



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1453/2000

ATAS/205/2003

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 12 NOVEMBRE 2003

4^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur C _____

RECOURANT

c/

**CAISSE DE COMPENSATION
GASTROSUISSE**
Heinerich Wirri-Strasse 3

5001 AARAU

INTIME

Siégeant : Madame Juliana BALDE, Présidente

Monsieur Roger LOZERON et Mme Florence BRUTSCH, juges assesseurs

EN FAIT

1. La société en nom collectif X_____ & Cie (ci-après la SNC) s'est affiliée auprès de la Caisse de compensation GASTROSUISSE (ci-après la Caisse GASTROSUISSE) en date du 7 juillet 1998 en qualité de propriétaire d'un café-bar à l'enseigne « Y_____ BAR ». Ainsi que cela ressort du questionnaire d'affiliation, de l'inscription au registre du commerce, ainsi que du contrat de bail, les associés indéfiniment et solidairement responsables étaient alors Monsieur X_____ et Madame X_____.
2. Un contrat de gérance a été établi entre la SNC et Monsieur C_____ aux termes duquel celui-ci était, dès le 15 juin 1998, responsable de la bonne marche de l'exploitation du bar.
3. Ledit contrat précisait que Monsieur et Madame X_____ supportaient seuls la responsabilité économique de l'exploitation, que le gérant agirait et signerait au nom et pour le compte de Monsieur et Madame X_____, en accord avec ceux-ci.
4. Par ailleurs, d'une durée indéterminée, le contrat pouvait être dénoncé de part et d'autre avec un préavis d'un mois.
5. Les conditions financières de cet accord devaient faire l'objet d'un contrat annexe.
6. Dès lors qu'il s'agissait d'une occupation à temps partiel, Monsieur C_____ gérait d'autres affaires commerciales et était, selon ses dires, déjà inscrit depuis plus de 20 ans comme indépendant auprès de la Caisse genevoise de compensation.
7. Le 1^{er} août 1999, l'inscription au registre du commerce a été modifiée, à savoir que Monsieur C_____ est devenu associé à part entière de la SNC.
8. Ni salaires ni honoraires n'ont été déclarés à la Caisse GASTROSUISSE pour la période du 1^{er} août 1998 au 31 juillet 1999, période durant laquelle Monsieur C_____ s'est considéré comme indépendant et non comme salarié.
9. Au demeurant, le 2 mars 1999, Monsieur C_____ s'est adressé à la Commission de recours AVS/AI (aujourd'hui le Tribunal cantonal des assurances sociales), exposant qu'il souhaitait faire recours contre des « décisions » de la Caisse GASTROSUISSE qui refusait de l'assurer en incapacité de travail comme indépendant. En effet, elle estimait qu'il était salarié de la SNC.

-
10. Au cours de l'instruction, la Caisse GASTROSUISSE a maintenu sa position, précisant qu'en l'absence de certains renseignements, elle n'avait pas pu rendre encore de décisions formelles et qu'elle se verrait contrainte d'établir une taxation d'office si elle n'obtenait pas lesdits renseignements.
 11. Constatant l'absence de décisions de cotisations paritaires rendues par la Caisse GASTROSUISSE à l'encontre de la SNC, la Commission a déclaré le recours irrecevable par jugement du 3 mars 2000, entré en force.
 12. Cela étant, après de multiples démarches, la Caisse GASTROSUISSE a obtenu de la société fiduciaire Z_____ SA qu'elle lui confirme qu'il ressortait des bilans de pertes et profits 1998 et 1999 que Monsieur C_____ avait touché des sommes à titre d'honoraires mensuels s'élevant à Fr. 1'250.- net (ou Fr. 1'337.60) brut, pour la période du 1^{er} août 1998 au 31 juillet 1999.
 13. Sur la base de ces renseignements, la Caisse GASTROSUISSE a facturé les cotisations sociales dues pour la période litigieuse.
 14. Ces facturations ont fait l'objet de deux décisions datée du 20 mai 2000 et ont été adressées à la SNC.
 15. Par courrier recommandé du 16 juin 2000, Monsieur C_____ a interjeté recours auprès de la Commission cantonale de recours contre les décisions susmentionnées, alléguant qu'il exerçait une activité d'indépendant et cotisait à ce titre auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation.
 16. Dans son préavis du 7 août 2000, la Caisse GASTROSUISSE a fait valoir que Monsieur C_____ était gérant salarié dès lors que, selon le contrat établi entre les responsables économiques de l'exploitation et le recourant, ce dernier n'assumait ni risque économique, ni risque financier, qu'il n'avait pas opéré d'investissement propre et qu'il y avait subordination dès l'instant qu'il devait agir et signer au nom et pour le compte de Monsieur et Madame X_____. De surcroît, selon elle, dans le cadre d'un société de personnes, ne pouvait être considéré comme indépendant que celui qui traitait sur pied d'égalité avec les autres associés, ce qui n'était pas le cas de Monsieur C_____.
 17. La Caisse GASTROSUISSE a par ailleurs relevé que le fait que Monsieur C_____ soit inscrit comme indépendant auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation dans le cadre d'autres affaires commerciales n'avait aucune importance dans le cas précis.
 18. La Caisse GASTROSUISSE a considéré le recourant comme indépendant dès le 1^{er} août 1999, l'intéressé étant devenu associé de la SNC dès cette date, selon l'inscription au RC.
-

-
19. En date du 14 août 2000, Monsieur C_____ a exposé que les honoraires versés l'étaient à titre d'indépendant et qu'il n'y avait pas de relation de type contrat de travail entre la SNC et lui-même, dès lors que :
- « - Il y a bien entendu une prestation, mais dans tous les cas, que l'on soie (sic) employé ou indépendant.
 - Il n'y avait aucune mise à disposition de mon temps, je m'occupais de mes taches (sic) à ma guise.
 - Il n'y avait aucun rapport de subordination, à mon égard.
 - Je n'ai jamais reçu de salaire pendant la période concernée, n'y (sic) d'honoraires d'ailleurs, c'est une des raisons du litige qui va m'opposer aux époux X_____. »
20. Il a soutenu que la Caisse GASTROSUISSE s'était renseignée à tort auprès d'une fiduciaire qui n'avait pas eu son aval pour s'occuper de la SNC concernée. Il a ajouté : «... de plus, elle ne s'occupait pas de la SNC pendant la période qui nous occupe, qui ne peut que répéter des propos rapportés par Mr voir Mme X_____, qui ne peuvent effectivement pas « renseigner avec exactitude », car ils savent bien qu'encore aujourd'hui ils me doivent une grande partie de l'argent qu'il me doivent. ». En conclusion, il a maintenu son recours contre la décision prise par la Caisse GASTROSUISSE à son égard.
21. Par lettre du 14 novembre 2001, la caisse a persisté dans ses conclusions. La SNC n'a pas recouru contre les décisions du 20 mai 2000.

EN DROIT

A la forme :

1. Le recours, interjeté auprès de la Commission cantonale de recours AVS/AI en temps utile selon l'art. 84 de la loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants (LAVS – RS 831.10), est recevable en la forme.
2. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ – E 2 05) a été modifiée et un Tribunal cantonal des assurances a été institué dès le 1^{er} août 2003, statuant en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (cf. art.1,let.r et 56V, al. 1, lettre a), ch1 LOJ)

La cause a été transmise d'office au présent Tribunal conformément à l'art. 3, al.3 des dispositions transitoires du 14 novembre 2002 modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ), qui est dès lors compétent pour juger du cas d'espèce.

Au fond :

1. Il sied de relever préalablement que la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA – RS 830.1) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'assurance–vieillesse et survivants. Le cas d'espèce reste néanmoins régi par les dispositions de la LAVS en vigueur jusqu'au 31 décembre 2000, eu égard au 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). En outre, le Tribunal fédéral des assurances apprécie la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue (ATF 121 V 366 consid. 1b).
2. Aux termes de l'art.3, al. 1 LAVS, les personnes qui sont assurées au sens de l'art.1, al. 1 LAVS sont tenues de payer des cotisations.
3. D'après l'art.4, al.1 LAVS, les cotisations des assurés qui exercent une activité lucrative sont calculées en fonction du revenu provenant de l'exercice d'une activité dépendante ou indépendante. Ainsi, chez une personne qui exerce une activité lucrative, l'obligation de payer des cotisations dépend, notamment, de la qualification du revenu touché durant un certain laps de temps ; il convient en particulier de se demander si cette rétribution est due pour une activité indépendante ou pour une activité salariée.
4. Selon l'art. 5, al. 1 et 2 LAVS, une cotisation est perçue sur le revenu provenant d'une activité dépendante appelé « salaire déterminant » et comprenant toute rémunération pour un travail dépendant fourni pour un temps déterminé ou indéterminé.
5. Conformément à l'art. 14, al. 1 LAVS, les cotisations perçues sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité dépendante sont en principe retenues lors de chaque paie et doivent être versées périodiquement par l'employeur, en même temps que la cotisation d'employeur.
6. En ce qui concerne les cotisations perçues sur le revenu provenant d'une activité indépendante, l'art. 9 LAVS précise que celui-ci comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante.

A cet égard, l'art. 17 du règlement sur l'assurance vieillesse et survivants (RAVS – RS 831.101) précise : « Est réputé provenant d'une activité lucrative indépendante au sens de l'art. 9, al. 1 LAVS, tout revenu acquis dans une situation indépendante provenant de l'exploitation d'une entreprise commerciale, industrielle, artisanale, agricole ou sylvicole, de l'exercice d'une profession libérale ou de toute autre activité, ... »

a) Selon les directives sur le salaire déterminant (DSD), doit en principe être considéré comme exerçant une activité dépendante celui qui ne supporte pas de risque économique analogue à celui qui est encouru par l'entrepreneur. Ainsi, certains indices révèlent l'existence d'un risque économique d'entrepreneur. Le fait que celui-ci, par exemple :

- opère des investissements importants
- encourt les pertes
- supporte le risque d'encaissement et de découverture
- supporte les frais généraux
- agit en son propre nom et pour son propre compte
- se procure lui-même les mandats
- occupe du personnel
- utilise ses propres locaux commerciaux.

b) Quant au rapport social de dépendance économique dans l'organisation du travail du salarié, il se manifeste notamment par l'existence :

- d'un droit de donner des instructions au salarié
- d'un rapport de subordination
- de l'obligation de remplir la tâche personnellement
- d'une prohibition de faire concurrence
- d'un devoir de présence.

(cf. ch. 1013, 1014, 1015 DSD)

10. Selon le ch. 1016 DSD, les manifestations de la vie économique revêtent des formes si diverses qu'il convient de décider dans chaque cas particulier s'il y a présence d'une activité dépendante ou d'une activité indépendante et ce, en considérant toutes les circonstances du cas.

De même, 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, de manière générale, celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation du travail 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 à eux seuls à des solutions uniformes, applicables schématiquement. Souvent, l'on trouvera des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activités; pour trancher la question, l'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).

12. En l'espèce, il est indéniable que le recourant n'agissait pas en son nom et pour son propre compte, mais bien pour celui de la SNC. Quant au contrat qui liait les parties, il ne pouvait être résilié qu'en respectant un préavis comparable à celui qui est exigé en droit du travail.

Par ailleurs, l'un des critères décisifs de la présente affaire, réside notamment dans le fait que la SNC supportait seule les risques de l'exploitation de l'entreprise. Quant au recourant, qui agissait en définitive comme un représentant de la SNC, il n'a pas opéré d'investissement d'une certaine importance, ni rétribué lui-même du personnel (RCC 1988, page 399 consid. 2b et les références citées); en outre, il dépendait économiquement de la SNC, dès lors qu'il a reçu de celle-ci une « rémunération » pour le travail accompli.

A cet égard, les allégations du recourant selon lesquelles il aurait été indépendant à cette époque ne résistent guère à l'examen. Le fait qu'il soit affilié auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation dans le cadre d'autres affaires est en particulier totalement irrelevante pour déterminer le statut de l'intéressé dans le cadre de son activité pour le compte de la SNC.

Il apparaît clairement que le recourant a accompli des tâches de nature exécutive, le pouvoir de décision relatif à la conduite des affaires, à la politique du personnel et à la gestion de l'entreprise étant détenu par la SNC. En outre, son activité impliquait une collaboration régulière et personnelle entre la SNC et lui-même.

Le Tribunal de céans considère ainsi que c'est à juste titre que le recourant a été affilié en tant que salarié durant la période litigieuse.

17. Le Tribunal rappelle en outre que la SNC ne s'est pas associée au présent recours, alors qu'elle aurait eu qualité pour le faire. Quant au montant des cotisations réclamées, celui-ci n'ayant pas été formellement contesté, il n'y a pas lieu d'y revenir.
18. Au vu des considérations qui précèdent, les cotisations litigieuses sont bel et bien dues et la SNC est tenue de payer des cotisations paritaires sur les rétributions versées au recourant (art. 12 et 13 LAVS).

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable ;

Au fond :

1. Le rejette ;
2. 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 qu'elle 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 :

Walid BEN AMER

La Présidente :

Juliana BALDE

La secrétaire-juriste : Alexandra PAOLIELLO

Le présent arrêt a été notifié aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe