RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1534/2001 **ATAS/1079/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 16 décembre 2004

3ème chambre

En la cause

X_____ SA, comparant par Me Jean-Marie FAIVRE, en l'Etude duquel elle élit domicile	recourante
et	
Monsieur P_____	appelé en cause
contre	
CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES, 98 rue de Saint-Jean, case postale 5278, 1211 Genève 11	intimée

Siégeant : **Madame Karine STECK, Présidente,**
Mesdames Isabelle DUBOIS et Doris WANGELER, juges

EN FAIT

1. La société X_____ SA est affiliée à la Caisse interprofessionnelle d'assurance-vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux (devenue depuis lors la Fédération des entreprises romandes ; ci-après : la caisse). Suite à un contrôle d'employeur, cette dernière a notifié à la société en date du 30 mai 2001 un décompte portant sur les années 1996 à 1999 et lui réclamant un complément de cotisations de Fr. 104'801.55.

2. Par courrier du 2 juillet 2001, X_____ SA, représentée par Y_____ FIDUCIAIRE SA, a interjeté recours auprès de la Commission de recours en matière d'AVS en contestant les cotisations réclamées sur les salaires qui auraient été versés à Monsieur P_____ pour les années 1996 à 1997. Les représentants de X_____ SA ont expliqué que la société était en liquidation virtuelle depuis le 2ème semestre de l'année 1997, qu'elle avait procédé à bon nombre de licenciements, qu'elle sous-traitait son administration et qu'elle avait en réalité cessé toute activité commerciale. Quelques années auparavant, la société avait conclu un contrat de longue durée portant sur la vente de 40'000 tonnes de blé à l'Ouzbékistan. L'exécution de ce contrat avait été confiée à Monsieur P_____, à Vienne, et des avances lui avaient été concédées à raison de Fr. 20'250.- par mois en sus des frais liés à son activité, laquelle avait pris fin en 1997 sans succès : malgré l'établissement des documents bancaires usuels, la société était restée créancière de l'Ouzbékistan. La recourante a admis que l'acompte mensuel versé à Monsieur P_____ avait été traité en même temps que les salaires des employés de la société mais souligné que l'avis de débit établi par la banque avait toujours indiqué qu'il s'agissait d'avances sur commission (pièce 3 recourante) imputées dans un compte de commission (pièce 4 recourante). En 1997, ces mensualités avaient cessé d'être versées et, dans l'attente d'un accord définitif, elles avaient été enregistrées en tant que provisions (pièce 5 recourante). Par la suite, un accord avait été passé avec Monsieur P_____, qui y avait renoncé. Les sommes en question avaient alors été extournées dans la comptabilité de l'année 1999, engendrant ainsi une recette extraordinaire pour la société (pièce 6 recourante). La société a enfin relevé que Monsieur P_____ n'avait jamais revendiqué de prestations sociales.

3. Invitée à se prononcer, la caisse, dans son préavis du 30 octobre 2001, a conclu au rejet du recours. Elle considère que Monsieur P_____ exerçait la fonction de représentant de la société puisque tous ses frais de représentation et de voyage étaient entièrement supportés par cette dernière. De plus, il devait suivre les ordres et instructions donnés par la société. La caisse relève qu'en général, si les représentants de commerce jouissent d'une grande liberté quant à leur emploi du temps et à l'organisation de leur travail, il est rare en revanche qu'ils doivent supporter un risque économique égal à celui de l'entrepreneur. Ce dernier se limite

au fait que le gain dépend du succès des affaires réalisées. Elle relève que Monsieur P_____ n'a opéré aucun investissement ni rétribué de personnel.

4. En date du 14 mai 2002, la Commission de recours a procédé à l'audition de Monsieur P_____. Ses propos seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit.

5. Entendu à son tour en date du 23 septembre 2002, Monsieur C_____ (Y_____ FIDUCIAIRE SA) a allégué que Monsieur P_____ n'avait jamais été engagé par la société et que le contrôle de la caisse de compensation s'était effectué en l'absence du responsable, lequel n'avait ainsi pas pu donner les explications nécessaires. Il a par ailleurs souligné que Monsieur P_____ n'était pas domicilié en Suisse.

6. Par jugement du 8 novembre 2002, la Commission cantonale de recours a annulé le décompte rectificatif de la caisse au motif que Monsieur P_____ n'était pas assujetti à l'assurance-vieillesse et survivants puisqu'il n'était pas domicilié en Suisse et n'y avait pas exercé d'activité lucrative.

7. Sur recours de droit administratif interjeté par la caisse, le Tribunal fédéral des assurances (TFA), par arrêt du 30 décembre 2003, a annulé le jugement de la Commission cantonale de recours et renvoyé la cause au Tribunal cantonal des assurances sociales pour instruction complémentaire et nouveau jugement. Le TFA a constaté que l'ancien art. 1er al. 1 let c LAVS - stipulant que les ressortissants suisses travaillant à l'étranger pour le compte d'un employeur en Suisse et rémunérés par cet employeur étaient assurés conformément à la loi - s'appliquait aux situations ayant existé jusqu'à la fin de l'année 1996. Or, Monsieur P_____ avait exercé une activité lucrative pour le compte de X_____ SA en 1996. Quant aux années suivantes, les dispositions transitoires de la modification du 7 octobre 1994 (let. a al.1) prévoyaient que les personnes assurées jusqu'alors restaient soumises à l'ancien droit à moins qu'elles n'aient sollicité l'application du nouveau droit, et que lors d'un changement d'employeur, le nouveau droit était appliqué. Le TFA a dès lors constaté qu'il aurait fallu chercher à savoir si l'application du nouveau droit avait expressément été requise par Monsieur P_____, même si cela semblait peu probable.

9. Par courrier du 11 mars 2004, Me J.-M. FAIVRE a informé le Tribunal de céans qu'il avait été constitué pour la défense des intérêts de X_____ SA, avec élection de domicile en son étude.

10. Interrogé par le Tribunal de céans, Monsieur P_____ a indiqué n'avoir jamais requis l'application du nouveau droit entré en vigueur le 1er janvier 1997.

11. La recourante, par courrier du 15 juin 2004, a encore relevé qu'en 1997, les commissions qui avaient été provisionnées pour Monsieur P_____ avaient été

extournées à la société vu les difficultés rencontrées avec l'Ouzbékistan et le préjudice financier en ayant résulté. La recourante soutient que l'intéressé doit être considéré comme indépendant tant du point de vue du droit civil que selon les critères de l'AVS étant donné qu'il agissait comme mandataire, qu'il résulte de la procuration qui lui a été consentie qu'il bénéficiait d'un large pouvoir d'appréciation dans l'exécution de son mandat, qu'il organisait son travail à loisir, qu'il supportait les frais généraux liés à son activité et salariait un staff d'une dizaine de personnes, qu'il supportait un risque économique majeur dans la mesure où les commissions qu'il percevait étaient conditionnées à la bonne marche des affaires, qu'en d'autres termes, il était redevable de la restitution des commissions perçues lorsque les affaires réalisées ne pouvaient être concrétisées à satisfaction de droit, qu'il était en droit de travailler pour son propre compte sinon pour compte d'autrui et qu'il était d'ailleurs actif pour les sociétés Z_____ SA - dont il était actionnaire à 25% - et XY_____ COMPANY - société totalement étrangère à X_____ SA -. La recourante a fait remarquer que, nonobstant la suspension des activités de la société, l'intéressé avait continué à être actif au Kurdistan, ceci impliquant très clairement que son sort n'était pas lié à celui de la société, et enfin que sa rémunération était fonction des résultats financiers des opérations menées par lui, ce qui n'aurait pas été le cas s'il n'avait été que salarié. Par ailleurs, la recourante relève que la caisse a imposé les commissions brutes sans prendre en compte les frais généraux relatifs au bureau dont Monsieur P_____ était l'animateur à Almaty. Or seuls les frais de représentation dûment documentés lui étaient remboursés si bien la commission était affectée évidemment pour partie au moins au paiement de ses frais généraux.

12. Par courrier du 6 juillet 2004, la caisse a pour sa part maintenu sa position. Elle conteste le fait que l'intéressé supportait un risque économique, alléguant que celui-ci était plutôt couru par la société qui finançait les projets au Kazakhstan et dans d'autres pays. Elle relève que s'il était effectivement le représentant de la société, il agissait au nom de cette dernière et jamais en son propre nom. Elle fait valoir que le risque couru par l'intéressé s'agissant de la société Z_____ ne s'élevait qu'aux 25% de participation qui étaient les siens. Le fait qu'il ait bénéficié d'une grande liberté et d'un pouvoir d'appréciation très large par rapport à des tiers ne signifie pas nécessairement qu'il s'agissait d'une activité indépendante mais simplement qu'il occupait un poste très important et recevait également des commissions importantes. S'agissant des frais généraux et du personnel, la caisse a relevé que lors de sa comparution devant la Commission cantonale de recours, le recourant avait indiqué que tous les frais généraux et de représentation étaient pris en charge par la société. Partant de cette idée, elle a déduit 10% sur les commissions touchées avant de percevoir les cotisations. Quant à la restitution des commissions par Monsieur P_____ en cas de non-réussite, la caisse relève qu'aucune pièce au dossier n'évoque une telle clause. Le recourant, lors de sa comparution, a évoqué un accord verbal concernant une suspension des versements

des mensualités en 1997. Des pièces jointes au recours et plus particulièrement de la pièce 7, datée de janvier 1998, il apparaît qu'il n'était pas prévu dès le début que lors d'affaires infructueuses, il renoncerait à ses commissions. S'agissant des autres activités déployées par l'intéressé, la caisse relève qu'une activité salariée n'exclut pas d'emblée d'autres activités salariées ou indépendantes parallèles. Concernant la continuation de l'activité lucrative de l'intéressé au Kazakhstan, après la suppression des activités de la société, la caisse est d'avis que ce fait ne constitue pas un indice quant à son statut AVS pour les années 1996 et 1997. Enfin, elle souligne qu'une participation aux bénéfices concernant surtout sa propre activité n'est pas nécessairement un indice déterminant pour conclure à un travail indépendant et rappelle qu'une participation aux bénéfices dans le cadre d'une activité salariée est soumise à cotisations.

13. Par courrier du 27 août 2004, la recourante a encore expliqué que la caisse, lors d'un précédent contrôle en 1997, avait déjà considéré comme salaire tout montant versé à Monsieur P_____ s'agissant des mois de novembre et décembre 1994 et de l'année 1995 et que le précédent administrateur de la société, Monsieur S_____, avait omis de contester dans le délai cette décision. Les cotisations AVS concernées avaient été retenues sur les avances de commissions de l'intéressé. Enfin, il est allégué que les commissions 1997 ne peuvent en aucun cas être considérées comme du salaire alors même qu'elles ont été extournées d'accord entre les parties, vu les carences de paiement à charge de l'Etat ouzbek.

14. Par courrier du 15 septembre 2004, la caisse a maintenu sa position et conclu au rejet du recours. Elle relève que si, comme l'affirme le recourant, les avances de commissions consenties à Monsieur P_____ pour 1997 ont été extournées et considérées comme revenu par l'administration fiscale, elles doivent l'être également en matière d'AVS.

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 (TCAS), composé de cinq juges, dont un président et un vice-président, cinq suppléants et seize juges assesseurs (art. 1 let. r et 56T LOJ). Le Tribunal statue en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (cf. art. 1 let. r et 56V LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des seize juges assesseurs par le Tribunal fédéral (TF) le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le

13 février, une disposition transitoire urgente (art. 162 LOJ) permettant au TCAS de siéger sans assesseurs, à trois juges titulaires, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. 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 et a entraîné la modification de nombreuses dispositions dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants. La législation en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 demeure toutefois déterminante en l'espèce. En effet, d'après la jurisprudence, la législation applicable en cas de changement de règles de droit reste celle qui était en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (ATF 125 V 467 consid. 1 ; 126 V 166 consid. 4b), les faits sur lesquels l'autorité de recours peut être amenée à se prononcer dans le cadre d'une procédure de recours de droit administratif étant par ailleurs ceux qui se sont produits jusqu'au moment de la décision administrative litigieuse (ATF 121 V 366 consid. 1b). Les dispositions seront dès lors citées dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.

5. En l'occurrence, la question litigieuse est de savoir si l'activité lucrative de Monsieur P_____ doit être qualifiée de salariée ou d'indépendante.

Pour une personne qui exerce 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. 6ss du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 - 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).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances sociales (ci-après le TFA), 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'assurance-vieillesse et survivants, 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 encouru par l'entrepreneur. Ces principes ne conduisent cependant pas à 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 trouvera des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activité ; pour trancher la question 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 ; ATFA non publié du 14 novembre 2002 cause H 1988/02).

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 implique 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 du 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. En l'espèce, il ressort des explications de Monsieur F_____, et de la déposition de Monsieur P_____ que tous deux ont travaillé pour la société XZ_____. Monsieur F_____ a été approché en 1994 par Monsieur P_____ avec lequel il avait conservé des relations de travail. Celui-ci ambitionnait de quitter XZ_____ pour devenir indépendant. Ils décidèrent alors de s'associer dans le domaine de leurs compétences personnelles. Ils choisirent pour cela la forme du joint venture. Selon Monsieur F_____, la contribution de X_____ SA était essentiellement financière, alors qu'il appartenait à Monsieur P_____ de nouer des contacts et de concrétiser les affaires au mieux des intérêts de l'association. C'est ainsi que la société a signé en faveur de Monsieur P_____ une procuration. Celle-ci a été versée au dossier (pièce 8 recourante). Etablie le 28 janvier 1997, elle donne à Monsieur P_____ les pleins pouvoirs pour représenter la société X_____ SA et développer les affaires de celle-ci, notamment de conduire les négociations et de

conclure les contrats d'équipements et de services, de créer des bureaux de représentation et d'ouvrir les comptes bancaires correspondant ainsi que de prendre toutes les mesures qu'il considérerait comme nécessaires « in his absolute and unlimited discretion ». La recourante souligne que cette procuration offrait une grande liberté d'action à l'intéressé puisque ce dernier était en droit d'agir ou non, d'organiser ses activités comme il le voulait, et que rien ne l'empêchait de réaliser d'autres affaires pour son compte ou pour le compte de tiers. La recourante fait valoir que Monsieur P_____ s'est établi à Almaty où il a créé ses propres bureaux et engagé du personnel sans la moindre intervention de la société.

Pour le besoin de ses activités, il a également créé d'autres sociétés, notamment Z_____ et XY_____ COMPANY. La société Z_____ a été créée en 1995 avec pour objet de faciliter les relations avec les autorités locales. Le capital-actions était détenu à raison de 50% par X_____ SA et Monsieur P_____, à parts égales, l'autre 50% étant dévolu à des intérêts casaques. En 1996, Monsieur P_____ a contribué pour X_____ SA à la négociation d'un important contrat avec l'Ouzbékistan portant sur la livraison de 40'000 tonnes de blé, étant précisé que le vendeur avait consenti à l'acheteur un moratoire de paiement de sept mois.

Selon la recourante, il avait droit à une provision convenue ou usuelle au même titre qu'il était en droit de réclamer paiement les avances nécessaires ou utiles à la conclusion de ce contrat. C'est ainsi que des avances sur commissions lui ont été consenties. Ces versements ont été interrompus lorsque le co-contractant ouzbek a été mis en demeure de paiement soit à l'échéance du moratoire qui lui avait été consenti. En fin de compte, les avances de commissions consenties à Monsieur P_____, valeur 1997, ont été extournées et aucune rémunération n'a donc été perçue par Monsieur P_____ pour cette année-là.

Entendu par la Commission cantonale de recours, l'intéressé a confirmé qu'il n'avait jamais été affilié comme indépendant et que sa tâche consistait à démarcher des clients dans le domaine du marché des céréales et à procéder aux achats de marchandises pour la société. Les affaires étaient conclues au nom de cette dernière et le risque qu'il courait consistait en la perte éventuelle de sa participation de 25% au bénéfice. Il dépendait cependant de la société pour le financement des achats et chaque affaire était discutée avec la société et conclue en accord avec elle. Aucune prohibition de concurrence formelle n'a été convenue mais, selon lui, « elle allait de soi ». Il apparaît qu'en l'occurrence, l'activité de l'intéressé était celle d'un mandataire, ce qui donne lieu à penser avec un fort degré de probabilité qu'il exerçait une activité indépendante. Comme tout mandataire, il est tenu d'exécuter son mandat dans les règles et conformément aux instructions du mandant (art. 412 al. 2 CO et 397 CO). Il n'a en principe droit à une rémunération que si la négociation qu'il a conduite a abouti à la conclusion du

contrat. C'est ce qui s'est passé en l'occurrence. Ce dernier élément, qui met en lumière le caractère nettement aléatoire de son activité est important du point de vue des assurances sociales qui fait du risque encouru par l'entrepreneur l'un des critères permettant de reconnaître l'existence d'une activité indépendante.

Certes, des indices d'une activité salariée existent également dans la mesure où l'intéressé a déclaré que ses frais étaient remboursés et pris en charge par la société. Malgré ses dires, selon lesquels toute affaire donnait lieu à des discussions avec la société, il apparaît cependant que la procuration qui a été signée à son encontre lui offrait une grande liberté d'action puisqu'il était effectivement en droit d'agir ou non et d'organiser ses activités comme il le souhaitait.

Le Tribunal de céans est d'avis que les éléments plaidant en faveur d'une activité indépendante l'emportent en l'espèce sur ceux faisant penser à une activité salariée. Il était partenaire de la société, ses activités ne nécessitaient ni bureaux, ni personnel et il est évident qu'il courait un risque financier, même si celui-ci n'était que partiel.

Dès lors, le recours doit être admis.

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. L'admet et annule la décision du 30 mai 2001 ;

3. Constate que l'activité déployée par Monsieur P_____ pour X_____ SA était une activité indépendante ;

4. Condamne l'intimée à verser à la recourante la somme de Fr. 1'000,-- à titre de participation à ses frais et dépens ;

5. 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 :
Janine BOFFI	Karine STECK

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