

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1548/2009

ATAS/1454/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 24 novembre 2009

En la cause

X _____ SA, domicilié à GENEVE

recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,
sise route de Chêne 54 à GENEVE

intimée

et

Monsieur A _____, domicilié à ONEX

appelés en
cause

Monsieur B _____, domicilié à BELLEVUE

Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs

EN FAIT

1. La société X_____ SA (ci-après la société), ayant pour but le commerce, l'importation, l'exportation, la représentation et la distribution de produits et de tous services particuliers liés au traitement et au nettoyage de surfaces et de bâtiments, a été inscrite au Registre du Commerce de Genève le 15 juillet 1993. Elle est affiliée, comme employeur, auprès de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION (ci-après: la caisse).
2. Lors d'un contrôle effectué auprès de la société, et portant sur la période allant de 1999 à 2001, la caisse a constaté que des salaires n'avaient pas été déclarés. Elle a ainsi considéré que les rémunérations versées :
 - à Monsieur B_____ à hauteur de 17'351 fr. 30 d'août à septembre 1999 et de 31'300 fr de septembre à décembre 1999,
 - à Monsieur C_____ à hauteur de 6'300 fr. de juillet à décembre 1999 et de 600 fr. en janvier 2000,
 - à Monsieur D_____ à hauteur de 4'000 fr. en décembre 2000,
 - à Monsieur E_____ à hauteur de 3'827 fr. en juillet 2001,
 - à Monsieur A_____ à hauteur de 1'160 fr. en février 2001
 - et à Monsieur F_____ à hauteur de 1'000 fr. en juin 2001, devaient être soumises à cotisations AVS/AI.
3. La caisse a dès lors, par décisions des 28 mars et 1^{er} avril 2003, réclamé à la société le paiement de cotisations complémentaires, à savoir 84 fr. 70 pour les cotisations assurance maternité et 9'869 fr. 25 pour les cotisations AVS/AI/APG/AC.
4. Le 11 avril 2003, la société a formé opposition aux dites décisions, alléguant que "les sommes versées à des tiers sont principalement, soit des entreprises auxquelles nous avons fait signer quittances, et à notre propre personnel qui était dûment déclaré".
5. Par décision du 1^{er} avril 2009, la caisse a rejeté l'opposition.

Elle a relevé que Monsieur B_____ n'était plus affilié en tant qu'indépendant auprès d'aucune caisse de compensation depuis juin 1999. De plus, renseignements pris auprès de la SUVA, il s'est avéré que celle-ci avait adressé le 7 juin 2001 à Monsieur B_____, entreprise du bâtiment à Nyon, un courrier concernant sa situation professionnelle en matière de droit des assurances sociales, aux termes duquel "nous avons en date du 4 septembre 2000 affilié votre entreprise sous le

numéro cité en référence. Las, depuis nous avons vainement tenté d'entrer en contact avec vous et nos différentes démarches tant à Nyon qu'à Genève aboutissent toujours sous les rubriques «parti sans laisser d'adresse» ou «a déménagé». Sans nouvelles de sa part, la SUVA avait, par courrier du 5 juillet 2001, considéré qu'il n'exerçait plus une activité lucrative indépendante et qu'il était salarié à partir du 1^{er} juillet 2001.

Messieurs D_____, E_____ et A_____ n'étaient pas non plus inscrits auprès d'une caisse de compensation comme indépendants.

S'agissant de Messieurs C_____ et F_____, la caisse a expliqué qu'elle n'avait pu effectuer de recherche plus avancée, au vu du peu d'informations permettant leur identification. Elle entendait tout de même reprendre ces montants au titre de salaires dans le but de sauvegarder les intérêts de ces deux personnes.

6. La société a interjeté recours le 23 avril 2009 contre ladite décision. Elle relève que la caisse n'a rendu celle-ci que six ans après l'opposition, et se réfère expressément aux arguments déjà développés dans son opposition.
7. Dans sa réponse du 2 juin 2009, la caisse a conclu au rejet du recours.
8. Par ordonnance du 12 juin 2009, la Tribunal de céans a appelé en cause Messieurs A_____, B_____, E_____ et D_____ et a imparti à chacun d'entre eux un délai au 10 juillet 2009 pour se déterminer. Il a renoncé à rendre une telle ordonnance à l'attention de Messieurs C_____ et F_____, au vu des informations insuffisantes les concernant pour le faire.

Le greffe du Tribunal a notifié le jugement sous pli recommandé à Messieurs E_____ et D_____ à l'adresse de la société.

Les courriers ont été refusés par la société. Le jugement d'appel en cause concernant Monsieur B_____ lui a alors été notifié à son domicile.

9. Par courrier du 18 août 2009, la société a indiqué qu'elle acceptait de s'acquitter des charges sociales concernant Messieurs D_____ et E_____. Elle maintenait en revanche son recours s'agissant de Monsieur B_____, "étant donné qu'il travaillait pour son compte et pour plusieurs entreprises".
10. Aucun des appelés en cause ne s'est manifesté.
11. Il résulte du site internet du Registre du commerce de Genève que Monsieur B_____ a dirigé une entreprise individuelle Y_____ à Meyrin, ayant pour but la rénovation de façades, du 28 juin 2000 au 21 février 2006, date à laquelle celle-ci a été radiée d'office par suite de départ et cessation de l'exploitation.

12. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

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, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales, s'applique.

3. Le recours a été interjeté en temps utile (art. 56 ss LPGA).

4. Le Tribunal de céans prend acte du retrait du recours concernant Messieurs D_____ et E_____. Le litige porte dès lors uniquement sur le statut de Messieurs B_____, A_____, C_____ et F_____ indépendants ou salariés - dans l'activité qu'ils ont exercée pour la société, respectivement d'août à décembre 1999, en février 2001, de juillet 1999 à janvier 2000 et en juin 2001.

5. Est réputé salarié celui qui fournit un travail dépendant et qui reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens des lois spéciales (art. 10 LPGA).

En vertu de l'art. 5 al. 2 LAVS, le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail. Le revenu provenant d'une activité indépendante comprend quand à lui tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante (art. 9 al. 1 LAVS).

6. Une personne exerçant une activité lucrative indépendante peut simultanément avoir la qualité de salarié si elle reçoit un salaire correspondant (art. 12 LPGA).

7. 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.

8. 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; 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 exemple : 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; Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 12ème éd., p. 34ss; Vischer, Der Arbeitsvertrag, SPR VIII/1 p. 306 = Traité de droit privé suisse, vol. VII, tome I, 2, 1982 p. 34).

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; ATF 112 V 169 = VSI 1996 p. 256). Les principaux éléments qui permettent de déterminer le lien de dépendance quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise sont le droit de l'employeur de donner des instructions, le rapport de subordination du travailleur à l'égard de celui-ci, l'obligation de ce dernier d'exécuter personnellement la tâche qui lui est confiée (RCC 1989 p. 111 consid. 5a, 1986 p. 651 consid. 4c, 1982 p. 178 consid. 2b).

Un autre élément permettant de qualifier la rétribution compte tenu du lien de dépendance de celui qui la perçoit est le fait qu'il s'agit d'une collaboration régulière, autrement dit que l'employé est régulièrement tenu de fournir ses prestations au même employeur (ATF 110 V 78 consid. 4b).

9. Le risque particulier de 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; RCC 1986 p. 126

consid. 2b). Il 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; Greber / Duc / Scartazzini, Commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, ad art. 5 LAVS, n°111). Ainsi, le risque d'entrepreneur au sens donné par cette expression dans l'assurance-vieillesse et survivants signifie avant tout que l'assuré est responsable des pertes résultant de l'insolvabilité des clients, de livraisons défectueuses ou de dispositions erronées (RCC 1986 consid. 4d p. 652). Le risque économique de l'entrepreneur peut être défini comme étant celui que court la personne qui doit compter, en raison d'évaluations ou de comportements professionnels inadéquats, avec des pertes de la substance économique de l'entreprise. Constituent notamment des indices révélant l'existence d'un risque économique d'entrepreneur le fait que l'assuré opère des investissements importants, subit les pertes, supporte le risque d'encaissement et de ducroire, supporte les frais généraux, agit en son propre nom et pour son propre compte, se procure lui-même les mandats, occupe du personnel et utilise ses propres locaux commerciaux (ATFA non publié du 14 novembre 2002, H 188/02 consid. 5.2 ; VSI 1997 p. 107 consid. 2b; ATF 119 V 163 consid. 3b = VSI 1993 p. 226).

10. 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 171 = VSI 1996 p. 256).

Seul un examen détaillé de l'ensemble des circonstances économiques concrètes du cas d'espèce permet de déterminer si l'on est en présence d'une activité dépendante ou indépendante. Cela étant, certaines activités économiques, notamment dans le domaine des services, n'exigent pas, de par leur nature, d'investissements importants ou de faire appel à du personnel. En pareilles circonstances, il convient d'accorder moins d'importance au critère du risque économique de l'entrepreneur et davantage à celui de l'indépendance économique et organisationnelle (ATFA non publié du 14 février 2007, H 19/2006; Raphael LANZ, Die Abgrenzung der selbständigen von den unselbständigen Erwerbstätigkeit im Sozialversicherungs-, Steuer- und Zivilrecht, in: PJA 12/1997 p.1474 sv.; GREBER / DUC / SCARTAZZINI, Commentaire des art. 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS], Bâle 1997, n. 103 ad art. 5; Hanspeter KÄSER, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, Berne 1996, p. 120, n. 4.30). En outre, la possibilité pour le travailleur d'organiser son horaire de travail

ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'une activité indépendante (VSI 1996 p. 257 ss consid. 3c ; ATFA non publié du 10 janvier 2005, H 334/03 consid. 6.2.1).

12. Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4e éd., Berne 1984, p. 136; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e éd., p. 278 ch. 5). Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références; cf. ATF 130 III 324 sv. consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).
13. Par ailleurs, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références; cf. ATF 130 I 183 consid. 3.2). Les parties doivent ainsi faire connaître tout fait ou moyen de preuve qui ne serait connu que d'elles seules (ATF 108 Ib 80 s. consid. 2a/aa; Rhinow/Koller/Kiss, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Bâle 1996, p. 217). Elles ne sont toutefois tenues de collaborer que dans la mesure où cela est raisonnablement exigible (DTA 1992 no 9 p. 111). En particulier, on ne peut exiger des parties qu'elles fassent connaître des faits ou apportent des preuves auxquels elles n'ont pas accès, mais que l'autorité est à même de constater en faisant usage des moyens de contrainte publique dont elle dispose (consid. 1c non publié de l'arrêt ATF 120 Ia 265; arrêt non publié G. du 1er décembre 1997, 2P.217/1995).
14. Force est de constater que les circonstances exactes de l'activité exercée par les appelés en cause n'ont pas pu être établies de manière claire et irréfutable vu le défaut des intéressés.

Il y a à cet égard lieu de relever que la société a refusé de leur transmettre l'ordonnance d'appel en cause, précisant qu'elle n'avait pas retrouvé leur adresse.

15. S'agissant de Monsieur B_____, il apparaît qu'il n'était plus annoncé auprès d'aucune caisse de compensation AVS-AI depuis juin 1999, qu'il a été affilié auprès de la SUVA comme indépendant du 4 septembre 2000 au 1^{er} juillet 2001, qu'il a inscrit une entreprise individuelle au Registre du Commerce le 28 juin 2000, et que cette entreprise en a été radiée le 21 février 2006. Aussi doit-on en conclure, au degré de vraisemblance requis par la jurisprudence, que d'août à décembre 1999, il n'entendait pas exercer une activité lucrative indépendante. Le recours sera en conséquence rejeté pour ce qui le concerne.
16. Il en sera de même pour Messieurs A_____, C_____ et F_____. En effet, aucun d'entre eux n'était affilié auprès d'une caisse de compensation AVS-AI, pour autant qu'on puisse le déduire des éléments figurant dans le dossier. Le Tribunal de céans s'étonne par ailleurs de ce que la société n'ait pu donner davantage d'informations sur les appelés en cause. Il retiendra dès lors l'existence d'une activité dépendante.

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

Statuant

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 auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Nathalie LOCHER

Doris WANGELER

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