RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1659/2003 **ATAS/32/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du mercredi 21 janvier 2004

2ème Chambre

En la cause

Monsieur M_____, Recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,
Route de Chêne 54, Genève intimée

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mme Nicole BOURQUIN et Monsieur Bertrand REICH, juges assesseurs.

EN FAIT

1. Monsieur M_____ (ci-après le recourant) travaille pour la société X_____ SA depuis 1984. Il est déclaré auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la caisse) depuis le premier janvier 1993.

2. Au mois de septembre 2002, le recourant s'est adressé à la caisse après consultation de son compte individuel, en lui demandant de modifier celui-ci de sorte qu'il soit affilié rétroactivement depuis 1984, alléguant être salarié de la société depuis cette année-là.

3. Par décision du 30 janvier 2003, la caisse a rejeté cette demande de modification.

4. Sur opposition du recourant du 5 mars 2003, la caisse a rendu une décision le 15 juillet 2003 confirmant sa décision de refus. La caisse explique que si le recourant travaille pour la société X_____ SA depuis 1984, il était cependant considéré jusqu'à la fin 1992, par la société en tout cas, comme externe. Or, selon la loi, le délai pour réclamer des cotisations est de 5 ans dès la fin de l'année pour laquelle les cotisations sont dues. Il ne peut donc être remonté au-delà de 1993. La caisse conteste que la prescription pénale puisse s'appliquer, la société ne pouvant être accusée ni d'abus de confiance, ni de détournement de revenu sur salaire. La question à trancher est en effet celle de connaître le statut du recourant auprès de la société, soit celui de salarié ou d'indépendant, or cette question relevant de la législation sur l'assurance vieillesse et survivants, la prescription quinquennale s'applique également.

5. Dans son recours du 2 septembre 2003, le recourant explique avoir été lié professionnellement au dirigeant de la société X_____ SA, Monsieur G_____, depuis 1969, leurs relations professionnelles reposant sur une très forte relation de confiance plutôt que sur un contrat de travail écrit. A la demande de celui-ci, il a transféré toutes ses affaires à Genève suite à la révolution iranienne de 1979, ce qui donna lieu à la création de la société X_____ SA. Il produit différents documents, en particulier une lettre du 16 mai 2000, qui confirme que le recourant a été employé depuis mai 1984 au sein du groupe X_____ SA. Selon lui en conséquence, son statut de salarié est clairement établi, en particulier sur la base des fiches de paiement produites, qui établissent le versement d'un salaire net. Il explique également qu'à sa demande, M. G_____ avait accepté de le déclarer à l'AVS. Ce n'est cependant qu'en

l'an 2000, lorsqu'il a eu besoin de produire une fiche de salaire pour la signature d'un contrat de bail, qu'il s'est rendu compte qu'il n'était pas affilié avant 1993. Il a exigé de son employeur de recevoir toutes ses fiches de salaire depuis 1984, en vain. Après avoir interpellé M. G_____, il a pu obtenir le règlement de sa situation sur le plan LPP. Selon lui, ceci établi que X_____ SA reconnaît ne pas avoir payé à tort en temps voulu les cotisations sociales sur ses salaires. Il conteste qu'on puisse le considérer comme indépendant dans son activité pour X_____ SA, et indique qu'aucune modification dans ses tâches et activités professionnelles n'est intervenue en 1993, qui justifierait un changement de statut.

Il ressort du dossier produit par le recourant qu'une procédure auprès de la juridiction des prud'hommes a eu lieu pour ce qui est du paiement du salaire après son licenciement. Cette procédure s'est terminée par un procès-verbal de conciliation du 22 avril 2003 qui prévoit le versement d'un montant de 300'000 fr. pour solde de tout compte au recourant.

Le recourant conclut à ce que la décision de la caisse sur opposition soit annulée, à ce qu'il soit dit et constaté qu'il avait un statut de salarié dès 1984, à ce qu'il soit ordonné à la caisse de rectifier son compte individuel pour les années 1984 à 1992.

Il considère en effet que la prescriptions pénale de 15 ans doit s'appliquer en l'espèce.

6. Dans sa réponse du 22 septembre 2003, la caisse conclut au rejet du recours. Elle rappelle que s'il est exact qu'un délai de 10 ans peut s'appliquer, voire un délai plus long, si le droit pénal le prévoit, cela suppose que la caisse ait subit un dommage, au sens de l'article 52 LAVS. Or, la caisse considère qu'elle n'a subit aucun dommage, car tel ne serait le cas que si le recourant devait être qualifié de salarié de la société X_____ SA. Selon les pièces au dossier, elle considère que tel n'est pas le cas. N'ayant pas agi contre la société ou son dirigeant, le délai quinquennal s'applique en l'espèce, et il ne peut être remonté au-delà de 1993. Elle rappelle également avoir effectué un contrôle d'employeur en 1994 portant sur les années 1991 à 1993. Durant ce contrôle, aucune irrégularité dans la déclaration des rémunérations versées au recourant n'a été relevée. Le recourant a répliqué par écritures du 7 octobre 2003. Il considère remplir les conditions pour qu'un statut de salarié lui soit reconnu, au sens de la loi et de la jurisprudence. S'agissant de la prescription, il considère que la prescription légale doit s'appliquer, car en ne payant aucune cotisation AVS et LPP en sa faveur,

X_____ SA a employé à son profit des valeurs patrimoniales qui lui avaient été confiées. Il reprend ses conclusions.

7. Le Tribunal a ordonné la comparution personnelle des parties, qui s'est tenue en date du 16 décembre 2003.

A cette occasion, le recourant a précisé ne pas être domicilié en Suisse, mais en Iran. Sur question du Tribunal, il a précisé ne pas avoir saisi le Parquet à ce jour d'une plainte pénale contre M. G_____, car il attendait le résultat de la présente cause. La caisse a confirmé pour sa part que le recourant avait été déclaré à la caisse en 1993. La cause a été gardée à juger à l'issue de l'audience.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ ; E 2 05) a été modifiée et a institué dès le 1er août 2003 un Tribunal cantonal des assurances sociales. 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 en matière d'AVS et d'AI ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique (cf. article 56V LOJ). La compétence du Tribunal de céans est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.

2. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA : RS 830.1) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine des assurances sociales. Le cas d'espèce y est soumis de même qu'aux dispositions légales et réglementaires de la loi sur l'assurance vieillesse et survivants dans sa teneur au 1er janvier 2003 (ci-après LAVS).

3. Interjeté dans les délais et forme légaux, le recours est recevable (art. 56 – 60 LPGA).

4. Aux termes de la loi, chaque caisse de compensation tient un compte individuel des revenus d'activité lucrative pour lesquels les cotisations ont été versées pour un assuré (art. 135 a RAVS). Tout assuré a le droit d'exiger un extrait des inscriptions faites, et peut, dans les 30 jours suivants la remise de l'extrait de compte, contester avec motif à l'appui l'exactitude d'une inscription (art. 141 RAVS).

   S'agissant de la prescription, l'art. 16 a LAVS prévoit que les cotisations dont le montant n'a pas été fixé par décision notifiée dans un délai de 5 ans à compter de l'année civile pour laquelle elles sont dues ne peuvent plus être exigées et payées. Si le droit de réclamer des cotisations non versées naît d'un acte punissable pour lequel la loi pénale prévoit un délai de prescription plus long, ce délai est déterminant.

   Selon la jurisprudence, une fois les cotisations atteintes par la prescription de 5 ans prévue à l'art. 16, al. 1 LAVS, les inscriptions au compte individuel de l'assuré ne peuvent plus être modifiées quant au fond, à moins d'une preuve indiscutable d'une convention de salaire net, ou du fait que l'employeur avait retenu les cotisations sur les salaires sans les verser à la caisse de compensation (ATFA P.W. du 5.6.84, ATFA R.B. du 30.6.82).

   Par ailleurs la caisse subit un dommage, elle peut en réclamer réparation à l'employeur sur la base de l'article 52 LAVS.

5. Dans le cas d'espèce, il faut constater que les conditions nécessaires à la modification du compte individuel ne sont pas réunies. L'on n'est en effet pas dans le cadre d'une convention de salaire net, et contrairement à ce qu'allègue le recourant, son employeur n'avait pas retenu les cotisations sur le salaire versé au recourant, mais purement et simplement versé un salaire brut à celui-ci.

   Certes, le recourant allègue-t-il avoir toujours eu un statut de salarié. Comme le relève la caisse cependant, ce statut de salarié n'est pas certain, au vu notamment de l'absence de tout rapport de subordination entre les parties. D'autre part, lors du contrôle effectué par la caisse, aucune anomalie n'a été relevée par l'enquêteur. Mais surtout, cette question est également limitée par la prescription des 5 ans et l'on ne pourrait quoi qu'il en soit par remonter au-delà de 1993.

   Le Tribunal ne saurait suivre, en effet, le recourant lorsqu'il sollicite que la prescription pénale soit retenue en l'espèce. D'une part, la caisse considère n'avoir subit aucun dommage : elle est, depuis 1993, d'accord sur le statut d'indépendant du recourant jusqu'à cette date. De ce fait, elle n'a entrepris aucune

action contre l'employeur au sens de l'article 52 LAVS. D'autre part, le recourant lui-même n'a intenté aucune procédure pénale à ce jour contre le dirigeant de X_____ SA. Aucune infraction pénale ne peut donc être retenue en l'espèce, ce d'autant plus qu'il ressort du dossier que l'employeur n'a retenu aucune cotisation sociale et ne s'est donc pas rendu coupable d'abus de confiance ou de détournement.

En conclusion, il n'est pas possible d'aller au-delà de la prescription quinquennale prévue par la loi. La décision dont est recours ne peut être que confirmée.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Déclare recevable le recours.

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 qu'elle 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).

Le greffier :	La Présidente :
Pierre RIES	Isabelle DUBOIS

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