RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1784/2005 **ATAS/386/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 1

du 25 avril 2006

En la cause

X_____SA, pour elle: MM. B_____ et M_____ ; sise c/o Fiduciaire P.-A. B_____, comparant avec élection de domicile en l'Etude de Maître GILLIOZ Pierre	recourante
contre	
CAISSE DE COMPENSATION DE LA FEDERATION DES ARTISANS ET COMMERCANTS (FACO), sise chemin Rieu 18, 1211 GENEVE 17	intimée
Madame D_____	appelés en cause
Monsieur R_____, comparant avec élection de domicile en l'Etude de Maître MORAND Pierre-André	

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Maya CRAMER et Karine STECK, Juges

EN FAIT

1. La X_____SA (ci-après : la compagnie) est une société active notamment dans le domaine de la prospection immobilière. Elle est affiliée auprès de la CAISSE DE COMPENSATION DE LA FEDERATION DES ARTISANS ET COMMERCANTS (FACO) (ci-après : la caisse).

2. Suite à un contrôle effectué le 7 octobre 2004 auprès de la compagnie, la caisse a constaté que des commissions de courtage immobilier d'un montant total de 180'000 fr., versées à M. R_____ ainsi qu'à Mme D_____, tous deux retraités, n'avaient pas été déclarées.

3. Par décision du 13 janvier 2005, la caisse a réclamé à la compagnie le paiement de la somme de 30'791 fr. 70 représentant le complément des cotisations AVS-AI-APG-AC, y compris les intérêts moratoires, les contributions AF avec intérêts moratoires, les contributions AMat et les frais d'administration.

4. La compagnie s'est opposée à ladite décision le 18 mars 2005, faisant valoir que des commissions de courtage immobilier versées sporadiquement ne revêtaient en aucun cas le caractère de salaire et n'étaient par conséquent pas soumises aux cotisations AVS.

5. Par décision sur opposition du 4 avril 2005, notifiée le 26 avril, la caisse a déclaré l'opposition de la compagnie irrecevable pour cause de tardiveté. Elle a par ailleurs confirmé sa décision initiale, considérant que M. R_____ et Mme D_____ étaient des voyageurs de commerce dont le gain était soumis à cotisations.

6. La compagnie a interjeté recours le 25 mai 2005 contre ladite décision. Elle a fait valoir que la décision de la caisse du 13 janvier 2005 ne lui avait jamais été notifiée et qu'elle n'en avait eu connaissance que le 2 mars 2005, lorsque la caisse lui avait adressé un courrier. Dès lors, l'opposition était intervenue dans les 30 jours suivant la connaissance effective de la décision.

   Au fond, la compagnie a expliqué qu'elle avait acheté en 2001 un bien immobilier à Collonge-Bellerive grâce aux indications données par M. R_____ et que la conclusion de cet achat avait donné lieu au paiement d'une commission de 170'000 fr. qui avait été versée à ce dernier par tranches à raison de 80'000 fr. en 2001, 40'000 fr. en 2002 et 50'000 fr. en 2003. Elle a également déclaré qu'elle avait acheté en 2001 une résidence à Veyrier grâce aux informations de Mme D_____ et que celle-ci avait reçu une commission de 10'000 fr.

   Concernant la qualification des commissions versées à M. R_____ et à Mme D_____, la compagnie a expliqué qu'il ne s'agissait pas de salaires versés au

titre d'une activité dépendante au sens de l'AVS, les conditions d'une telle activité n'étant pas remplies. En effet, M. R_____ et Mme D_____ avaient assumé les risques économiques liés à leur activité, dès lors qu'ils n'auraient pas reçu de rémunération si les acquisitions des biens immobiliers n'avaient pas eu lieu. Il n'existait par ailleurs pas de rapport de subordination entre la compagnie et eux, puisque leur activité consistait à signaler à celle-ci une affaire immobilière susceptible de l'intéresser, que leur intervention, unique, s'était inscrite dans un très bref laps de temps et qu'ils n'étaient pas intégrés dans l'organisation de la compagnie. Selon cette dernière, la relation qu'elle avait entretenue avec M. R_____ et Mme D_____ pendant l'année 2001 ressortait d'un contrat de courtage. Elle n'avait par conséquent pas d'obligation de déduire les cotisations sociales des commissions qu'elle leur avait versées, puisqu'ils avaient exercé une activité lucrative indépendante.

7. Dans sa réponse du 20 juin 2005, la caisse a persisté dans les termes de sa décision sur opposition du 4 avril 2005.

8. Par ordonnance du 28 octobre 2005, le Tribunal de céans a appelé en cause M. R_____ et Mme D_____.

9. Mme D_____ a indiqué le 4 novembre 2005 que l'ordonnance d'appel en cause ne la concernait pas. Elle a par la suite refusé les courriers que le Tribunal de céans lui a adressés et n'a pas souhaité se déterminer.

10. Le 5 décembre 2005, M. R_____ a affirmé qu'il n'avait touché aucune commission de la part de la compagnie en 2001 en relation avec une transaction sur un bien immobilier sis à Collonge-Bellerive. Il a à cet égard fait remarquer que la compagnie n'avait produit aucune pièce démontrant que la somme de 170'00 fr. lui avait effectivement été versée. Il a également précisé qu'il n'avait jamais reçu de salaire au sens de l'AVS de sa part. Il a au surplus souligné qu'il avait toujours travaillé comme indépendant, puisqu'il supportait lui-même les risques économiques liés à son activité et qu'il ne s'était jamais trouvé dans un rapport de subordination par rapport à la compagnie.

11. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties qui s'est tenue le 14 février 2006. Mme D_____ ne s'est pas présentée à l'audience.

    M. B_____, administrateur de la compagnie, a expliqué que Mme D_____ n'avait jamais été employée par la compagnie ; elle avait seulement touché en 2001 une somme d'argent en relation avec l'achat d'un bien immobilier sis à Veyrier, sans qu'il n'y ait eu, à sa connaissance, de contrat signé.

    M. R_____ a quant à lui indiqué qu'il était agent immobilier et que la régie dont il était propriétaire avait fait faillite en 1993 ; il ne réalisait depuis lors plus de revenus et n'était pas affilié auprès d'une caisse de compensation en tant

qu'indépendant. Il a expliqué qu'il avait informé la compagnie d'une possibilité de contracter concernant un bien immobilier sis à Collonge-Bellerive. La commission d'un montant de 170'000 fr. promise ne lui avait toutefois pas été versée par la compagnie, celle-ci ayant allégué qu'elle s'en était déjà acquittée auprès du bureau d'architectes ARGECIL.

M. B_____ a indiqué que le bureau d'architectes ARGECIL, qui agissait en tant que représentant du vendeur du bien immobilier, n'avait pas payé M. R_____, comme convenu, mais il a affirmé que la compagnie avait finalement versé la commission à ce dernier, lorsque celui-ci la lui avait réclamée. Il a par ailleurs précisé que la somme de 170'000 fr. ne concernait pas uniquement Collonge-Bellerive, mais également d'autres opérations. Il a produit à ce sujet une lettre concernant « Les Chênes d'or A. B. C. D. » qui lui avait été adressée le 5 avril 2001 par M. R_____ dans laquelle il déclarait : « je vous prie de bien vouloir prendre note que mon intervention dans le cadre de l'affaire citée en référence a été rétribuée à concurrence de vingt et un mille francs », ainsi qu'une quittance datée du 21 janvier 2003 selon laquelle M. R_____ reconnaissait avoir reçu la somme de 50'000 fr. de la part de la compagnie au titre d'honoraires pour son intervention dans l'affaire Bois-de-la-Chapelle 91-95.

12. Dans un courrier du 1er mars 2006, M. R_____ a expliqué qu'il tentait d'intervenir comme courtier dans les affaires immobilières dont il avait connaissance grâce aux relations commerciales qu'il avait nouées durant les vingt années où il avait dirigé sa propre régie. Il n'avait toutefois jamais été rétribué pour son activité, faute d'avoir fixé à l'avance et par écrit les conditions pécuniaires de son intervention.

    M. R_____ a confirmé qu'il contestait avoir reçu les montants allégués par la compagnie. Il a de plus souligné que les pièces produites par celle-ci n'avaient pas valeur probante et étaient en contradiction avec les faits qu'elle avait développés dans son recours. Il a ainsi nié avoir reçu la somme mentionnée par la quittance du 21 janvier 2003, précisant par ailleurs que cette pièce concernait un bien immobilier sis à Onex et n'avait par conséquent aucun lien avec la transaction en cause. S'agissant de la lettre du 5 avril 2001, il a également fait valoir qu'elle faisait apparaître des montants sans aucun rapport avec ceux que la compagnie avait allégués dans son recours. M. R_____ a pour le surplus relevé que la compagnie n'avait pas donné suite au courrier qu'il lui avait adressé le 5 décembre 2005 dans le but d'obtenir des documents démontrant que la commission lui avait effectivement été versée. Enfin, il a mis en évidence le fait qu'il n'avait pas pu recevoir les 170'000 fr., puisqu'en 2001 il avait reçu une rente AVS de 1'912 fr. par mois complétée par une aide pour personnes âgées de 740 fr. et que ses cotisations d'assurance-maladie étaient intégralement prises en charge par l'Office cantonal des personnes âgées.

13. Invitée à se déterminer, la caisse a rappelé le 21 mars 2006 qu'il appartenait à l'employeur d'apporter la preuve du statut d'indépendant des personnes auxquelles il versait des commissions de courtage et pour lesquelles il ne devait pas retenir de cotisations AVS. En l'absence de cette preuve, l'employeur était tenu de retenir les cotisations sur tout salaire et devait également fournir les données nécessaires à la tenue des comptes individuels des salariés. Selon la caisse, la compagnie avait ainsi l'obligation de lui fournir précisément les coordonnées des personnes ayant bénéficié des commissions en cause et d'obtenir la preuve de la condition d'indépendant de ces personnes, afin de pouvoir être exemptée de l'obligation de retenir des cotisations.

14. Après avoir transmis cette écriture aux parties, le Tribunal de céans a gardé la cause à juger.

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'art. 56 V al. 1 let. a ch.1 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont 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 LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Le cas d'espèce reste cependant 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 130 V 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2; ATF 129 V 4 consid. 1.2; ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références).

En matière de procédure toutefois, les règles de la LPGA s'appliquent sans réserve dès le jour de leur entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b).

3. Déposé dans les forme et délai imposés par la loi, le présent recours est recevable, en vertu des art. 56ss LPGA.

4. Le litige porte, à titre liminaire, sur la question de la recevabilité de l'opposition de la compagnie.

5. Selon l'art. 52 al. 1 LPGA, les décisions peuvent être attaquées dans les trente jours par voie d'opposition auprès de la caisse qui les a rendues. Le délai commence à courir le lendemain de la communication et, en tant que délai légal, il ne peut pas être prolongé (art. 38 al. 1 et 40 al. 1 LPGA).

   Une décision ou une communication de procédure est considérée comme étant notifiée, non pas au moment où le justiciable en prend connaissance, mais le jour où elle est dûment communiquée. S'agissant d'un acte soumis à réception, la notification est réputée parfaite au moment où l'envoi entre dans la sphère de puissance de son destinataire. Dès lors point n'est besoin que celui-ci ait eu effectivement en mains le pli qui contenait la décision. Il suffit ainsi que la communication soit entrée dans sa sphère de puissance de manière qu'il puisse en prendre connaissance (ATF 122 III 319 consid. 4 et les références; GRISEL, Traité de droit administratif, p. 876 et la jurisprudence citée; KNAPP, Précis de droit administratif, 4ème éd., n° 704 p. 153; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2ème éd., no 341 p. 123).

   La preuve de la notification d'une décision administrative et de la date à laquelle cette notification a eu lieu incombe, en principe, à l'administration. En ce qui concerne plus particulièrement la notification d'une décision ou d'une communication adressée par courrier ordinaire, elle doit au moins être établie au degré de la vraisemblance prépondérante requis en matière d'assurance sociale (ATF 124 V 402 consid. 2b, 121 V 6 consid. 3b). L'autorité supporte les conséquences de l'absence de preuve (ou de vraisemblance prépondérante) en ce sens que si la notification ou sa date sont contestées et qu'il existe effectivement un doute à ce sujet, il y a lieu de se fonder sur les déclarations du destinataire de l'envoi. L'envoi sous pli simple ne permet en général pas d'établir que la communication est parvenue au destinataire.

   Selon la jurisprudence, l'absence de notification d'une décision administrative ne doit pas nuire à la personne qui a le droit de recourir. Le délai de recours ne commence à courir qu'au moment où elle a connaissance de cette décision. Elle ne peut cependant retarder ce moment selon son bon plaisir. En vertu du principe de la bonne foi, elle est tenue de se renseigner sur l'existence et le contenu de la décision dès qu'elle peut en soupçonner l'existence, à défaut de quoi elle risque de se voir

opposer l'irrecevabilité de son recours pour cause de tardiveté (SJ 2000 I p. 121 consid. 4 et les références).

En l'espèce, la décision de la caisse du 13 janvier 2005 a été notifiée à la compagnie par pli simple, de sorte que la date de notification et de réception de celle-ci ne peut être établie avec certitude. Dans la mesure où la caisse n'apporte aucune preuve quant à la date de la notification, il convient de se fonder sur celle indiquée par la compagnie. Cette dernière allègue que la décision ne lui a jamais été notifiée et qu'elle n'en a eu connaissance que lors de la réception d'un courrier que la caisse lui a adressé le 2 mars 2005. L'opposition étant intervenue le 18 mars 2005, c'est-à-dire dans les 30 jours suivant la connaissance effective de la décision, il y a lieu d'admettre que l'opposition a été déposée dans les forme et délai prescrits par la loi. Elle est par conséquent recevable. Le dossier devrait, partant, être renvoyé à la caisse afin qu'elle rende une nouvelle décision sur opposition. Il y a toutefois lieu de constater que, bien qu'ayant conclu à l'irrecevabilité de l'opposition pour cause de tardiveté, celle-ci s'est déjà clairement déterminée sur le fond. Par économie de procédure, il se justifie dès lors que le Tribunal de céans examine le fond du litige, puisque, selon la jurisprudence applicable par analogie au cas présent, il est permis au juge, exceptionnellement, de considérer que l'administration supplée à l'absence de décision au sens formel du terme, lorsque dans sa réponse au recours, elle exprime sans équivoque la volonté d'adopter la solution contre laquelle le recourant s'élève (ATFA GB du 27 octobre 1983).

6. Le litige au fond porte sur la question de savoir si des cotisations AVS-AI sont dues par la compagnie pour les commissions de courtage immobilier que celle-ci aurait versées à M. R_____ et à Mme D_____.

   Il convient ainsi à titre préalable de déterminer si des commissions de courtage immobilier ont réellement été remises à ces derniers.

7. 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).

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).

8. En l'espèce, la compagnie a affirmé avoir versé à Mme D_____ en 2001 une somme d'argent en relation avec l'achat d'un bien immobilier sis à Veyrier, sans qu'il n'y ait eu, à sa connaissance, de contrat signé.

   Mme D_____ ne s'est quant à elle pas déterminée. Il est dans ces circonstances justifié d'admettre qu'elle n'a pas satisfait à son obligation de collaborer. Elle a en effet systématiquement refusé les courriers qui lui ont été adressés par le Tribunal de céans, elle n'a pas saisi les occasions qui lui ont été données pour expliquer sa version des faits et elle ne s'est pas non plus présentée à l'audience de comparution personnelle. Mme D_____ doit par conséquent supporter les conséquences de l'absence de preuves, conformément à la jurisprudence, puisque le Tribunal de céans n'est pas en mesure de les rechercher lui-même et que le principe inquisitoire a de ce fait atteint ses limites. Il convient dès lors d'admettre, au degré de vraisemblance prépondérante requis, que Mme D_____ a effectivement touché une commission de courtage immobilier de la part de la compagnie en 2001, ainsi que cette dernière l'a affirmé.

9. S'agissant de M. R_____, la compagnie a confirmé que sa commission de courtage immobilier ne lui avait pas été versée par le bureau d'architectes ARGECIL, comme cela avait été convenu. Elle a toutefois affirmé qu'elle s'en était elle-même acquittée lorsque M. R_____ la lui avait réclamée. Pour confirmer ses allégations, elle a produit une lettre concernant « Les Chênes d'or A. B. C. D. », situés à Collonge-Bellerive, qui lui avait été adressée le 5 avril 2001 et dans laquelle M. R_____ reconnaissait avoir été rétribué à concurrence de vingt et un mille francs pour son intervention. La compagnie a à cet égard précisé que la somme de 170'000 fr. ne concernait pas uniquement Collonge-Bellerive, mais

également d'autres opérations. Ce fait était selon elle confirmé par la quittance datée du 21 janvier 2003 portant sur une somme de 50'000 fr. qui avait été remise à M. R_____ au titre d'honoraires pour son intervention dans une affaire concernant des biens immobiliers sis à Onex.

M. R_____ a quant à lui catégoriquement contesté les allégations de la compagnie, puisqu'il a affirmé n'avoir touché aucune commission de sa part en 2001 en rapport avec une transaction sur un bien immobilier sis à Collonge-Bellerive, bien qu'il ait reconnu avoir informé la compagnie d'une possibilité de contracter à cet égard. Il a estimé que les pièces produites par celle-ci n'avaient pas valeur probante ; elles étaient même selon lui en contradiction avec les faits que la compagnie avait développés dans son recours. Il a ainsi relevé que la quittance du 21 janvier 2003 concernait un bien immobilier qui n'avait aucun lien avec la transaction en cause, puisqu'il était sis à Onex. Selon lui, les montants figurant dans la lettre du 5 avril 2001 n'avaient également aucun rapport avec ceux que la compagnie avait allégués. M. R_____ a pour le surplus mis en évidence le fait qu'il n'avait pas pu recevoir les 170'000 fr. en 2001, puisqu'il était alors au bénéfice d'une rente AVS et d'une aide pour personnes âgées.

Les éléments recueillis en cours de procédure ne permettent pas de déterminer si M. R_____ a reçu ou non une commission de courtage immobilier. En effet, les pièces produites par la compagnie ne sont pas assez précises pour admettre qu'une commission d'un montant de 170'000 fr. a effectivement été versée à M. R_____, puisque la quittance du 21 janvier 2003 porte sur une somme de 50'000 fr. et que la lettre du 5 avril 2001 concerne une affaire étrangère à celle que la compagnie avait mentionnée dans son recours. A elles seules, les deux pièces produites par la compagnie ne sont donc pas suffisantes pour établir au degré de vraisemblance prépondérante exigé par la jurisprudence que M. R_____ a réellement perçu une commission. Le rapport de contrôle de la caisse ne permet pas non plus d'établir que celui-ci a effectivement reçu 170'000 fr. de la part de la compagnie, puisque les réviseurs se sont fondés sur le bilan, le grand-livre et les décomptes salaires de la compagnie, c'est-à-dire des documents qu'elle a elle-même établis sur la base de ses propres pièces. La compagnie n'a pour le surplus pas été en mesure de produire d'éléments probatoires supplémentaires permettant d'étayer ses allégations. Il convient à cet égard de relever que la compagnie n'a pas donné suite au courrier que M. R_____ lui avait adressé dans le but d'obtenir des documents démontrant que la commission lui avait effectivement été versée. S'agissant des déclarations de M. R_____ relatives à l'inexistence du versement de la commission, elles sont pour le moins sujettes à caution. En effet, la lettre du 5 avril 2001 qu'il a lui-même signée contredit ses allégations, puisqu'elle tend à confirmer qu'il a été rétribué à concurrence de vingt et un mille francs pour son intervention dans l'acquisition des immeubles sis à Collonge-Bellerive par la compagnie.

La question de savoir si une commission de courtage a réellement été remise à M. R_____ peut toutefois rester ouverte, au regard de ce qui suit.

10. Le bien-fondé de la décision de cotisations paritaires AVS-AI notifiée à la compagnie dépend de la question de savoir si les commissions de courtage immobilier qui ont été versées par la compagnie constituent une rémunération pour une activité salariée ou indépendante.

11. 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).

    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.

    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). Le risque particulier de l'entrepreneur 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).

    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).

Investissements d'une certaine importance, utilisation de ses propres locaux de travail et rétribution de son propre personnel sont les caractéristiques d'une activité indépendante (VSI 1997 p. 107 consid. 2b; ATF 119 V 163 consid. 3b = VSI 1993 p. 226). Le risque spécifique assumé par 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).

En revanche, 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).

12. En l'espèce, la caisse estime que M. R_____ et Mme D_____ sont des voyageurs de commerce, ou qu'ils exercent une profession analogue, tandis que ceux-ci, de même que la compagnie, considèrent qu'ils sont liés par un contrat de courtage.

    Selon l'art. 412 al. 1 CO, le courtage est un contrat par lequel le courtier est chargé, moyennant un salaire, soit d'indiquer à l'autre partie l'occasion de conclure une convention, soit de lui servir d'intermédiaire pour la négociation d'un contrat. L'agent quant à lui est celui qui prend à titre permanent l'engagement de négocier la conclusion d'affaires pour un ou plusieurs mandants ou d'en conclure en leur nom et pour leur compte, sans être lié envers eux par un contrat de travail (art. 418a

CO). La différence entre les deux types de contrats réside dans le fait que le contrat de courtage n'implique pas, à la différence du contrat d'agence, une activité répétitive ou professionnelle (ATF 118 IV 403). De plus, s'agissant du contrat d'agence, le TFA estime que l'existence d'une activité indépendante ne peut être admise que si l'agent dirige une entreprise ayant ses propres locaux et son propre personnel et supporte ainsi un réel risque d'entrepreneur (RCC 1988 p. 398). Selon la jurisprudence, le courtage au sens de l'art. 412 s. CO est au contraire considéré en principe comme une activité indépendante, dans la mesure où le courtier supporte le risque encouru par un entrepreneur, dès lors que les frais ne lui sont pas remboursés et qu'il n'a droit à la rémunération convenue que si ses démarches ont abouti à la conclusion du contrat (RCC 1988 p. 314 s.).

En l'occurrence, M. R_____ et Mme D_____ n'ont fait qu'informer la compagnie d'une possibilité de contracter concernant un immeuble sis à Collonge-Bellerive, respectivement à Veyrier. Leur activité, qui consistait à s'entremettre en vue de l'achat d'un bien immobilier, n'avait à l'évidence pas le caractère répétitif ou professionnel du travail d'agent. Il n'existait de plus aucun lien de subordination entre la compagnie et eux, s'agissant d'un courtage tout à fait ponctuel. Il convient également d'admettre que M. R_____ et Mme D_____ supportaient le risque encouru par un entrepreneur, du fait qu'ils n'auraient pas eu droit à la commission qui avait été convenue si leurs démarches n'avaient pas abouti à la conclusion du contrat par la compagnie. M. R_____ et Mme D_____ ont ainsi agi en qualité de courtiers au sens de l'art. 412 CO. Dès lors, conformément à la jurisprudence y relative, il y a lieu de considérer qu'ils ont exercé une activité indépendante.

La compagnie ne saurait dans ces circonstances être responsable du paiement des cotisations sociales calculées sur la base des commissions versées à M. R_____ et à Mme D_____.

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.

3. Annule les décisions des 13 janvier 2005 et 4 avril 2005.

4. Condamne l'intimée à verser à la recourante la somme de 1'200 fr., à titre de participation à ses frais et dépens.

5. Dit que la procédure est gratuite.

6. 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
Marie-Louise QUELOZ	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