REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/615/2007 **ATAS/578/2007**

ORDONNANCE

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 6

du 29 mai 2007

En la cause

CFPI-CENTRE POUR LA FORMATION DES PROFESSIONNELS D'INVESTISSEMENTS SA, sis Feldstrasse 80, BULACH, représenté par X_____ SA Legal	recourante
contre	
FER CIAM 106.1, sise rue de St-Jean 98, GENEVE	intimé
et	
Monsieur D_____, , RUEDLINGEN	appelé en cause

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente.

EN FAIT

1. Par décision du 15 décembre 2006, la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des Entreprises Romandes FER CIAM 106.1 (ci-après: la caisse) a réclamé à la société CFPI - Centre pour la formation des professionnels d'investissements SA (ci-après: la société ou CFPI SA), qui a son siège à Genève, un montant total de 68'194 fr. 20, au titre de cotisations non payées AVS/AI/APG/AC pour la période de 2001 à 2005. Selon la caisse, les compléments de salaire versés à Monsieur D_____, directeur de la société, pendant la période considérée représentaient des revenus de l'activité dépendante.

2. Dans son opposition en date du 18 décembre 2006, CFPI SA a en substance fait valoir que M. D_____ déclarait une partie de ses revenus en tant qu'indépendant, le contrat de travail le liant à la société étant à temps partiel et ne concernant qu'une activité de 120 heures par mois.

3. Par décision sur opposition du 17 janvier 2007, la caisse a confirmé la décision du 15 décembre 2006. Elle a exposé que M. D_____ était certes inscrit auprès de la caisse de compensation de Schaffhouse en tant qu'indépendant et qu'il facturait à ce titre à CFPI SA les heures et les travaux supplémentaires effectués pour la société. Toutefois, dans les faits, il s'agissait d'activités exercées, en sus de l'horaire contractuel, dans le cadre du travail de directeur salarié et qui relevaient donc de l'activité dépendante.

4. Par mémoire déposé le 19 février 2007, la société, représentée par X_____ SA, a interjeté recours contre cette décision devant le Tribunal cantonal des assurances sociales, en faisant principalement valoir que la position de la caisse, qui considérait en substance que toutes les heures que M. D_____ effectuait pour la société entraient dans le cadre de l'activité dépendante, dans la mesure où il était lié à celle-ci par un contrat de travail, était erronée. En effet, M. D_____ avait le droit d'exercer des mandats pour la société aux côtés de son activité dépendante, ce d'autant plus qu'il payait les cotisations AVS à sa propre caisse et prélevait la TVA sur les honoraires. Les mandats que M. D_____ exerçait pour CFPI SA étaient de même nature que ceux fournis à d'autres sociétés et ne comprenaient pas les tâches exécutées en tant que directeur. Par ailleurs, le contrat de travail liant M. D_____ à la société lui octroyait une grande liberté et flexibilité, concernant notamment l'organisation du travail. La recourant a aussi contesté le calcul du montant de la reprise de cotisations, qui ne tenait pas compte du fait que M. D_____ payait la TVA sur ses honoraires, ni de la note de crédit pour le 4ème trimestre 2005. Enfin, les cotisations afférentes à 2001 ne pouvaient plus être réclamées, la créance étant prescrite et, de manière générale, compte tenu de la bonne foi de M. D_____ et de CFPI SA, les intérêts moratoires ne pouvaient pas être réclamés. La recourante joignait à son recours, notamment, le contrat de

travail avec M. D_____ et quelques exemples de notes d'honoraires établies par celui-ci. Un bordereau complémentaire de pièces a été produit par écriture séparée du 13 mars 2007.

5. Dans sa réponse du 26 avril 2007, la caisse a fait valoir que, sur le principe, il était manifeste que les heures et travaux supplémentaires accomplis par M. D_____ pour la société relevaient de l'activité dépendante, les activités facturées séparément étant étroitement liées à celles mentionnées dans le cahier de charges de directeur de la société. De manière générale, les revenus obtenus en qualité de directeur d'une société anonyme relevaient de l'activité dépendante, indépendamment de la liberté d'organisation du salarié. Par ailleurs, à défaut des déclarations fiscales de M. D_____ et de ses comptes annuels, la caisse ne pouvait pas savoir si les revenus réalisés par celui-ci auprès de CFPI SA dans le cadre de l'activité complémentaire avaient tous été comptabilisés dans le revenu de l'activité indépendante. La caisse considérait par ailleurs que la créance de 2001 n'était pas prescrite et que les intérêts moratoires étaient dus indépendamment de la bonne foi des parties. En revanche, la caisse était d'accord de déduire les montants de la TVA payée. Enfin, l'intimée faisait valoir qu'il convenait d'examiner s'il était justifié en l'espèce de procéder à un changement de statut en droit AVS rétroactif à 2001, dans la mesure où M. D_____ avait effectivement payé des cotisations en tant qu'indépendant sur tous les revenus réalisés en sus de son contrat de travail auprès de CFPI SA, ou s'il n'était pas préférable de changer le statut uniquement pour le futur, cette question étant laissée à l'appréciation du Tribunal. La caisse sollicitait à cet égard que le contrôleur qui avait procédé à la révision de CFPI SA soit entendu, en plus du réviseur responsable. L'intimée concluait en l'état au maintien de la décision litigieuse.

6. En date du 30 avril 2007, le Tribunal de céans a communiqué une copie de la détermination de l'intimée à la recourante qui a souhaité répliquer.

EN DROIT

1. 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 loi 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. A teneur de l'art. 71 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA), l'autorité peut, d'office ou sur requête, ordonner l'appel en cause de tiers dont la situation juridique est susceptible d'être affectée par l'issue de procédure. Dans ce cas, ils acquièrent les droits et obligations des parties et la décision leur devient opposable.

3. a. Lorsqu'une caisse de compensation fixe le montant des cotisations paritaires par voie de décision, elle crée une obligation aussi bien à l'égard de l'employeur que du salarié (voir les art. 4 et 5, ainsi que les art. 12 et 13 LAVS). Ces derniers sont touchés de la même manière par la décision, si bien que celle-ci doit être notifiée tant à l'employeur qu'au salarié (ATFA non publié du 6 septembre 2006, dans la cause H 144/05).

   b. A cet égard, la jurisprudence a précisé que le droit d'être entendu des salariés concernés par une décision relative à des cotisations paritaires et, par conséquent, celui d'obtenir la notification d'une telle décision, doit, sous réserve d'exceptions admises pour des raisons pratiques, être respecté tant lorsque la qualification de l'activité des travailleurs est en cause que lorsque c'est la nature de certains versements qui est litigieuse. D'une manière générale, cette procédure doit être appliquée chaque fois que l'on est en présence d'une reprise de salaires déterminants. Lorsqu'il apparaît que le salarié doit être mis en mesure de recourir lui-même contre la décision de cotisations paritaires, c'est d'abord à la caisse de compensation qu'il incombe de lui notifier cette dernière. L'autorité de recours qui s'aperçoit de l'omission peut, mais ne doit pas nécessairement y remédier elle-même, en invitant le salarié intéressé à intervenir dans la procédure de recours. Des exceptions à cette règle sont toutefois admises, par exemple lorsque le nombre des salariés est élevé, quand le domicile des salariés se trouve à l'étranger ou n'est pas connu, ou encore lorsqu'il s'agit de montants de cotisations de minime importance (ATFA non publié du 6 septembre 2006, dans la cause H 144/05, consid. 3.1; ATF 113 V 1; ATFA 1965 p. 239 consid. 1 et 3; RCC 1979 p. 116 consid. 1b, 1978 p. 62 consid. 3a).

   c. De même, si la caisse de compensation notifie une décision de cotisations à l'employeur et au salarié et que l'employeur défère seul cette décision au Tribunal cantonal des assurances, l'autorité de recours doit respecter le droit du salarié d'être entendu en lui offrant la possibilité de se déterminer sur le recours, car il est également concerné par l'issue du litige (consid. 2b de l'arrêt K. du 5 juillet 2000, H 376/98).

4. a. En l'espèce, aussi bien la décision de reprise de cotisations, du 15 décembre 2006, que la décision sur opposition du 17 janvier 2007, n'ont été notifiées qu'à CFPI SA.

   b. Il apparaît par ailleurs que la situation juridique de M. D_____ pourrait être affectée par l'issue de la présente procédure si le tribunal de céans arrivait à la conclusion que les reprises de salaires sont justifiées.

   c. Dans la mesure où le Tribunal de céans jouit d'un plein pouvoir d'examen, il se justifie donc d'appeler en cause M. D_____, afin que son droit d'être entendu soit respecté.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Statuant préparatoirement

1. Appelle en cause M. D_____.
2. Fixe un délai au 21 juin 2007 à M. D_____ pour former ses observations.
3. Réserve la suite de la procédure.

La greffière

Nancy BISIN

La Présidente

Valérie MONTANI

Une copie conforme de la présente ordonnance est notifiée aux parties par le greffe le