REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3735/2006 **ATAS/1100/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 11 octobre 2007

En la cause

P_____ SA, MEYRIN	recourante
contre	
LA CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, sise route de Chêne 54, GENEVE	intimée
et	
Monsieur Yves P1_____, sans domicile ni résidence connus	appelé en cause

Siégeant : Karine STECK, Présidente, Christine KOEPPEL et Olivier LEVY, Juges assesseurs

EN FAIT

1. La société P_____ SA (ci-après: la société) - dont le but social est l'affermage de publicité dans tous types de produits ou supports publicitaires, l'acquisition de sponsors pour manifestations sportives ou culturelles, ou à titre individuel, la promotion et la commercialisation de produits s'y rapportant, notamment des catalogues - est affiliée à la CAISSE GENEVOISE DE COMPENSATION (ci-après : la caisse).

2. Le 2 mai 2006, la caisse a procédé à un contrôle portant sur la période du 1er janvier 2003 au 31 décembre 2004 et en a conclu que la société avait omis de déclarer la rémunération versée en 2003 à Monsieur P1_____, laquelle s'était élevée à 17'933 fr. 25.

3. Par décisions des 4 et 8 mai 2006, la caisse a calculé les montants dus de ce fait par la société à titre de cotisations AVS/AI/APG/AC (2572 fr. 60), de contributions d'allocations familiales (340 fr. 60) et d'assurance-maternité (53 fr. 80).

4. Par courrier du 11 mai 2006, la société s'est opposée à ces décisions. Elle a contesté la reprise de salaire concernant Monsieur P1_____, alléguant qu'il avait été fait appel à cette personne de manière ponctuelle. Elle a ajouté que l'intéressé lui avait facturé ses services et qu'il ne pouvait donc être considéré comme salarié. La société a expliqué que si l'intéressé avait été salarié, elle l'aurait engagé sur une plus longue durée, lui aurait mis à disposition un bureau et aurait versé les charges usuelles. Enfin, elle a indiqué que c'était par erreur que le montant des factures versé à l'intéressé avait été inscrit au poste «salaire» de son bilan 2003 puisqu'il correspondait au poste «sous-traitant» ou «fournisseur».

5. Par décision sur opposition du 15 septembre 2006, la caisse a confirmé ses décomptes des 4 et 8 mai 2006. Elle a rappelé qu'il appartient à l'employeur de vérifier que son mandataire a bien le statut d'indépendant de son mandataire, faute de quoi il encourt le risque de payer des cotisations sur les rétributions versées. Elle a souligné que les montants versés dans le cadre d'un contrat de mandat, d'entreprise, d'agence ou d'un autre contrat, à une personne non affiliée en tant qu'indépendante sont considérés comme salaire déterminant et que l'employeur a l'obligation de payer les cotisations y relatives. La caisse a relevé que les circonstances exactes de l'activité exercée par Monsieur P1_____ n'étaient pas connues mais qu'il ressortait de la recherche effectuée auprès du registre central qu'aucune caisse de compensation n'avait reconnu le statut d'indépendant à l'intéressé. Le revenu versé à ce dernier en 2003 par la société n'avait ainsi jamais été déclaré et il appartenait à la société de s'acquitter des charges sociales.

6. Par acte du 10 octobre 2006, la société a interjeté recours contre ladite décision. Elle explique avoir utilisé les services de Monsieur P1_____ à titre de

"renfort". Elle souligne que l'intéressé lui a adressé des factures, comme tout autre fournisseur.

7. Dans sa réponse du 14 novembre 2006, l'intimée conclut au rejet du recours.

8. Le 16 janvier 2007, le Tribunal de céans a ordonné des enquêtes et une comparution des parties a eu lieu le 1er février 2007. Monsieur P1_____ a également été invité à se présenter devant le Tribunal de céans par pli recommandé, lequel n'a pas été réclamé auprès de l'office postal. Il ne s'est pas présenté à l'audience.

   Monsieur G_____, directeur de la société recourante, a expliqué que cette dernière a pour activités la production d'émissions de télévision, le sponsoring de certains événements, à la demande des organisateurs de ceux-ci et l'édition.

   Il a souligné avoir reçu de Monsieur P1_____ une facture avec une raison sociale et en avoir naturellement conclu qu'il s'agissait d'une entreprise; il ne s'est dès lors pas même posé la question de savoir s'il était indépendant ou non.

   Monsieur G_____ a expliqué que Monsieur P1_____ et son entreprise étaient intervenus pour la commercialisation d'espaces publicitaires dans certaines des éditions dont la société s'occupe. Il a touché des honoraires sous forme de commissions.

   Monsieur G_____ a produit deux factures établies par Monsieur P1_____ en dates des 12 mars et 24 juillet 2003, portant l'en-tête de "D_____". De la première, il ressort que la commission s'est élevée à 20% du chiffre d'affaires (51'500 fr.), soit 10'300 fr. et qu'ont été facturés au surplus des frais téléphoniques et de déplacement à hauteur de 600 fr. et des frais de restauration pour 133 fr. 25. De la seconde, il ressort que la commission, du même pourcentage que sur la première facture, s'est élevée à 6'300 fr. pour un chiffre d'affaires de 31'500 fr. S'y sont ajoutés 600 fr. de frais téléphoniques et de déplacement.

   Monsieur G_____ y voit la preuve que Monsieur P1_____ a donc bien été rémunéré en fonction de son résultat. Dans le cadre de l'exécution de sa mission, il a soumis un listing de clients à la société, qui n'est intervenue que pour en écarter quelques-uns. Monsieur P1_____ avait pour seule directive de contacter les clients qu'il avait choisis dont il avait soumis la liste à la société. Aucun contrat écrit n'a été passé.

   Lors de cette audience, le représentant de l'intimée a expliqué se poser de nombreuses questions et craindre que les relations de travail se soient mal passées entre la recourante et l'intéressé de sorte que la première pourrait ne plus vouloir assumer les cotisations.

Au terme de l'audience, le Tribunal de céans a décidé de convoquer une nouvelle fois l'intéressé pour préciser les faits.

9. Une audience d'enquêtes a eu lieu le 22 février 2007. Monsieur P1_____, une nouvelle fois convoqué par pli recommandé, n'a pas réclamé ce dernier auprès de l'office postal et ne s'est pas présenté. L'intimée a expliqué au Tribunal de céans qu'elle avait effectué une recherche dans le fichier central des caisses de compensation pour la période considérée et que l'intéressé n'était pas affilié en qualité d'indépendant.

10. Par pli du 31 mai 2007, le Tribunal de céans a requis de l'épouse de Monsieur P1_____ qu'elle lui communique les coordonnées de ce dernier.

11. L'épouse de l'intéressé n'ayant pas donné suite, le Tribunal de céans l'a convoquée par courrier recommandé du 27 juillet 2007, pli qui lui a été retourné avec la mention "destinataire introuvable à l'adresse indiquée".

12. Par ordonnance du 20 août 2007 publiée dans la Feuille d'Avis Officielle de la République et Canton de Genève, le Tribunal de céans a formellement appelé en cause Monsieur P1_____ et lui a accordé un délai au 21 septembre 2007 pour prendre position.

13. Ce délai s'est écoulé sans que l'appelé en cause se manifeste.

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

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 1 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (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 du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (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) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Elle est applicable en l'espèce, dès lors que les faits juridiquement déterminants se sont déroulés postérieurement à son entrée en vigueur (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). Les modifications légales contenues dans la LPGA constituent, en règle générale, une version formalisée dans la loi, de la

jurisprudence relative aux notions correspondantes avant l'entrée en vigueur de la LPGA; il n'en découle aucune modification du point de vue de leur contenu, de sorte que la jurisprudence développée à leur propos peut être reprise et appliquée (ATF 130 V 345 consid. 3).

3. Interjeté dans les forme et délai légaux, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA).

4. Le litige porte sur le statut revêtu par l'appelé en cause - indépendant ou salarié - dans l'activité exercée pour le compte de la recourante durant l'année 2003 et, partant, sur la qualification des rémunérations qui lui ont été versées.

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). Cette disposition renvoie aux lois spéciales et n'a aucun effet sur ces dernières. En effet, elle ne prévoit ni une annulation de ces dernières, ni n'introduit d'éventuelles dérogations dans les lois spéciales (ATFA non publié du 10 avril 2006, H 2/06, consid. 6).

   Est considéré comme exerçant une activité lucrative indépendante celui dont le revenu ne provient pas de l'exercice d'une activité en tant que salarié. Une personne exerçant une activité lucrative indépendante peut simultanément avoir la qualité de salarié si elle reçoit un salaire correspondant (art. 12 LPGA).

   Chez une personne qui exerce une activité lucrative, l'obligation 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 ss RAVS). D'après 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).

6. 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. Est réputé salarié, d'une manière générale, celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise, et ne supporte pas le risque économique couru par l'entrepreneur. Ces principes ne conduisent cependant pas à eux seuls à des solutions uniformes, applicables schématiquement. Les manifestations de la vie économique revêtent en effet 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. Souvent, on

trouvera des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activité; pour trancher la question, on se demandera quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (ATF 123 V 162 consid. 1, 122 V 171 consid. 3a, 283 consid. 2a, 119 V 161 consid. 2 et les arrêts cités).

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).

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).

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 (GREBER/DUC/SCARTAZZINI, Commentaire des art. 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, 1966, n° 111 ad art. 5 LAVS, p. 181 ; ATFA non publié du 14 novembre 2002, H 188/02 consid. 5.2).

7. 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).

8. En ce qui concerne la preuve, le juge des assurances sociales 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 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).

9. La recourante est d'avis que l'activité déployée par l'appelé en cause doit être qualifiée d'indépendante, dans la mesure où elle a fait appel à lui et à son entreprise de manière ponctuelle et où les honoraires facturés ont établis sur le papier à lettres avec en-tête de l'entreprise. Pour sa part, l'intimée considère que la rémunération qui a été versée à l'appelé en cause doit être considérée comme un salaire, dès lors que ce dernier n'est pas affilié auprès d'une caisse de compensation en tant qu'indépendant.

   Quand bien même les circonstances exactes de l'activité exercée par l'appelé en cause n'ont pas pu être établies de manière claire et irréfutable, vu le défaut de l'intéressé, le Tribunal de céans est d'avis que plusieurs indices présents au dossier conduisent à retenir l'existence d'une activité indépendante.

   La recourante a expliqué au Tribunal de céans que la mission exécutée par l'appelé en cause était la commercialisation d'espaces publicitaires auprès de clients choisis par lui, que l'intéressé a soumis à la recourante une liste de clients et la recourante en a écarté quelques-uns. La recourante a affirmé que la rémunération de l'intéressé s'était faite en fonction de son résultat.

   Il résulte des pièces versées à la procédure que l'appelé en cause a, en date des 12 mars et 24 juillet 2003, établi à l'attention de la recourante deux factures portant respectivement les numéros 0012 et 0016, sur un papier à lettres à l'en-tête de la raison de commerce "D_____" suivie de la mention " P1_____, X_____ t, Chancy". Ces deux factures font état de chiffres d'affaires obtenus auprès de diverses entités pour les éditions été et hiver 2003 de "L'horaire général de Genève". La rétribution correspond à une commission de 20% sur le chiffre d'affaires, à laquelle s'ajoute un forfait de 600 fr. pour les frais téléphoniques et les déplacements ainsi que le remboursement des frais de restauration.

L'adresse mentionnée sur les factures correspond à l'adresse privée de l'appelé en cause pour la période du 1er décembre 1989 au 1er novembre 2004 (fichier informatique de l'Office cantonal de la population). La raison de commerce n'a fait l'objet d'aucune inscription au registre du commerce.

Au vu du type d'activité que l'appelé en cause devait effectuer - les explications fournies par la recourante à cet égard étant corroborées par la teneur des deux factures -, il est fort vraisemblable qu'il n'existait aucun lien de subordination entre l'appelé en cause et la recourante : ce dernier semble en effet avoir exercé son activité en jouissant d'une liberté totale, tant dans son emploi du temps que dans l'organisation de son travail. Il a utilisé ses propres locaux et ses propres instruments de travail. A cela s'ajoute qu'il n'a été payé qu'en fonction du résultat, à savoir une commission versée qu'en cas de conclusion d'un contrat avec le client contacté, ce qui met en lumière le caractère aléatoire de son activité, et le fait qu'il supportait effectivement un risque économique. Aux termes des factures établies par l'appelé en cause, ce dernier ne se considérait en outre pas dans un lien de dépendance pour l'activité exécutée pour la recourante. D'ailleurs, il s'était annoncé auprès de l'Office cantonal de la population comme exerçant l'activité de publicitaire à titre indépendant (pièce 1 intimée).

On ne sait, certes, si l'appelé en cause a exercé son activité seul, s'il occupait du personnel, et s'il a opéré des investissements d'une certaine importance. En outre, il appert qu'il n'avait pas à assumer les frais occasionnés par l'exercice de son activité (téléphone, déplacements et repas). Cependant, vu la nature de l'activité effectuée, 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 (cf. supra consid. 5 in fine). A cet égard, il convient de relever que les factures adressées à la recourante portent les numéros 0012 et 0016. Il est par conséquent vraisemblable que l'appelé en cause a conclu parallèlement des affaires avec d'autres partenaires, ce qui constitue un indice supplémentaire de l'indépendance qu'il avait dans son activité.

L'argument de l'intimée selon lequel l'activité exécutée devrait être qualifiée de dépendante au motif que l'intéressé n'a été, pour la période considérée, affilié à aucune caisse en tant qu'indépendant doit être écarté. En effet, lorsqu'il s'agit de qualifier un revenu touché dans un certain laps de temps par une personne exerçant une activité lucrative, seules sont déterminantes les circonstances économiques du cas d'espèce. Le fait que la personne concernée ne soit pas affiliée à une caisse de compensation au moment des faits litigieux, ou bien encore les conséquences éventuelles que pourrait entraîner l'une ou l'autre qualification sur la perception des cotisations, ne constituent pas des circonstances de nature économique permettant de distinguer entre revenu provenant d'une activité indépendante ou revenu provenant d'une activité dépendante (ATFA non publié du 14 février 2007, H 19/2006). Or, ainsi que cela ressort des considérations précédentes, au vu de

l'ensemble des circonstances économiques du cas d'espèce, il y a lieu de considérer que l'activité exercée par l'appelé en cause en 2003 pour la recourante était de nature indépendante.

10. Compte tenu de ce qui précède, la recourante ne saurait être responsable du paiement des cotisations sociales calculées sur la base des commissions versées à l'appelé en cause en 2003. Par conséquent, le recours sera admis.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.

3. Annule les décisions de la Caisse cantonale genevoise de compensation des 4 et 8 mai 2006 et 15 septembre 2006.

4. Dit que la procédure est gratuite.

5. 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 :

Janine BOFFI | Karine STECK

La secrétaire-juriste : Amélia PASTOR

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