RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1652/2002 **ATAS/485/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

6ème Chambre

du 31 mai 2005

En la cause

X_____ SA, p.a SETT FIDUCIAIRE SA, boulevard James-Fazy 4, 1201 Genève	recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, route de Chêne 54, 1208 Genève	intimée

Siégeant : Monsieur Howard Jan KOOGER, Juge suppléant, Mesdames Doris WANGELER et Juliana BALDE, Juges.

EN FAIT

1. X_____ SA (ci-après la société) est une société anonyme affiliée auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation AVS-AI-APG-AC-AF (ci-après la Caisse). Le 20 novembre 2001, la Caisse a adressé à la société un décompte complémentaire établi suite à un contrôle d'employeur, faisant état d'un solde en sa faveur de 30'930 fr. 75.-, des salaires de fr. 20'637.-, fr. 144'307.- et fr. 25'700.- ayant été repris pour les années 1996, 1997, respectivement 1998.

2. Le 21 décembre 2001, la fiduciaire Sett Fiducaire SA, agissant au nom et pour le compte de la société, a interjeté recours auprès de la Commission cantonale de recours AVS/AI, alors compétente, contre ladite décision. Elle explique que la société était principalement animée par Monsieur F_____ et qu'en raison du décès de celui-ci fin avril 1999, elle n'avait pu donner toutes les explications utiles lors du contrôle d'employeur. Elle a complété ses écritures le 19 février 2002.

3. La recourante conteste les reprises auxquelles a procédé la Caisse. S'agissant du poste sous-traitants pour l'année 1996 s'élevant à fr. 20'637.-, elle allègue qu'il s'agit en réalité de « commissions d'intervenants dans des affaires qui ont permis à la société d'effectuer certaines opérations », étant précisé au surplus que les bénéficiaires sont étrangers et résident à l'étranger. Quant aux écarts de salaire constatés pour les années 1997 et 1998, à savoir respectivement fr. 144'307.- et fr. 25'700.-, ils sont dus à la comptabilisation sous le poste « salaires » de l'ensembles des charges sociales (AVS-LAA-LPP). Elle admet en revanche la gratification spéciale de fr. 100'000.- net versée à Monsieur F_____, lequel a cessé toute activité en mai 1997.

4. Invitée à se déterminer, la Caisse rappelle qu'aucun document ni aucune explication justifiant les différences entre les salaries déclarés et ceux figurant au bilan n'ont pu lui être donnés. Elle rappelle que les commissions, comptabilisées en 1996, sont soumises à cotisations conformément à l'art. 7 let. g RAVS. N'ayant aucun renseignement à sa disposition concernant les personnes auxquelles ces commissions auraient été versées, elle n'a pu vérifier qu'elles n'étaient pas assujetties à l'AVS comme le prétend la recourante. S'agissant des charges sociales pour les années 1997 et 1998, la Caisse précise qu'elle en a tenu compte dans ses reprises à hauteur de 20 % de la masse salariale, faute d'éléments probants. Elle se déclare cependant prête à envisager une rectification si la recourante parvient à démontrer que ses charges s'élèveraient à plus de 20 %.

5. Le préavis de la Caisse a été communiqué à la fiduciaire. Celle-ci ne s'est pas manifestée.

6. La cause a été transférée au Tribunal cantonal des assurances sociales dès le 1er août 2003, vu la modification de la loi sur l'organisation judiciaire.

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, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

   Conformément à l'article 3 alinéa 3 des dispositions transitoires, la présente cause, introduite avant l'entrée en vigueur de la loi et pendante devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants a été transmise d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique et dans la composition prévue par l'article 162 LOJ, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (art. 56V LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

   La loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'article 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS). Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'article 52 LAVS et les articles 81 et 82 du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) ont été abrogés. Le cas d'espèce reste néanmoins régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se son produits (ATF 122 V 467 consid. 1). Les dispositions légales pertinentes seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.

2. Le recours a été interjeté en temps utile (art. 84 LAVS).

   En matière de recevabilité, la loi impose aussi l'observation de conditions de forme. Selon l'art. 85 al. 2 let. b LAVS, le recours doit notamment contenir l'exposé des motifs et l'indication des moyens de preuve (art. 65 al. 2 LPA). La recourante s'est prévalue de la possibilité de solliciter un délai complémentaire pour compléter son recours ; les motifs invoqués semblent raisonnables. Le 19 février 2002, soit dans le délai imparti, une motivation complémentaire a été adressée à la Commission cantonale de recours AVS-AI. Cette motivation est dépourvue de pièces justificatives. Toutefois, ce mémoire complémentaire décrit les éléments de calcul que la recourante conteste. En matière de recevabilité, la jurisprudence retient qu'un recourant respecte l'art. 65 LPA "...lorsqu('il) indique la substance du motif,

à savoir les points de la décision qu'il tient pour erronés, tandis que la qualification juridique du motif en référence aux catégories de l'art. 61 al. 1 LPA est l'affaire du juge (SJ 1990, p. 566 N° 79). Les exigences formelles posées par le législateur n'ont d'autre but que de permettre à une juridiction administrative de déterminer l'objet du litige qui lui est soumis et de donner l'occasion à la partie intimée de répondre aux griefs formulés à son encontre » (Fiche de jurisprudence N° 4871 /TA, Arrêt du TA du 8.9.1992 dans la Cause N° A/73/92). Dès lors, la recevabilité du recours est admise.

3. Il convient de prendre acte de ce que la reprise de fr. 100'000.- concernant Monsieur F_____ n'est pas contestée.

4. Demeurent litigieuses la question de la différence constatée entre les salaires déclarés à la Caisse par la société et les montants figurant dans les pièces comptables de la société, ainsi que la qualification des prétendues commissions versées en 1996 pour des affaires remontant à 1994.

5. Les salaires déclarés s'élèvent à respectivement fr. 180'000.-, fr. 195'000.- et fr. 180'000.- pour les années 1996, 1997 et 1998, alors que les comptes de la société font état respectivement de fr. 279'232, 21, de fr. 378'307,10 et de fr. 241'710,40 pour ces mêmes exercices. Il y a lieu de constater que la Caisse a tenu compte d'un abattement de 20 % de la masse salariale comptabilisée pour tenir compte des charges sociales. Force est de constater à cet égard que la société n'a pas apporté les justificatifs nécessaires qui auraient permis à la Caisse de rectifier le montant des cotisations sociales dues.

   Le recours doit dès lors être rejeté sur ce point.

6. Aux termes de l'art. 7 let. g RAVS, le salaire déterminant pour le calcul des cotisations comprend notamment, dans la mesure où il ne s'agit pas d'un dédommagement pour frais encourus, les provisions et les commissions. La recourante s'est contentée d'affirmer que les bénéficiaires desdites commissions seraient de nationalité étrangère et domiciliés hors de Suisse, sans toutefois apporter le moindre justificatif. C'est dès lors à juste titre que la Caisse s'est fondée sur les chiffres figurant dans la comptabilité 1996.

   Le recours est également rejeté sur ce point.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare recevable le recours formé le 21 décembre 2001 par X_____ SA ;

Au fond :

2. Le rejette.

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 :	Juge suppléant :
Nancy BISIN	Howard Jan KOOGER

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