

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1632/2002

ATAS/35/2004

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 27 janvier 2004

1^{ère} Chambre

En la cause

Monsieur C
représenté par WINTERTHUR ARAG
Rue Beau-Séjour 15, 1002 Lausanne

recourant

contre

**CAISSE CANTONALE GENEVOISE
DE COMPENSATION**
Route du Chêne 54, 1211 Genève 29

intimée

**Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente
 Mme Nicole BASSAN BOURQUIN et Mr Bertrand REICH,
 Juges assesseurs**

A/1632/2002

EN FAIT

1. Monsieur C _____ exploite une entreprise dans les domaines de la peinture, des papiers-peints, de la décoration et de la moquette.
2. Lors d'un contrôle d'employeur, des reprises sur les rémunérations versées par Monsieur C _____ à Messieurs E _____ et F _____ en 1999 et 2000 ont été effectuées.
3. Par décision du 22 août 2002, la Caisse cantonale genevoise de compensations (ci-après CCGC) a fixé à Fr. 5'821,55, le décompte complémentaire de cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC dues pour les années 1999 et 2000.
4. Le 9 septembre 2002, Monsieur C _____ a interjeté recours contre ladite décision, considérant que Monsieur E _____ et Monsieur F _____ étaient des sous-traitants et non des employés. Il précisait qu'à l'époque, il s'était informé, auprès de la CCGC, de la possibilité d'engager ces deux personnes en tant qu'indépendante, ce qu'elle avait confirmé. Enfin, il relevait que lesdites personnes avaient elles-mêmes déclaré les montants versés et taxés par l'AVS, étant affiliées comme indépendante auprès de la CCGC.
5. Dans son préavis du 31 octobre 2002, la CCGC conclut au rejet du recours, relevant que Messieurs E _____ et F _____ étaient certes affiliés comme indépendants, mais respectivement en tant que professeur de guitare et placeur d'artistes. La CCGC estime ainsi que l'activité exercée auprès du recourant devait être qualifiée, non pas d'activité indépendante, mais d'activité accessoire dépendante.
6. Invité à se déterminer, le recourant conclut, principalement, à ce qu'il soit renoncé à la perception des cotisations paritaires arriérées en application du principe de la bonne foi. Subsidiairement, il retient que les montants versés par Messieurs E _____ et F _____ en leur qualité d'indépendants sur les revenus acquis en 1999 et 2000, doivent être imputés des cotisations paritaires qui lui sont réclamées, pour ces mêmes années.
7. Dans son courrier du 5 décembre 2002, la CCGC a considéré que la protection de la bonne foi ne pouvait être invoquée, les circonstances dans lesquelles les renseignements ont été fournis, par téléphone, ne pouvant être établies. Elle ajoute que les seules dispositions prises par le recourant sur la base de ces renseignements sont d'ordre pécuniaire, ce qui ne saurait être de nature irréversible.

-
8. Invité à se déterminer, Monsieur F _____ a déclaré, dans un courrier du 13 novembre 2003, qu'il avait travaillé pour le compte de Monsieur C _____ en qualité d'indépendant.
 9. Monsieur E _____ a, quant à lui, précisé dans son courrier du 14 novembre 2003 qu'il avait été salarié de Monsieur C _____ à partir de 1997 mais que ce dernier n'avait accepté d'établir des certificats de salaire qu'ultérieurement.

EN DROIT

A la forme :

Le recours interjeté en temps utile auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI est recevable (articles 84 LAVS et 69 LAI).

La cause a été transmise d'office au présent Tribunal conformément à l'article 3, al. 3 de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ).

Au fond :

1. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003 entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS-AI. Le cas d'espèce reste toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467, consid. 1 ; 121 V 366).
2. Selon l'art. 12 al. 1 LAVS, quiconque verse à des personnes obligatoirement assurées une rémunération au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS est considéré comme employeur.

L'obligation pour une personne exerçant une activité lucrative 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. Directives 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 des Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG, 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. Directives de l'OFAS sur le salaire déterminant n°1016 et Ss).

Peu importe que l'intéressé exerce son activité à titre de profession principale ou accessoire et quelle est sa profession principale. La rétribution qu'il s'agit de qualifier doit au contraire être considérée pour elle-même, c'est-à-dire être qualifiée d'après la situation dans laquelle l'assuré 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 (cf. Directives précitées n°1025 ; VSI 1995, p. 144).

Dans le cas présent, le recourant n'a pas payé de cotisations paritaires, considérant que Messieurs E_____ et F_____ étaient des sous-traitants et non des employés.

Il convient de relever que le recourant admet les faits exposés par la CCGC, notamment en ce qui concerne le champ d'application de l'affiliation de Monsieur E_____ et de Monsieur F_____ à l'AVS en tant qu'indépendants. En effet, il ressort clairement des attestations d'affiliation que ces derniers sont affiliés en tant qu'indépendants, respectivement pour des activités de professeur de guitare et de placement d'artistes, domaines diamétralement opposés à une quelconque activité dans le champ d'occupation du recourant. Par conséquent, les activités exercées au service de Monsieur C_____ ne sont pas couvertes par leur affiliation respective.

Ce dernier avait à diverses reprises recouru aux services de ces deux personnes, en plus de ses employés habituels.

Certes, Monsieur F _____ a indiqué, dans son courrier du 13 novembre 2003, avoir travaillé pour le compte de Monsieur C _____ en tant qu'indépendant. Monsieur E _____ a toutefois déclaré qu'il avait été engagé en tant que salarié et non d'indépendant par le recourant et ce, dès 1997. Il précise également que Monsieur C _____ n'a accepté qu'ultérieurement de lui établir des certificats de salaire.

Toutefois, ces déclarations divergentes ne changent rien à l'appréciation du cas par le Tribunal de céans.

En effet, selon une jurisprudence constante, les tâcherons ou sous-traitants doivent en règle générale être considérés comme des personnes qui exercent une activité salariée. Ils ne peuvent, en principe, être regardés comme indépendants que s'ils exploitent leur propre affaire et traitent sur un pied d'égalité, à leurs propres risques, avec l'entreprise qui leur a confié le travail. Il y a lieu d'admettre la présence d'un revenu de l'activité indépendante que si le travailleur à la tâche dispose d'une organisation d'entreprise ou prend régulièrement en charge des travaux adjudés directement par des tiers (ATFA D. F du 26 juin 1986).

Dans le cas présent, rien n'indique que Messieurs E _____ et F _____ prenaient régulièrement en charge des travaux de peinture et de décoration adjudés directement par des tiers.

Dès lors, force est de constater que l'activité exercée par les deux personnes susnommées est salariée. Le recourant devait donc s'acquitter des cotisations paritaires, calculées sur la base des salaires à elles versés.

3. Monsieur C _____ souligne le fait qu'il a pris soin de s'informer auprès de la CCGC de la possibilité d'engager Monsieur E _____ et Monsieur F _____ en qualité d'indépendants. Selon ses dires, la Caisse lui aurait confirmé, oralement, qu'il lui était possible de procéder de la sorte.

Le principe de la bonne foi qui doit imprégner les relations entre l'Etat et les citoyens (art. 5 al. 3 Cst. ; ATF 126 II 97 consid. 4b, p. 104/107) leur impose de se comporter l'un vis-à-vis de l'autre de manière loyale.

Découlant directement de l'art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités (ATF 128 II 112 consid. 10b/aa p. 125; 126 II 377 consid. 3a p. 387 et les arrêts cités).

Selon la jurisprudence établie sur la base de l'art. 4 aCst., applicable au regard de l'art. 9 Cst, un renseignement ou une décision erronés de l'administration peuvent obliger celle-ci à consentir à un administré un avantage contraire à la réglementation en vigueur, à condition que l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de ses compétences et que l'administré n'ait pas pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu (cf. ATF du 16 mai 2003 en la cause 1A.250/2002). Il faut encore qu'il se soit fondé sur les assurances ou le comportement dont il se prévaut pour prendre des dispositions auxquelles il ne saurait renoncer sans subir de préjudice, et que la réglementation n'ait pas changé depuis le moment où l'assurance a été donnée (ATF 122 II 113 consid. 3b/cc p. 123 et les références citées).

Certes le recourant s'est-il adressé à la CCGC, autorité administrative compétente en la matière. Toutefois, les circonstances dans lesquelles les renseignements ont été fournis ne peuvent être déterminées. En effet, les renseignements ont été transmis oralement. Il ne peut donc être établi si tous les éléments nécessaires à une bonne détermination dans le cas concret ont été donnés, ni quels ont été exactement ces renseignements.

Dans le domaine des assurances sociales, quand bien même la procédure est régie par le principe inquisitoire, ce principe est limité par le devoir de collaborer des parties, lequel comprend l'obligation de ces dernières d'apporter, dans la mesure où cela est raisonnablement exigible 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). En effet, si le principe inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, il ne les libère pas pour autant du fardeau de la preuve, en ce sens qu'en cas d'absence de preuve, la décision sera défavorable à la partie qui voulait déduire un droit de l'état de fait non prouvé (cf. ATF du 20 novembre 2002 en la cause I 294/02).

En l'espèce, aucun élément concret ne vient étayer les affirmations de Monsieur C _____, même si la CCGC ne remet pas en doute ces dires.

Il sied de relever que même si le recourant a vérifié que Messieurs E _____ et F _____ étaient bien affiliés à l'AVS en tant qu'indépendant, il aurait dû, au surplus, vérifier que l'activité qu'il voulait leur confier soit bien couverte par leur affiliation. Il lui suffisait d'examiner les documents qu'il avait en sa possession.

Enfin, la condition relative à la prise de dispositions de la part de l'administré qu'il ne peut annuler sans subir de dommage fait également défaut. En effet,

dans le cas concret, les seules conséquences des dispositions prises par le recourant sont d'ordre pécuniaire, soit le règlement de cotisations arriérées.

Les conditions cumulatives permettant d'invoquer le principe de la bonne foi n'étant pas remplies, le recourant ne peut être mis au bénéfice dudit principe. Il ne sera donc pas renoncé à la perception des cotisations arriérées.

4. Les cotisations payées en trop sur le gain de l'activité indépendante pour l'année faisant l'objet d'une réclamation de cotisations paritaires arriérées doivent être imputées sur la part du salarié des cotisations paritaires réclamées à l'employeur (cf. Directives sur la perception des cotisations n°3035).

En d'autres termes, lors de la réclamation à un employeur des cotisations paritaires pour un salarié considéré jusqu'alors comme indépendant, il faut imputer les cotisations personnelles déjà payées sur les cotisations de salarié qui sont encore dues (cf. RCC 1959 296).

Là où les cotisations paritaires ont été acquittées entièrement par l'employeur ou là où les cotisations personnelles versées excèdent le montant des cotisations du salarié, la caisse de compensation doit restituer à l'assuré les cotisations personnelles qui furent payées en trop (cf. Directives sur la perception des cotisations n°3037).

L'imputation des cotisations et la restitution de celles qui ont été versées en trop sont effectuées d'office (cf. Directives sur la perception des cotisations n°3038).

Messieurs E _____ et F _____ ayant déclaré les montants versés par Monsieur C _____ et ces derniers ayant été taxé par l'AVS en tant que revenu de l'activité indépendante, les cotisations payées en trop sur cette activité pour les années 1999-2000 devront être imputées sur la part salariale des cotisations paritaires réclamées. Le cas échéant, ils seront remboursés si la part salariale est dépassée.

Dès lors, le Tribunal de céans admet partiellement le recours et annule la décision de la CCGC du 22 août 2002. Le dossier est renvoyé à cette dernière pour nouvelle décision.

* * *

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

Statuant

A la forme :

1. Reçoit le recours.

Au fond :

1. Admet partiellement le recours et annule les décisions de la Caisse cantonale genevoise de compensation du 22 août 2002 ;
2. Renvoie le dossier à la Caisse cantonale genevoise de compensation au sens des considérants ;
3. 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 :

Marie-Louise QUELOZ

La présidente :

Doris WANGELER

La Secrétaire-juriste : Laura DI DIO

Le présent arrêt est communiqué pour notification aux parties, à Messieurs E_____ et F_____ ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe