



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1457/2002

ATAS/176/2003

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 29 octobre 2003

5ème Chambre

En la cause

Monsieur S_____,

Représenté par Maître François BÖHLER

Rue du Rhône 29

1204 GENEVE

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION

Service juridique

Case postale 360

1211 GENEVE 29

intimée

**Siégeant : Madame Maya CRAMER, Présidente, Madame Nicole BASSAN
BOURQUIN et Monsieur Bertrand REICH, Juges assesseurs.**

EN FAIT

1. Par ses décisions du 31 janvier 2002, la Caisse cantonale genevoise de compensation AVS-AI-APG (ci-après la Caisse) a réclamé à Monsieur S_____ qui exploite un bureau d'ingénieurs et d'architectes, le montant de Fr. 9'189,35.- et de Fr. 962,50 à titre de cotisation complémentaire AVS-AI-APG-AC-AF au 31 décembre 2000.
2. Ces décisions concernent, d'une part, la cotisation due pour une commission de Fr. 50'000.- afférente à un courtage effectué par Monsieur L_____, commission qui a été facturée à l'assuré le 26 août 1999.
3. D'autre part, ces décisions ont trait aux cotisations sociales concernant la somme de Fr. 12'500 payée à Monsieur K_____, ingénieur civil, sur présentation d'une facture de ce dernier datée du 31 juillet 2000 pour des prestations effectuées depuis 1993. Le montant de cette facture a été versé sur le compte bancaire personnel de Monsieur K_____. La facture est par ailleurs stipulée au nom de ce dernier et mentionne son adresse privée.
4. Par acte du 18 février, reçu le 22 février 2002, l'assuré a formé recours contre ces décisions par devant la Commission cantonale de recours AVS-AI-APG-PC-AF (ci-après la Commission de recours), en concluant à leur annulation. A l'appui de son recours, il a fait valoir que Monsieur K_____ était affilié à la Caisse de compensation sous le nom de son entreprise X_____ SA. Quant à Monsieur L_____, il a indiqué que celui-ci n'était pas annoncé auprès des caisses AVS en Suisse, dès lors qu'il était citoyen et résidant espagnol. Le recourant en a déduit que Monsieur L_____ n'était pas soumis au paiement des cotisations en Suisse.
5. Dans sa détermination du 9 avril 2002, la Caisse de compensation a allégué que Monsieur K_____ était affilié en tant que salarié de la société X_____ SA auprès de la Caisse FRSP-CIAM seulement depuis octobre 1997. Dans la mesure où sa facture concernait une activité déployée depuis 1993 et qu'elle était de surcroît stipulée au nom de Monsieur K_____ et non pas à celui de cette dernière société, il ne pouvait être admis qu'elle concernait celle-ci. La caisse de compensation a également relevé que la somme facturée n'a pas été payée sur le compte de cette société, mais sur celui de Monsieur K_____.

S'agissant de Monsieur L_____, la Caisse de compensation a relevé que même si celui-ci était de nationalité espagnole et avait un domicile en Espagne, il était soumis au paiement des cotisations AVS en vertu de l'art. 1 al. 1 let. b de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), dès lors qu'il

exerçait une activité lucrative en Suisse .La Caisse a conclu par conséquent au rejet du recours.

6. Dans sa réplique du 8 mai 2002, le recourant, représenté par son mandataire, a persisté dans ses conclusions. Il a fait valoir que Monsieur K_____ était un ingénieur diplômé indépendant et que le contrat conclu entre ce dernier et le recourant devait être qualifié de mandat et non pas de contrat de travail. La facture en cause concernait ainsi des honoraires pour les prestations effectuées à titre d'indépendant et non pas le paiement d'un salaire. A l'appui de ces dires, il a produit la lettre du 6 mai 2002 de Monsieur K_____ à la Caisse de compensation. Dans cette missive, ce dernier a communiqué sur papier à lettre « Conseil technique du bâtiment » à ladite Caisse qu'il a ouvert un bureau d'étude de ce nom qui a été inscrit au registre du commerce de Genève le 31 août 2000. Il y a également indiqué qu'il réalisait des mandats d'ingénieurs civils et qu'il était actuellement en discussion avec la Caisse de compensation pour créer une affiliation en tant qu'indépendant. Quant au compte sur lequel la somme de Fr. 12'500.- lui a été versée, il lui servait également pour son bureau d'étude. Monsieur K_____ a considéré par conséquent que la somme facturée représentait des honoraires et non pas un salaire.

Quant à Monsieur L_____, le recourant a allégué que le montant de Fr. 50'000.- constituait une commission de courtage pour une opération immobilière ponctuelle réalisée grâce à une indication du premier. Il a contesté pour le surplus que celui-ci puisse être assujéti au paiement de cotisations sociales en Suisse en tant qu'indépendant, dès lors qu'il n'y avait jamais exercé une quelconque activité lucrative.

7. La Caisse de compensation a rappelé, dans sa duplique du 29 juillet 2002, que l'AVS possédait ses propres critères pour déterminer les rémunérations qualifiées de salaire et celles provenant d'une activité indépendante. Etaient à cet égard déterminants le risque économique de l'entrepreneur et le rapport social des dépendances. En l'occurrence, elle a considéré que la nature des rapports exigeait une certaine subordination, dans la mesure où l'ingénieur recevait des instructions précises et devait être présent à certaines heures. Seul le critère du risque économique permettait par conséquent de déterminer si l'activité pouvait être qualifiée d'indépendante. Or, Monsieur K_____ n'encourait pas un tel risque, dans la mesure où il ne possédait pas son propre bureau ni employait du personnel. La Caisse de compensation a également relevé que Monsieur K_____ était à l'époque salarié de l'entreprise Y_____ SA. En outre, le recourant aurait dû vérifier le cas échéant que Monsieur K_____ était effectivement considéré comme indépendant aux yeux des assurances sociales, tout en précisant que les contrôleurs avaient déjà attiré son attention sur ce point lors de précédents contrôles.

Quant à Monsieur L_____, la Caisse de compensation s'est prévalu de ce que l'art.7 let. g du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) mentionnait expressément que les commissions constituaient un élément du salaire déterminant et que l'art. 412 CO relatif au contrat de courtage qualifiait la rémunération versée de salaire. Aux yeux de la Caisse, l'activité s'était bien déroulée en Suisse, dès lors que Monsieur L_____ avait une adresse de contact à Nyon, que la villa vendue se trouvait en Suisse et que les commissions avaient été versées sur le compte bancaire de ce dernier à Genève.

8. Le recourant a repris, dans sa duplique du 15 août 2002, intégralement ses allégués et conclusions antérieures.
9. Lors de la comparution personnelle des parties devant le Tribunal de céans en date du 24 septembre 2003, le recourant a déclaré que Monsieur L_____ l'avait contacté spontanément pour lui indiquer une occasion de vente d'une parcelle au bord du lac. Il s'agissait de l'unique courtage immobilier que Monsieur L_____ avait effectué pour son entreprise. Leurs contacts avaient par ailleurs été exclusivement téléphoniques et il ne connaissait ni la profession ni l'activité lucrative habituelle de son courtier.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 a été modifiée et un Tribunal cantonal des assurances sociales a été institué dès le 1^{er} août 2003 (cf. art. 1 let. r LOJ - E 2 05). Conformément à l'article 3 alinéa 3 des dispositions transitoires de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la LOJ, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi précitée et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales. La compétence du Tribunal de céans est dès lors établie pour trancher du présent litige.
2. 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 en l'espèce, dès lors que le juge des assurances sociales n'a pas à prendre en considération les modifications du droit postérieur à la date déterminante de la décision litigieuse. Par conséquent, il convient de se référer aux dispositions légales dans l'ancienne teneur.
3. Interjeté dans les formes et les délais légaux, le recours est recevable (art. 84 anc. LAVS).
4. Aux termes de l'art. 4 anc. LAVS, les cotisations des assurés qui exercent une activité lucrative sont calculées en pour-cent du revenu provenant de l'exercice de l'activité dépendante et indépendante. L'obligation de payer des cotisations dépend notamment – du point des assurances sociales – de la qualification du revenu touché dans un certain laps de temps. Il convient ainsi de se demander si cette rétribution provient d'une activité indépendante ou salariée.

Selon l'art. 5 al. 2 anc. LAVS, le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe également les commissions.

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 anc. LAVS). L'art. 17 anc. RAVS précise à cet égard qu'un revenu est réputé provenant d'une activité lucrative indépendante lorsqu'il est 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.

5. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral des assurances (TFA), ne sont déterminantes pour la qualification du contrat ni les déclarations des

parties ni la nature civile du contrat liant celles-ci. L'existence d'une activité dépendante au sens de l'art. 5 est en principe admise lorsque l'une des parties en présence est subordonnée à l'autre quant à l'emploi du temps ou à l'organisation de travail et qu'elle ne supporte pas le risque économique encouru par l'entrepreneur commerçant et indépendant qui dirige une exploitation et en assume la responsabilité (VSI 2001 p. 252 consid. 2 a ; VSI 1998 p. 235 consid. 4 a. VSI 1997 p. 106 s. consid. 2a). Le risque particulier de l'entrepreneur découle du fait que, quel que soit le résultat de son activité, il doit supporter les coûts de son entreprise, en particulier les frais généraux, pertes, risques d'encaissement et de du croire (VSI 1998 p. 235 consid. a. Greber/Duc/Scartazzini, Commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, Bâle 1997, p. 93).

Le TFA a toutefois précisé que ces principes ne permettaient pas de dégager des solutions uniformes, applicables systématiquement. En raison de la diversité des situations qui caractérisaient la vie économique, il fallait ainsi décider dans chaque cas particulier si l'on était en présence d'une activité dépendante ou d'une activité indépendante en considérant toutes les circonstances du cas. Lorsque les caractéristiques appartenant aux deux genres d'activité étaient présentes, il y avait lieu de trancher la question en fonction des éléments prédominants dans le cas considéré (VSI 2001 p. 252 consid. 2 a ; VSI 1998 p. 235 consid. 4 a ; ATF 123 V 162 s. consid. 1 = VSI 1998 p. 56 consid. 1 ; ATF 122 V 171 = VSI 1996 p. 256 consid. 3 a ; ATF 122 V 283 = VSI 1997 p. 106 s., consid. 2 a ; ATF 119 V 161 s. consid. 2 = VSI 1993 p. 226 consid. 2 et réf. cit. ; RCC 1992 p. 173 s. consid. 3). A cet égard, les investissements d'une certaine importance, l'utilisation de ses propres locaux de travail et la rétribution de son propre personnel sont les caractéristiques d'une activité indépendante (VSI 1997 p. 107 consid. 2 b ; ATF 119 V 163 consid. 3 b = VSI 1993 p. 226). Le risque spécifique de l'entrepreneur impliquait que l'intéressé est appelé à supporter des frais, indépendamment du succès qu'il peut remporter dans son travail (VSI 1997 p. 107 consid. 2 b ; RCC 1986 p. 347 consid. 2 d ; RCC 1986 p. 126 consid. 2 b). En revanche, on se trouve en présence d'une activité dépendante, lorsqu'elle présente des traits typiques du contrat de travail, à savoir lorsque l'intéressé doit offrir ses services pour une certaine durée, qu'il doit se tenir à la disposition de l'entreprise qui décide également, pour la plus grande part, de la durée et de l'organisation de travail. De tels éléments parlent en effet en faveur d'un rapport de subordination (VSI 1997 p. 107 consid. 2 b). L'observation d'un certain plan de travail, l'obligation de rendre compte de l'avancement des travaux, ainsi que le recours à l'infrastructure du lieu de travail constituent autant d'indices d'une activité dépendante (RCC 1982, p. 176). Le risque économique encouru par l'assuré tient alors à lui seul dans ce cas à la réussite personnelle ou, en cas d'activité exercée régulièrement, dans le fait de se retrouver, si le rapport de travail cesse, dans une situation semblable à

celle d'un salarié qui perd son emploi (VSI 1997 p. 107 consid. 2b ; ATF 119 V 163 consid. 3b = VSI 1993 p. 226 ; ATF 112 V 169 = VSI 1996 p. 256).

6. S'agissant du contrat d'agence, le TFA a jugé que l'existence d'une activité indépendante ne pouvait être admise que si l'agent dirigeait une entreprise ayant ses propres locaux et son propre personnel et supportait ainsi un réel risque d'entrepreneur (RCC 1988 p. 398). Toutefois, le courtage au sens de l'art. 412 s. CO est considéré en principe comme une activité indépendante, dans la mesure où le courtier supportait un risque encouru par un entrepreneur, dès lors que les frais ne lui étaient pas remboursés et qu'il n'avait droit à la rémunération convenue que si ses démarches avaient abouti à la conclusion du contrat (RCC 1988 p. 314 s.).
7. En l'occurrence, en ce qui concerne Monsieur L_____, il convient d'admettre qu'il n'existait à l'évidence aucun lien de subordination entre ce dernier et le recourant, s'agissant d'un courtage tout à fait ponctuel. Dès lors, conformément à la jurisprudence en la matière, il y a lieu de considérer que Monsieur L_____ a manifestement exercé une activité indépendante. Par conséquent, le recourant ne saurait être responsable du paiement des cotisations sociales relatives à la commission versée à son courtier.

La question de savoir si ce dernier a exercé une activité lucrative en Suisse, au sens de l'art. 1 al. 1 let b anc. LAVS, peut ainsi rester ouverte.

8. En ce qui concerne Monsieur K_____, il est établi que celui-ci a travaillé de 1993 à 2000 pour le recourant en tant qu'ingénieur civil. Une telle profession peut être exercée en qualité de salarié ou d'indépendant. Avec raison, la caisse de compensation fait valoir que les devoirs sont néanmoins les mêmes dans les deux hypothèses et qu'il y a dès lors lieu de faire dépendre la qualification du contrat du critère du risque économique.

A cet égard, il résulte du dossier que Monsieur K_____ ne possédait pas de bureau d'ingénieur en 1993. Ce n'est qu'en 1997 qu'il a fondé la société X_____ SA et qu'il a commencé à payer ses cotisations en tant que salarié de celle-ci. Quant au bureau « Conseil technique du bâtiment », il n'a été inscrit au registre du commerce à Genève qu'en date du 1^{er} août 2000. Par ailleurs, M. K_____ a facturé ses services en son propre nom et la rémunération pour ceux-ci lui a été versée sur son compte bancaire personnel. Il y a dès lors lieu d'admettre que les prestations en cause lui avaient été demandées à titre personnel, en dehors de toute structure d'une entreprise commerciale. M. K_____ ne devait donc assumer aucun risque économique égal à celui d'un entrepreneur, dans la mesure où il n'est pas établi qu'il louait des bureaux ou supportait d'autres frais généraux pour l'activité

exercée de 1993 à 2000 en faveur du recourant.

En tenant compte de toutes ces circonstances, il s'avère que les caractéristiques d'une activité salariée sont prépondérantes et que le recourant est par conséquent tenu de verser les cotisations paritaires sur le revenu de Fr. 12'500.- versés à Monsieur K_____.

9. Les décisions attaquées seront par conséquent annulées en ce qu'elles ont mis à la charge du recourant les cotisations sociales afférentes à la commission de Fr. 50'000.- payés à Monsieur L_____. Elles seront confirmées pour le surplus.
10. Le recourant obtenant partiellement un gain de pause, une indemnité de Fr. 800.- lui est accordée à titre de participation de ses frais et dépens ainsi qu'à ceux de son mandataire.

* * *

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

Statuant

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par Monsieur S_____ le 18 février 2002 contre les décisions du 31 janvier 2002 de la Caisse cantonale genevoise de compensation AVS-AI-APG-AC-AF ;

Au fond :

1. Annule ces décisions en ce qu'elles ont mis à la charge du recourant les cotisations sur la commission de Fr. 50'000 payés à Monsieur L_____ ;
2. Les confirme pour le surplus ;
3. Alloue au recourant la somme de Fr. 800.- à titre de participation à ses frais et dépens ainsi qu'à ceux de son mandataire ;
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 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).

La greffière :

Yaël BENZ

La présidente :

Maya CRAMER

5. Le présent arrêt est communiqué pour notification aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe
-