêmes travaux exécutés durant la même période, pour le même montant, mais avec un texte légèrement différent l'une de l'autre. On s'étonne également de ce que l'une de ces factures soit produite signée après l'audience de comparution personnelle seulement.

Il résulte par ailleurs de l'extrait du registre du commerce français que la société Z_____ SA a été radiée en date du 6 juin 2000. Or les travaux confiés par le recourant à cette société, auraient été effectués et facturés en 2001 et 2002, soit bien après.

Entendu en comparution personnelle le 16 novembre 2004, le recourant n'a pas su expliquer pour quelle raison il n'avait pas communiqué la copie des factures signée immédiatement ni pour quelle raison elles ont été établies sur du papier sans en-tête. Il a également déclaré ignorer que la société parisienne avait été radiée en juin 2000.

Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision sauf disposition contraire de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de faits allégués ou envisageables, le juge doit le cas échéant retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360). Aussi n'existe-t-il pas en droit des assurances sociales un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer dans le doute en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322).

Force est, dans ces conditions et vu ces contradictions, de constater que le recourant n'a pas rendu vraisemblable le fait qu'il ait versé les deux montants de 37'500 fr. et de 36'000 fr. à la société Z_____ SA en 2001 et 2002.

Il y a en conséquence lieu de confirmer les reprises effectuées par la Caisse sur les montants de 37'500 fr. et 36'000 fr.

6. Aussi le recours, mal fondé, doit-il être rejeté.

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. Le rejette.

3. Dit que la procédure est gratuite.

4. 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 :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

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