RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3796/2005 **ATAS/774/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 14 septembre 2006

En la cause

GOLD COIN JOAILLERS SA, quai du Mont-Blanc 19, 1201 GENEVE	recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION; route de Chêne 54, case postale, 1211 GENEVE 6	intimée

Siégeant : Karine STECK, Présidente,
Isabelle DUBOIS et Doris WANGELER, Juges

EN FAIT

1. La société X_____SA, dont le but social est le commerce et la représentation d'articles de luxe, est affiliée à la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la caisse).

2. Le 28 janvier 2005, cette dernière a procédé à un contrôle portant sur la période du 1er janvier 2001 au 31 décembre 2003 et en a conclu que la société avait omis de déclarer divers salaires pour ces années-là. De même, des cotisations avaient été payées à tort pour cette période.

3. Par décisions du 1er février 2005, la caisse a établi trois décomptes complémentaires se rapportant à ce contrôle sur lesquels apparaissaient des soldes en faveur de la société de 35'701 fr. 35, 2'501 fr. 05 et 545 fr. 05 relatifs aux cotisations AVS-AI-APG-AC, aux contributions aux allocations familiales et respectivement aux cotisations à l'assurance maternité.

4. Par courrier du 11 février 2005, la société s'est partiellement opposée à ces décisions. Elle a contesté une reprise de cotisations concernant Madame M_____, d'un montant de 76'960 fr., pour la période 2003, en arguant du fait que cette personne n'avait fait que servir d'intermédiaire entre la société et un client, Monsieur B_____, domicilié en Russie.

5. Par courrier du 30 juin 2005, la caisse a invité la société à lui fournir les pièces justifiant ses allégations.

6. Sans réponse de la part de la société, la caisse, par décision sur opposition du 5 octobre 2005, a confirmé ses décomptes du 1er février 2005. Elle a rappelé que les employeurs étaient tenus de retenir les cotisations de l'employé sur tout salaire, c'est-à-dire sur toute rémunération pour un travail dépendant, y compris les commissions versées. Elle a relevé que, selon la comptabilité de la société, cette dernière avait versé des commissions sur vente à Madame M_____ pour la somme de 76'960 fr. (compte 30400 : commission sur vente et récépissé de la Banque cantonale genevoise) et que la société n'avait pas apporté la preuve du contraire.

7. Par courrier du 25 octobre 2005, la société a interjeté recours contre cette décision. A l'appui de ses dires, elle a produit un courrier signé de Monsieur B_____ et établi le 11 octobre 2005, dans lequel ce dernier confirme qu'il a bien reçu la somme de 76'960 fr. de la société par le biais de Madame M_____ qui lui a amené l'argent en espèces. Par ailleurs, Monsieur B_____ indique qu'il n'y a jamais eu aucun papier signé.

8. Invitée à se prononcer, la caisse, dans sa réponse du 28 novembre 2005, a conclu au rejet du recours. Elle s'étonne de la tardiveté dont a fait preuve la société pour produire la pièce signée de Monsieur B_____ et rappelle que son courrier du 30 juin 2005 est resté sans réponse jusqu'au dépôt du recours. Par ailleurs, elle juge le procédé par lequel l'argent a été transmis à Monsieur B_____ très confus. Elle rappelle qu'il ressort des pièces du dossier que la société a enregistré des "commissions sur ventes Habib à N. Y_____pour M_____" pour un montant de 76'960 fr., que, selon un récépissé de la Banque cantonale de Genève la somme de 50'000 € (soit l'équivalent des 76'960 fr.) a été remise à Madame E_____ qui par la suite l'aurait donnée à Madame M_____ selon inscription sur ce document. La caisse allègue que ce transit met en scène toute une série de personnes et fait apparaître sur les comptes de la société un libellé plutôt étrange. Elle se demande dès lors si la Banque cantonale de Genève aurait remis l'argent à Madame E_____ qui l'aurait transmis à Madame M_____ qui elle-même aurait servi d'intermédiaire entre Monsieur B_____ et la société. Finalement, elle fait remarquer que cette somme a été enregistrée sur le compte de la société avec le libellé suivant : "commissions sur ventes Habib à N. Y_____" et se demande dès lors pourquoi cette somme n'a pas été versée directement sur un compte de Monsieur B_____. Quoi qu'il en soit, la caisse fait remarquer que même si l'on admet que ces commissions ont été versées à Monsieur B_____, cela ne signifie pas encore que ce montant ne doit pas être soumis à cotisations.

9. Dans sa réplique du 7 décembre 2005, la société a apporté les précisions suivantes : la comptabilité 2003 a été tenue par une fiduciaire, ce qui a provoqué des manquements, des erreurs et souvent des libellés peu compréhensibles. La société reconnaît que le libellé "commissions sur ventes Habib à N. Y_____pour M_____" peut paraître obscur, d'autant plus que la BCGe a remis l'argent à Madame Sophie E_____. Elle explique que cette dernière est comptable indépendante et qu'elle a travaillé pour la société une partie de l'année 2003, à raison de deux jours par semaine. Madame Y_____était la directrice de la boutique jusqu'en janvier 2005. Monsieur H_____ était l'un des fournisseurs en bijoux. Dès lors, le libellé doit se comprendre ainsi : "suite à une grosse vente de marchandises achetées à H_____, Madame E_____ est allée retirer à la BCG 50'000 EUROS et a remis ce montant à la directrice, Madame Y_____, laquelle a remis cette somme à Madame M_____ pour la transmettre à Monsieur B_____ à Moscou". La société relève encore que le compte 30400 montre qu'un montant de 11'000 EUROS a également été payé à Monsieur B_____, que ce dernier habite à Moscou et ne vient que rarement à Genève, raison pour laquelle l'argent est remis à une personne à Genève qui le lui transmet plus tard à Moscou. La société estime que cette opération est transparente sur le plan comptable et affirme avoir procédé ainsi à plusieurs reprises durant les

vingt dernières années. Elle allègue que toutes les explications ont été données en temps utile à Monsieur P_____, lequel avait effectué le contrôle AVS.

10. Dans sa duplique du 9 janvier 2006, la caisse s'est déclarée perplexe quant à la transparence comptable de l'écriture incriminée et au procédé utilisé par la société pour remettre la somme de 76'960 fr. à Monsieur B_____. Par ailleurs, elle a fait remarquer que, selon les comptes, un montant avait certes été transmis à un certain Monsieur B_____, lequel se prénommait *Oleg* et non Alexei. Dès lors, elle a persisté dans ses conclusions.

11. Une audience de comparution personnelle s'est tenue en date du 9 février 2006. A cette occasion, Monsieur R_____, représentant la société, s'est étonné du fait que le collaborateur de la caisse, Monsieur P_____, qui avait déjà procédé à plusieurs contrôles, n'ait repris que le montant de 50'000 EUROS. Il a affirmé que la société avait déjà employé le même procédé précédemment. Il a allégué que, dans le domaine de la bijouterie, sur la place de Genève, les paiements se font habituellement en "cash". Selon lui, il était logique que Madame E_____, comptable, soit allée retirer l'argent à la banque pour le remettre à Madame Y_____, directrice du magasin. Cette dernière l'a ensuite remis à Madame M_____, une amie de Monsieur B_____.

    Quant à l'intimée, elle a expliqué que la reprise de cotisations se justifiait, vu le reçu de la BCG sur lequel a été rédigée de manière manuscrite la mention suivante "Pour Marina M_____, donner à NB le 28.08.03" (pce 10 caisse), NB étant Madame Y_____. Il ne ressortait ainsi pas de ce document que la somme ait été transmise plus loin.

12. Entendue lors d'une audience d'enquêtes le 30 mars 2006, Madame Y_____a déclaré avoir été "manager" de la boutique de juillet 2002 à fin 2004.

    Elle a expliqué que le reçu de la BCGe signifiait que Madame E_____, qui était alors comptable, lui avait remis la somme de 50'000 EUROS, qu'elle devait remettre à son tour cette somme à Madame M_____ qui, pour autant qu'elle le sache, devait la transmettre à des connaissances à Moscou, lesquelles étaient à l'origine de la vente. Elle n'a pu cependant donner l'identité de ces personnes. Madame Y_____a indiqué que cette manière de faire n'était pas fréquente mais que cela se produisait de temps à autre car, dans le domaine de la bijouterie, on était parfois obligé de verser des commissions, souvent en espèces. Selon elle, ce genre de pratique était très fréquente il y a une vingtaine d'années et reste d'actualité s'agissant de transactions à l'étranger ou de demandes spéciales, par exemple. S'agissant du cas particulier, Madame Y_____ a dit ne pas se souvenir des détails de la vente. A son souvenir, Monsieur B_____ venait à la boutique avec des Russes à qui il servait d'accompagnateur. Elle n'a cependant pas le souvenir de l'avoir vu durant les deux dernières années où elle a travaillé pour la

société. Enfin, elle a indiqué ne connaître qu'une seule personne du nom de B_____ et répété qu'elle n'avait fait que suivre les ordres, c'est-à-dire transmettre l'argent afin qu'il soit ensuite transféré plus loin.

13. Entendue à son tour le 8 juin 2006, Madame M_____ a confirmé avoir, à quelques reprises, transféré pour Monsieur A_____ de l'argent en Russie. Elle a précisé ne l'avoir plus revu depuis longtemps mais se souvenir avoir effectivement transféré de l'argent à Monsieur B_____. Elle a fait remarquer que ce nom était très courant en Russie mais qu'elle n'avait eu affaire qu'à une seule personne portant ce patronyme pour Monsieur A_____. Elle a allégué avoir de nombreux contacts en Russie, où elle se rend souvent. Elle a précisé ne pas voyager "avec une mallette remplie d'argent" et a expliqué qu'elle demandait plutôt à ses propres clients russes, qui souhaitent la payer "cash", de verser l'argent qu'ils lui devaient directement à la personne à qui elle devait transmettre une somme; d'autres fois, elle amenait l'argent ou le faisait amener en petites quantités, par le biais d'amis ou de membres de la famille.

14. Les parties restant sur leur position, la cause a été gardée 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.

2. 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 des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), 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 donc établie.

3. Le litige porte sur la question de savoir si c'est à juste titre que l'intimée a prélevé des cotisations sur le montant de 76'960 fr. dont la recourante affirme qu'il a été versé à Monsieur B_____.

4. Ainsi que le rappelle l'intimée, sont notamment assurées de manière obligatoire à l'assurance-vieillesse et survivants les personnes domiciliées en Suisse ou qui y exercent une activité lucrative (art. 1a al. 1 let. a et b LAVS). Les employeurs sont

tenus de retenir les cotisations de l'employé sur tout salaire au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, c'est-à-dire sur toute rémunération pour un travail dépendant, ce qui comprend les commissions. En effet, la rémunération peut être fixée en fonction du temps ou d'après le résultat du travail (ch. 1008 de la directive de l'office fédéral des assurances sociales sur le salaire déterminant).

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). 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).

6. En l'espèce, le compte 30400 de la société comporte en date du 28 août 2003, une écriture indiquant : "commission s/vtes Habib à N. Ben Youssef pour M_____" à hauteur de 76'960 fr. soit 50'000 EUROS. Quant au récépissé de la BCGe, il porte la mention manuscrite suivante : "Pour M_____. Donner à N.B. le 28 août 2003".

   Cependant, la recourante a produit un document signé de Monsieur B_____, domicilié à Moscou, daté du 11 octobre 2005, dans lequel ce dernier confirme avoir reçu la somme de 76'960 fr. de la société à titre de commission pour ses services. Il a également indiqué que c'était Madame M_____ qui s'était chargée de lui transférer l'argent car il ne pouvait se déplacer à Genève (pce 18 caisse).

   Cette version des faits, même si elle paraît compliquée à l'intimée, est néanmoins compatible avec les inscriptions figurant dans les comptes et sur le récépissé de la banque. Elle a qui plus est été confirmée par les différents témoins entendus au cours des enquêtes, notamment la comptable de la boutique et la personne qui s'est chargée du transfert de l'argent à Monsieur B_____.

   Dans ces circonstances, le Tribunal de céans n'a pas d'éléments lui permettant de douter du fait que le montant de 76'960 fr. a effectivement été versé à titre de commission à Monsieur B_____, lequel n'est pas soumis à l'AVS puisque domicilié à Moscou et n'exerçant pas non plus d'activité lucrative en Suisse. Est en effet réputée obtenir un revenu du travail en Suisse toute personne exerçant sur sol helvétique soit une activité salariée, soit une activité indépendante comme titulaire d'une raison individuelle ou associé d'une société de personnes (cf. ch. 1036 de la circulaire de l'Office fédéral des assurances sociales sur l'assujettissement aux

assurances AVS et AI; DAA), ce qui n'est manifestement pas le cas de Monsieur B_____.

Eu égard aux considérations qui précèdent, c'est donc à tort que l'intimée a repris des cotisations sur le montant de 76'960 versé en août 2003 à Monsieur B_____. Le recours est donc admis, le décompte rectificatif concernant l'année 2003 annulé et le dossier renvoyé à la caisse pour nouveau décompte dans le sens des considérants.

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 le décompte du 1er février 2005 et la décision du 5 octobre 2005.

4. Renvoie la cause à la caisse pour nouveau décompte au sens des considérants.

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
Janine BOFFI	Karine STECK

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