RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/1469/02-A/1470/02** **ATAS/287/04-ATAS/288/04**

# ARRET

# DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

## du 21 avril 2004

## 5ème Chambre

En la cause

**X_____,** comparant par Me Alexandre DAVIDOFF en l'Etude duquel il élit domicile. recourant

contre

**CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,**
54, rte de Chêne, 1208 Genève

Et

**SERVICE CANTONAL D'ALLOCATIONS FAMILIALES**,
54, rte de Chêne, Case postale, 1211 Genève 29 intimées

---

**Siégeant : Mme Maya CRAMER, Présidente, Mme Doris WANGELER et Mme Valérie MONTANI, juges.**

---

## EN FAIT

1. L'X_____ (ci-après : l'orchestre) est inscrit comme employeur auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la Caisse).

2. A la fin de l'année 2001, la Caisse a procédé à un contrôle d'employeur pour la période portant sur les années 1998 à 2000 et a notifié à cet orchestre un décompte complémentaire de cotisations en date du 17 décembre 2001, lui réclamant la somme de 18'538 fr. 75 à titre de cotisations AVS/AI/APG/AC encore dues après contrôle.

3. A la même date, le Service cantonal d'allocations familiales lui a notifié également un décompte complémentaire de contributions d'un montant de 2'145 fr. 60.

4. Par acte du 7 janvier 2002, l'intéressé a recouru contre ces décisions, concluant à leur annulation. Ces causes ont été enregistrées sous les numéros 28/2002 et 29/2002 (dès le 1er août 2003 enregistrées au Tribunal cantonal des assurances sociales sous les numéros A/1469/02 AVS et A/1470/02 AF). Selon le recourant, les salaires, pour lesquels les cotisations complémentaires étaient réclamées, concernaient des cachets des musiciens-remplaçants étrangers, non-domiciliés en Suisse, sans permis de travail et autorisés par l'Office cantonal de la population à travailler en qualité d'artistes un nombre restreint de jours par an en Suisse. Ils n'étaient dès lors pas assujettis au paiement des cotisations. Par ailleurs, certains des cachets sur lesquels la Caisse entendait prélever des cotisations avaient été versés à des musiciens étrangers non domiciliés en Suisse pour des prestations effectuées à l'étranger et financées par des organisateurs étrangers. Enfin, le recourant a fait valoir que la décision devait également être annulée au motif qu'elle avait été envoyée par pli simple et non pas par pli recommandé.

5. Par préavis du 11 mars 2002, les parties intimées ont conclu au rejet des recours. Une modification légale était entrée en vigueur le 1er janvier 1997 et il n'était plus possible d'exempter de cotisations les musiciens remplaçants étrangers exerçant une activité salariée en Suisse pour une courte période. Par contre, les activités exercées à l'étranger n'étaient pas soumises à cotisation. Toutefois, le recourant n'avait fourni aucun document indiquant que certaines activités avaient eu lieu en dehors de la Suisse et quels montants des salaires versés se rapportaient à celles-ci, de sorte que la Caisse n'avait pas pu en tenir compte.

6. Le 11 avril 2002, le recourant a indiqué qu'à son sens les musiciens concernés devaient être qualifiés d'indépendants, ce qui leur permettait d'être exclus de l'assujettissement à l'assurance-vieillesse et survivants. Subsidiairement, il demande un nouveau calcul des cotisations litigieuses sur la base des seuls

salaires versés pour une activité déployée en Suisse, en se fondant sur son décompte détaillé y relatif et produit en annexe de ses écritures.

7. Le 14 mai 2002, la Caisse a relevé qu'il était impossible de considérer ces musiciens qui remplaçaient des musiciens salariés comme des indépendants, alors qu'ils effectuaient la même activité, n'encouraient pas de risque économique d'entrepreneur et n'avaient pas procédé à des investissements particuliers. Elle a également fait valoir que selon l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après : OFAS) seules les personnes qui tenaient un rôle de premier plan pouvaient être considérées comme indépendantes et que par conséquent les remplaçants dans un orchestre, un chœur ou un ballet devaient être qualifiés de salaries. A l'appui de ses dires, elle a produit copie du courrier dans ce sens de l'OFAS du 18 décembre 1998 au représentant de l'Opernhaus Zürich, du Theater Basel, du Schweizerischer Bühnenverband et du Verband schweizerischer Berufsorchester. L'OFAS conseille par ailleurs dans sa missive aux institutions concernées de se renseigner auprès leur caisse de compensation dans chaque cas particulier sur le statut de la personne concernée. La Caisse était toutefois disposée à procéder à un nouvel examen du dossier afin de ne prendre en compte que les rémunérations versées pour des prestations réalisées en Suisse.

## EN DROIT

1. La loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (ci-après : LOJ) a été modifiée et un Tribunal cantonal des assurances sociales a été institué dès le 1er août 2003 (art. 1er let. r LOJ). Conformément à l'art. 3 al. 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 de recours 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 (ci-après : LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine des assurances sociales. Le cas d'espèce demeure toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel le juge des assurances sociales n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 127 V 467, consid. 1, 121 V 386, consid. 1b ; cf. également dispositions transitoires, art. 82 al. 1 LPGA). Le présent litige sera en conséquence examiné à la lumière des

dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (ci-après : aLAVS) et du règlement l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (ci-après : aRAVS) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.

3. En vertu de l'art. 70 al.1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (ci-après : LPA), l'autorité peut d'office joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation identique ou à une cause juridique commune.

   En l'occurrence, les recours interjetés concernent la question d'assujettissement au paiement des cotisations sociales, question qui est traitée pour les cotisations AVS/AI/APG et AC, ainsi que pour les contributions dues aux caisses d'allocations familiales de façon identique, dès lors que l'art. 2 al.2 de la loi sur les allocations familiales du 1er mars 1996 (LAF) prévoit que la notion de personne salariée et indépendante est celle prévue par la législation fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants. Par conséquent, il a lieu de joindre les deux recours.

4. Déposés dans les forme et délais imposés par la loi, les présents recours sont recevables, en vertu de l'art. 84 aLAVS et de l'art. 38 al. 1 LAF.

5. Le recourant invoque en premier lieu que la notification des décisions litigieuses est entachée d'un vice de forme, dans la mesure où elles n'ont pas été envoyées par pli recommandé.

   Aucune norme légale n'impose toutefois la notification sous cette forme, notamment pas la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985. Seule pourrait être litigieuse la question de la date de réception d'un envoi par pli simple, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, puisque le recours a été déposé bien avant l'échéance du délai.

   Il convient dès lors d'admettre que les décisions contestées ont été valablement notifiées au recourant.

6. L'objet du litige est de savoir si les rémunérations versées par le recourant à ses musiciens remplaçants étrangers et non domiciliés en Suisse sont soumises à cotisation.

   Sont notamment assurées obligatoirement à l'assurance-vieillesse et survivants les personnes physiques domiciliées en Suisse, les personnes physiques qui exercent en Suisse une activité lucrative, ainsi que certains ressortissants suisses qui travaillent à l'étranger (art. 1 al. 1er aLAVS), à l'exception des personnes qui ne

remplissent ces conditions que pour une période relativement courte (art. 1 al. 2 aLAVS).

Les personnes ne remplissant les conditions de l'assurance obligatoire que pour une période relativement courte sont définies par l'art. 2 RAVS ; il s'agit notamment des personnes n'exerçant une activité indépendante en Suisse que pendant trois mois consécutifs au plus par année civile.

L'employeur est tenu de retenir les cotisations dues sur la paie de ses employés et de les verser périodiquement à la Caisse en même temps que les cotisations de l'employeur, conformément à l'art. 14 al. 1 LAVS.

7. Il s'agit donc de déterminer si l'activité exercée par les musiciens remplaçants et rémunérés par le recourant doit être considérée comme une activité dépendante ou indépendante. Dans cette hypothèse, ils ne seraient pas soumis à la LAVS, en vertu de l'art. 2 al. 1 let. c RAVS précité.

Selon la jurisprudence, pour trancher la question de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée, la nature juridique des rapports contractuels existants n'est pas déterminante. Il faut s'en tenir davantage à la situation économique. Certes, les rapports de droit privé sont susceptibles, le cas échéant, de fournir des indices pour la qualification du statut juridique vis-à-vis de l'assurance-vieillesse et survivants mais ils ne sont pas décisifs.

On admet généralement l'existence d'une activité salariée lorsqu'une personne dépend d'un employeur du point de vue économique et dans l'organisation du travail et qu'elle ne supporte pas le risque spécifique à l'entreprise (VSI 2001 p. 252 consid. 2a; VSI 1998 p. 235 consid. 4a). 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, risque d'encaissement et de ducroire (VSI 1998 p. 235 consid. 4a).

Des 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, VSI 1993 p. 226). Le risque spécifique assumé par l'entrepreneur consiste dans les frais que l'intéressé est appelé à supporter indépendamment du succès qu'il peut remporter dans son travail (VSI 1997 p. 107 consid. 2b; RCC 1986 p. 347 consid. 2d).

A eux seuls toutefois, ces principes ne permettent pas de dégager des solutions uniformes qui soient applicables systématiquement. La diversité des situations qui caractérisent la vie économique oblige à apprécier le statut de cotisant d'une personne active en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier. Comme il arrive souvent que l'on retrouve dans un cas d'espèce les caractéristiques des deux genres d'activité, il faut alors se demander quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (VSI 2001 p. 252 consid. 2a ;

VSI 1998 p. 235 consid. 4a; ATF 123 V 162s. consid. 1 = VSI 1998 p. 56 consid. 1 ; ATF 122 V 283 = VSI 1997 p. 106s. consid. 2a).

On se trouve en présence d'une activité dépendante lorsqu'elle présente les 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 disposition de l'entreprise - se trouvant alors dans l'incapacité de fait d'exercer quelque autre activité lucrative - et qu'il est lié aux instructions de l'entreprise (par ex : il n'est pas libre de refuser les mandats, il est soumis à une clause de non-concurrence [RCC 1992 174s. consid. 4b]) qui décide également, pour la plus grande part, de la durée et de l'organisation du travail. De tels éléments parlent en effet en faveur d'un rapport de subordination (VSI 1997 p. 107 consid. 2b). 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 couru 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).

Le salarié fait usage de l'infrastructure de l'employeur, a droit à un salaire indépendamment de la marche des affaires, se voit rembourser des frais généraux, agit au nom et pour le compte de l'employeur, est tenu de fournir le travail personnellement, est obligé de fournir le travail personnellement et d'accomplir des travaux déterminés. Il est par ailleurs soumis aux directives et instructions de l'entreprise, a un devoir de présence et un droit à des vacances.

Lorsque certaines activités, de par leur nature, n’exigent pas nécessairement de gros investissements, notamment dans le domaine des services, il convient d’accorder plus de poids à la dépendance dans l’organisation du travail qu’au risque d’investissement (ATF 110 V 78 = RCC 1986 p. 513).

8. S’agissant de l’activité d’un musicien, les directives sur le salaire déterminant (ci-après : DSD) de l’Office fédéral des assurances sociales prévoient au chiffre 4066 que les musiciens qui jouent dans des établissements de spectacles, des hôtels, des dancings ou des cabarets comme membre d’un orchestre ou comme musicien isolé, tel qu’un pianiste de bar, sont considérés comme des employés, indépendamment du fait qu’ils exercent leur activité à titre principal ou accessoire. Selon le chiffre 4069 DSD, les musiciens et artistes (chefs d’orchestre, musiciens d’orchestre, solistes, chanteurs, cantatrices, danseurs, acteurs amuseurs) qui se produisent isolément ou en groupe dans le cadre d’un spectacle donné (concerts, récitals de chant, semaines musicales, soirées de sociétés, noces) exercent une activité indépendante, même si le spectacle n’est pas organisé par le musicien ou par l’artiste lui-même mais par un tiers.

Sur la base de ces directives, le recourant fait valoir que les musiciens remplaçants jouant dans son orchestre doivent être qualifiés non pas de « membres d'un orchestre » au sens de la directive 4066, mais de « musiciens d'orchestre » au sens du chiffre 4069. En effet, ils ne se produisent pas dans des établissements tels que ceux décrits dans cette première directive, mais en groupe dans le cadre d'un spectacle donné.

Il résulte cependant du courrier du 18 décembre 1996 de l'OFAS au représentant de différentes institutions culturelles que la distinction entre une activité dépendante et indépendante d'un musicien s'opère non pas en fonction de l'établissement dans lequel il se produit, ce qui ne pourrait non plus être légalement justifié, mais de l'importance qui est donnée à l'artiste dans un spectacle déterminé. Pour qu'il puisse être considéré comme indépendant, sa personnalité doit être indubitablement à l'avant-plan. Certes, la directive 4069 mentionne des musiciens et artistes « qui se produisent isolément ou en groupe ». Toutefois, en ce qui concerne les musiciens qui se produisent en groupe, il convient d'interpréter cette directive, en conformité des dispositions légales et de la jurisprudence précitée, dans le sens qu'il ne peut alors s'agir que d'un groupe de musicien engagé en tant que tel ou d'un musicien engagé dans un orchestre qui lui-même est composé de musiciens indépendants.

Il y a lieu par ailleurs de constater que l'activité d'un musicien remplaçant dans un orchestre ne fait supporter à la personne concernée aucun risque économique particulier. En effet, le musicien n'opère aucun investissement, sauf pour l'acquisition de son instrument, n'encourt aucune perte et ne supporte ni de risque d'encaissement et de ducroire, ni les frais généraux. L'orchestre met à sa disposition les infrastructures et lui paie son salaire indépendamment de la marche des affaires. Le musicien remplaçant est en outre soumis aux directives et instructions de l'orchestre quant au déroulement de son activité (heures de présence lors des répétitions et des concerts), de la même manière que ses collègues engagés pour une longue durée. Il convient dès lors d'admettre que le musicien dans un tel orchestre, qu'il soit remplaçant ou non, se trouve dans un rapport de subordination.

Il n'y a par ailleurs aucune raison de considérer le remplaçant différemment du musicien remplacé qui, lui, est employé. S'agissant exactement de la même activité, elle ne saurait être qualifiée différemment en fonction de la personne qui l'exerce, en l'absence d'un risque économique autre que celui de se retrouver sans travail après la fin de son activité temporaire.

9. En l'espèce, il n'est pas contesté que les musiciens engagés par le recourant en tant remplaçants n'ont pas joué en tant que solistes et qu'ils n'ont eu aucune importance particulière par rapport aux autres musiciens. Cela étant, au vu de ce

qui précède, il y a lieu de considérer qu'ils ont exercé une activité dépendante. Celle-ci est dès lors assujettie au paiement des cotisations sociales légales.

10. Toutefois, ainsi que cela est ressorti en cours de la procédure, une partie des rétributions sur lesquelles a porté le décompte complémentaire contesté a été versée pour des activités déployées à l'étranger, lesquelles ne sont pas soumises à cotisation.

Il y aura donc lieu de renvoyer la cause aux parties intimées pour qu'elles réalisent un nouveau décompte complémentaire de cotisations et de contributions, ne portant que sur les activités exercées en Suisse, tel qu'elles se sont d'ores et déjà déclarées d'accord de le faire.

**PAR CES MOTIFS,**

**LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

**Statuant**

**Préalablement :**

Ordonne la jonction des recours interjetés par l'X_____ contre les décisions du 17 décembre 2001 de la Caisse cantonale genevoise de compensation et du Service cantonal d'allocations familiales.

**A la forme :**

Les déclare recevables.

**Au fond :**

1. Confirme les décisions attaquées en ce qu'elles ont soumis à cotisations et contributions les activités exercées en Suisse par les musiciens de l'X_____.
2. Les annule pour le surplus.
3. Renvoie les causes aux parties intimées pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
4. Condamne la Caisse cantonale genevoise de compensation au paiement d'une indemnité de 500 fr. au recourant à titre de dépens.
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt, pour ce qui a trait aux cotisations AVS/AI/APG/AC, 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 : | La Présidente : |
| --- | --- |
| Yaël BENZ | Maya CRAMER |

Le secrétaire-juriste : Marius HAEMMIG

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