RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1481/2002 **ATAS/457/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 8 juin 2004

1ère Chambre

En la cause

X_____ recourante
comparant par la fiduciaire Y_____ aux bureaux de
laquelle elle élit domicile

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION intimée
domiciliée Route de Chêne 54 à Genève

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Juliana BALDE et Maya CRAMER, Juges

EN FAIT

1. La société anonyme X_____SA, ayant pour but les opérations commerciales, financières et industrielles dans le domaine de l'informatique et de la bureautique, a été inscrite au Registre du commerce de Genève le 27 janvier 1994. Elle compte six succursales en Suisse, dont une à Zürich.

2. Le 27 août 2002, la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la Caisse) a procédé à un contrôle d'employeur, lors duquel il est apparu que des rémunérations avaient été versées par la société précitée à Monsieur H_____ notamment. Elle a dès lors, par décision du 2 septembre 2002, fixé à 25'704 fr. 10 (intérêts moratoires compris) le montant complémentaire de cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC dû par la société en question pour les années 1999 à 2001.

3. Le 25 septembre 2002, l'intéressée a contesté auprès de la Commission cantonale de recours AVS/AI (ci-après CRAVS) ladite décision, en tant qu'elle avait soumis à cotisations AVS les montants de 146'992 fr. pour l'année 1999 et de 18'889 fr. pour l'année 2000, versés à Monsieur H_____. Elle allègue en effet qu'à cette époque, Monsieur H_____ travaillait pour elle en qualité d'indépendant. Elle en veut pour preuve le fait que Monsieur H_____ était domicilié et exerçait son activité d'indépendant à Dettighofen, en Allemagne, ainsi que l'attestait un document des autorités fiscales allemandes, annexé au recours.

4. Dans son préavis du 8 novembre 2002, la Caisse a conclu au rejet du recours. Elle considère que Monsieur H_____ a travaillé pour la société à Zürich en tant que salarié. Elle précise qu'il a été engagé formellement au sein de la société et déclaré comme salarié, dès fin 2000, aussitôt après avoir obtenu l'autorisation de travailler en Suisse, son activité restant par ailleurs inchangée.

5. Dans ses observations du 2 décembre 2002, la recourante a expliqué que le travail de Monsieur H_____ consistait à visiter les clients de la région zurichoise, qu'il était payé à la commission sur le chiffre d'affaire et qu'il ne recevait pas de salaire fixe. Elle a souligné que Monsieur H_____ supportait lui-même ses frais de déplacements ou professionnels et ajouté qu'il était du reste considéré comme indépendant aux yeux des autorités fiscales allemandes.

6. Invité à se déterminer, Monsieur H_____ a confirmé, par courrier du 22 janvier 2004, les allégations de la société, précisant que les paiements en question avaient été effectués en échange des prestations qu'il avait lui-même fournies dans le cadre de sa société simple. Il a produit à l'appui de ses dires des documents des autorités fiscales allemandes attestant sa qualité d'indépendant du 1er décembre 1998 au 1er janvier 2001.

7. Dans sa détermination du 19 avril 2004, la Caisse a rappelé qu'une personne pouvait tout à fait exercer à la fois une activité salariée et une autre, en tant qu'indépendante. En l'occurrence, elle ne remettait pas en cause le fait que l'activité exercée par Monsieur H_____ en Allemagne en tant que consultant informatique constituait une activité indépendante, mais faisait observer qu'il en allait autrement pour ce qui était de celle effectuée en Suisse pour la société recourante, laquelle, de toute autre nature – activité de représentant – , devait être assimilée à une activité salariée.

8. Interrogé par le Tribunal de céans sur la nature de son activité, Monsieur H_____ a expliqué, dans un courrier du 19 avril 2004, que celle-ci consistait à rechercher des nouveaux clients en Suisse alémanique pour la société recourante, et qu'il ne travaillait que pour elle en Suisse. Ses prestations étaient facturées à la société. Monsieur H_____ joint à cet égard copie d'une facture à titre d'exemple. La rémunération reçue de la société constituait sa seule source de revenus en Suisse. Monsieur H_____ a encore précisé qu'il avait lui-même acquis un ordinateur, qui lui était toutefois indispensable indépendamment de son activité pour X_____SA et qu'il prenait lui-même en charge les frais de déplacement, de téléphone et de représentation.

EN DROIT

1.a) 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 (art. 1 let. r LOJ).

Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après TA) a constaté d'office la nullité de l'art. 1 let. r LOJ, considérant que le TCAS avait été créé en violation de l'art. 131 de la Constitution genevoise - Cst GE -.

b) Force est de constater que cette conclusion ne saurait lier le tribunal de céans, aux motifs suivants :

- elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, et non ses motifs. L'autorité de la chose

  jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ; Knapp, Précis de droit administratif, 4ème édition, 1991, p. 248 ss ; Habscheid, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313 et ss.).

- l'autorité de la chose jugée ne vaut quoi qu'il en soit que pour les moyens que le tribunal pouvait examiner (cf. Knapp, op. cit. p. 251). Or, il apparaît en l'espèce douteux que le TA devait, et même pouvait, à l'occasion d'un recours interjeté pour violation des droits politiques contre un arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de l'élection des juges assesseurs au TCAS, contrôler la constitutionnalité de la loi instituant cette juridiction.

- une loi inconstitutionnelle ne saurait être déclarée nulle. Seul, l'acte pris en application de celle-ci est annulable (cf. Jean-François Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, vol. I, 1991, p. 178, note 430). Il convient au surplus de relever qu'un tribunal se doit en règle générale d'agir avec retenue, plus particulièrement lorsque les conséquences de l'annulation bouleverseraient tout un régime juridique (ATF 112 Ia 313). Tel est manifestement le cas ici, dès lors que le considérant topique de l'arrêt du TA revient à nier l'existence d'une juridiction qui fonctionne depuis le 1er août 2003 déjà, et dont les juges titulaires, ainsi que les juges suppléants, ont été régulièrement élus.

c) Le TCAS examine d'office sa compétence ; vu l'arrêt du TA du 30 mars 2004 niant jusqu'à son existence, il a également à vérifier la conformité à l'art. 131 Cst GE de la loi l'instituant.

Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales -LPGA-, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de

recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

Selon l'art. 131 al. 1 Cst GE, « La loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales ; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence ». Lors de la création du TA en 1971, la disposition constitutionnelle a été complétée par un alinéa 2, libellé comme suit : «Un tribunal

administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit ».

La Constitution s'interprète selon les mêmes principes que les lois ordinaires. Les règles d'interprétation permettant au juge de dégager le sens d'une disposition sont connues : ce dernier peut recourir à une interprétation littérale, historique, téléologique ou systématique de la norme. Le juge devra partir prioritairement du texte clair de la loi. Le TA, dans son arrêt du 30 mars 2004, a considéré que le texte de l'art. 131 al. 2 Cst GE ne laissait pas de place pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif ; il a interprété « un tribunal » comme signifiant « un seul tribunal ». Or, l'art. 131 al. 2 Cst GE précise que ce tribunal administratif est institué « dans les cas où la loi le prévoit ». C'est dire que nécessairement le reste du contentieux administratif relève d'autres juridictions. Ainsi l'interprétation littérale permet à elle seule de conclure que le terme « un » doit être qualifié, grammaticalement, d'article indéterminé.

Une telle analyse est du reste confirmée par les interprétations historique et téléologique. Il résulte des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil – MGC - 1970, p. 554 ss.) que le législateur en 1970 entendait créer, aux côtés des juridictions civiles et pénales existantes prévues à l'art. 131 al. 1 Cst GE, un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif. Ce tribunal était destiné à remplacer les autres autorités – Conseil d'Etat, commissions de recours, etc… qui avaient à connaître des recours contre les décisions des départements. Il n'était cependant pas question que ce remplacement soit général, raison pour laquelle ce tribunal s'était vu doté de compétences d'attribution. Il était évident que certaines commissions spéciales devaient subsister, notamment en raison de leur composition particulière (composition paritaire, experts…). Selon le Mémorial du Grand Conseil, p. 557, « dans le système envisagé, le TA, le Conseil d'Etat et les commissions spécialisées dont le maintien aura été décidé, constitueront autant de juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

Dès le 1er janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d'une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de

ces juridictions n'a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d'assurances sociales, jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l'occurrence.

Si l'on devait suivre l'interprétation du TA dans son arrêt du 30 mars 2004, non seulement le TCAS, mais également toutes les autres commissions de recours spéciales, y compris celles rattachées au TA lui-même seraient inconstitutionnels. Tel n'a manifestement pas été le but visé par le législateur.

Au vu de ce qui précède, la création du TCAS en application de la LPGA est conforme à la Constitution genevoise.

L'élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004, le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire permettant au TCAS de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

2. Conformément à l'article 3 alinéa 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'AVS notamment (cf. article 56 V LOJ). 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 (ci-après LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants. 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 LAVS) et de son règlement en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.

4. Déposé dans les formes et délai imposés par la loi, le présent recours est recevable en vertu de l'art. 84 LAVS.

5. La recourante fait valoir que les montants soumis à cotisations paritaires par la décision querellée correspondent en réalité au paiement de commissions versées à Monsieur H_____, alors qu'il travaillait en qualité de représentant indépendant pour la société. Elle prétend quoi qu'il en soit qu'elle n'avait pas à s'acquitter des cotisations sociales suisses pour l'activité de Monsieur H_____, puisque celui-ci était domicilié et travaillait à Dettighofen, en Allemagne. Ce dernier serait du reste considéré comme indépendant par les autorités fiscales allemandes.

   Aux termes de l'art. 5 al. 1 de la Convention sur la sécurité sociale entre la Confédération suisse et la République fédérale d'Allemagne : « lorsqu'une personne occupe un emploi ou exerce une activité sur le territoire de l'une des Parties contractantes, les dispositions légales de cette Partie sur l'assurance obligatoire sont applicables ».

   Monsieur H_____ ne peut être tenu de payer des cotisations AVS-AI que s'il entre dans l'une des catégories de personnes décrites à l'art. 1 LAVS, soit :

   a) les personnes physiques domiciliées en Suisse ;
   b) les personnes physiques qui exercent en Suisse une activité lucrative ;
   c) les ressortissants Suisses qui travaillent à l'étranger :

   1. au service de la Confédération,

   2. au service d'organisations internationales avec lesquelles le Conseil fédéral a conclu un accord de siège et qui sont considérées comme employeurs au sens de l'art. 12,

   3. au service d'organisations d'entraide privées soutenues de manière substantielle par la Confédération en vertu de l'art. 11 de la loi fédérale du 19 mars 1976 sur la coopération au développement et l'aide humanitaire internationales.

   Selon la recourante, le travail de Monsieur H_____ consiste à visiter les clients de la région zurichoise. Celui-ci exerce dès lors bien son activité sur le territoire suisse. L'art. 1 al. 1 let. b LAVS lui est ainsi applicable.

   Le fait que Monsieur H_____ soit inscrit au Registre du commerce allemand en tant qu'indépendant pour une activité de consultant informatique n'est pas déterminant pour qualifier l'activité qu'il exerce en Suisse. La rétribution qu'il reçoit de la recourante doit être considérée pour elle-même, c'est-à-dire être qualifiée d'après la situation dans laquelle il 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. Le fait

qu'un assuré est affilié à une caisse de compensation en qualité de travailleur indépendant n'empêche pas que la rétribution examinée puisse néanmoins faire partie du salaire déterminant (Directives de l'OFAS sur le salaire déterminant - DSD N° 1025 et 1026).

Il s'agit à présent d'examiner si les montants repris par la Caisse et soumis à cotisations paritaires AVS-AI ont été versés pour rémunérer une activité salariée ou indépendante.

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 DSD 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. DSD, n°1016 et ss).

Par ailleurs, lors de l'appréciation d'un cas particulier, la qualification attribuée à tel ou tel revenu par l'autorité fiscale n'est pas décisive (cf. DSD, n°1030).

S'agissant en particulier des agents ou représentants de commerce, il ressort des principes posés par la jurisprudence qu'ils doivent en principe être considérés

comme des salariés, à moins que l'ensemble des circonstances du cas d'espèce ne conduisent à admettre l'existence d'une activité indépendante. Pour juger si l'on a affaire à un salarié ou à un indépendant, il n'importe pas de savoir si ses rapports de service sont régis par un contrat de voyageur de commerce ou par un contrat d'agence au sens du droit des obligations. D'une manière générale, les représentants de commerce jouissent d'une grande liberté quant à l'emploi de leur temps et à l'organisation de leur travail ; cependant, il est rare qu'ils doivent supporter un risque économique égal à celui de l'entrepreneur. En effet, le risque encouru se limite le plus souvent au fait que le gain dépend du succès personnel des affaires réalisées. Dès lors, il ne peut être considéré comme étant celui d'une personne exerçant une activité indépendante que si l'agent a dû opérer des investissements d'une certaine importance ou rétribuer lui-même du personnel (RCC 1986 p. 127 consid. 2b et 604 consid. 2b ; cf. aussi RCC 1986 p. 347 ss, 539 s., 650 ss, 1984 p. 231 ss, 1982 p. 208 ss ; arrêt non publié B. du 22 mai 1987).

6. En l'espèce, Monsieur H_____ exerçait, durant la période considérée, l'activité de représentant de commerce pour la société recourante. Selon la présomption posée par la jurisprudence précitée, il devrait a priori déjà être considéré comme un salarié, eu égard au type d'activité exercé. Il incombe toutefois au Tribunal de céans d'examiner si l'ensemble des circonstances du cas d'espèce justifie cas échéant de renverser cette présomption et d'admettre l'existence d'une activité indépendante.

Certes, la société recourante ainsi que Monsieur H_____ insistent sur le fait qu'il jouissait d'une grande liberté quant à l'emploi de son temps et à l'organisation de son travail. Ce critère n'apparaît toutefois pas déterminant pour un représentant de commerce. Seule importe la question de savoir si Monsieur H_____ supportait un risque économique égal à celui de la société. Or, il n'apparaît pas, au vu des pièces figurant au dossier, que ce dernier ait eu à supporter les charges et les risques d'un véritable agent indépendant. Certes, Monsieur H_____ assumait les frais liés à son activité de représentant, soit les frais de déplacement et de téléphone. Toutefois, ces charges n'étaient pas, par leur nature, telles que l'on pût conclure à l'existence d'un risque important d'entrepreneur. En outre, conformément aux principes jurisprudentiels rappelés ci-dessus, le fait que le gain de Monsieur H_____ dépendait du succès de son travail personnel - d'après les déclarations de la recourante, Monsieur H_____ était uniquement payé à la commission sur le chiffre d'affaire - ne pourrait être assimilé aux risques courus par une personne indépendante que si des investissements importants avaient dû être effectués de sa part ou si des salaires devaient être payés à du personnel, ce qui n'est manifestement pas le cas ici. Au demeurant, Monsieur H_____ devait rendre compte à la société recourante, et recevait son salaire d'elle uniquement. Force est enfin de constater que la

facture produite par Monsieur H_____ n'a pas été établie sur un papier à en-tête professionnel et qu'elle se rapporte à des prestations « à titre global », sans laisser apparaître d'indications détaillées sur les clients rencontrés, contrairement à ce qu'il serait attendu en présence d'une activité indépendante.

Il résulte de ce qui précède que les éléments qui font conclure à l'existence d'une activité salariée prédominent nettement, venant ainsi corroborer la présomption de départ en faveur d'une activité salariée.

Les cotisations paritaires sur le revenu versé à Monsieur H_____ sont par conséquent dues.

7. Le recours est donc rejeté.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

conformément à la disposition transitoire de l'article 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

La secrétaire-juriste : Elisa COACCI

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales, et communiqué pour information à Monsieur H_____ par le greffe