RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1292/1997 **ATAS/580/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

3ème chambre

du 22 juillet 2004

En la cause

X_____ SA, comparant par Me André MALEK-ASGHAR, en recourante l'Etude duquel elle élit domicile

contre

FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES-CIAM, intimée anciennement Caisse interprofessionnelle d'assurance vieillesse et survivants de la fédération romande des syndicats patronaux, rue de Saint-Jean 98, à Genève

et

Monsieur Arturo R_____, chemin Jules Ed.-Gottret 41, à Veyrier co-intéressé

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,

Mesdames Valérie MONTANI et Doris WANGELER, juges

EN FAIT

1. X_____ SA (ci-après X_____ SA) est une société spécialisée dans le développement, la mise en œuvre et le suivi de progiciels de gestion, plus particulièrement dans les domaines bancaires et financiers. Monsieur S_____ était administrateur de la société, Monsieur G_____ président du conseil d'administration, Monsieur A_____ directeur, Monsieur P_____ mandataire (directeur général par interim) et Monsieur PR_____ informaticien.

2. Le 8 novembre 1995, Y_____ et X_____ SA ont signé une convention, appelée convention de mandat basée sur les art. 394 ss. du Code des obligations, pour une durée déterminée de six mois, du 1er novembre 1995 au 30 avril 1996. Au-delà, le mandat était renouvelable de mois en mois par reconduction tacite et dénonçable en tout temps par l'une ou l'autre des parties moyennant un délai de deux mois pour la fin d'un mois. Y_____ était représenté par Monsieur R_____. La société en nom individuelle et Monsieur R_____ s'engageaient à ne pas faire de concurrence de façon directe ou indirecte à X_____ SA pendant la durée du mandat et du préavis de dénonciation de celui-ci. Le mandat couvrait les activités suivantes : analyse des fonctionnalités du Front Office de _____ II (FOB, plan de développement du module FOB, développement et surveillance de programmation, tests techniques et fonctionnels jusqu'à la fin du projet). Tous les développements exécutés sous ce mandat restaient la propriété intellectuelle et commerciale d'X_____ SA. Monsieur R_____ devait faire chaque quinzaine un rapport sur l'avancement des développements, détaillant les travaux effectués et indiquant la planification des tâches à accomplir pour la prochaine quinzaine. Il était prévu que Monsieur R_____ passe trois jours par semaine dans les locaux d'X_____ SA. Il recevrait la rémunération de 1'000 fr. par jour selon un décompte mensuel. Les deux parties s'engageaient à définir d'ici fin décembre 1995 les fonctions du FOB et un prix de vente indicatif sur ces bases, Y_____ percevrait 10% des ventes des modules concernés pour une durée de 15 mois à compter de la signature du mandat. Y_____ prendrait en charge toutes les assurances sociales obligatoires ainsi que les primes AVS et chômage de Monsieur R_____.

3. Monsieur R_____ a établi des factures mensuelles concernant son travail. La première date du 1er décembre 1995 et concerne le mois de novembre 1995. Elle porte sur une somme de 22'000 fr. nette, dont 6,5% de TVA incluse. La facture de décembre s'élève à 19'000 fr., TVA incluse, celle de janvier à 21'000 fr., TVA incluse, celle de février à 21'000 fr., TVA inclue, celle de mars à 21'000 fr., TVA incluse, plus 3'107 fr. d'achat de licence LISP, celle d'avril à 20'000 fr., TVA incluse et celle de mai à 21'000 fr., TVA incluse.

4. Des différends sont survenus entre Messieurs P_____ et R_____. Un échange de courriers a eu lieu entre ces deux personnes, notamment en juin 1996. Par fax du 18 juin 1996, Monsieur P_____ a demandé à Monsieur R_____ le détail des travaux qu'il avait accomplis pour X_____ SA pendant les trois derniers mois. Il rappelait que tous les collaborateurs de la société étaient tenus de remettre chaque quinzaine un « time rapport » indiquant le temps qu'ils avaient passé sur les différents projets ; ce relevé servait de base de facturation pour tous les consultants ou mandataires d'X_____ SA. Cette procédure n'avait pas été respectée par Monsieur R_____. Monsieur P_____ sollicitait également un plan de travail détaillé sur un mois des équipes dont Monsieur R_____ devait assurer la coordination, ainsi que la liste des modules ou programmes que Monsieur R_____ avait réalisés pour X_____ SA depuis qu'il était consultant à plein temps. Enfin, Monsieur P_____ rappelait que Monsieur R_____ devait travailler pour l'essentiel de son temps chez X_____ SA. Le travail à la maison tel qu'il le pratiquait était jusqu'alors une tolérance tacite. Cependant, au cours des dernières semaines, il n'avait pratiquement jamais été présent dans les locaux de la société. Les collaborateurs d'X_____ SA avaient à plusieurs reprises cherché à le joindre, sans succès, car il était rarement chez lui. Cette situation devait cesser rapidement. Enfin, Monsieur R_____ avait critiqué devant des collaborateurs et des tiers ou partenaires d'X_____ SA le produit _____. Compte tenu de cette attitude, il lui était demandé de ne plus avoir de contact direct avec les clients de la société sans en référer à la direction.

5. Par courrier du 24 juin 1996, Monsieur R_____ a répondu à Monsieur P_____. Il a rappelé qu'il avait accepté le mandat à condition qu'on lui donne le droit de muter son équipe si un ou plusieurs de ses membres devait se révéler défaillant. Il n'avait cependant pas eu la liberté de le faire. Il proposait entre autre de retourner travailler dans les locaux aussitôt qu'X_____ SA aurait réglé ses honoraires arriérés ainsi que la licence LISP. Enfin, il souhaitait que les accords verbaux pris avec Messieurs G_____ et PR_____ au sujet du choix de ses collaborateurs soient honorés.

6. Par fax du 2 août 1996 à Monsieur S_____, Monsieur R_____ a dénoncé son contrat, respectant le préavis de deux mois. Il restait à la disposition de la société jusqu'à fin septembre pour apporter le support technique à plein temps prévu par les accords.

7. Dans un courrier du 5 août 1996 à Monsieur S_____, Monsieur R_____ a notamment mentionné qu'il avait travaillé pour X_____ SA à plein temps.

8. En date du 6 août 1996, un accord entre Y_____ et X_____ SA a été signé. Il a été convenu que la convention de mandat signée le 8 novembre 1995 était résiliée avec effet au 30 juin 1996. Un montant forfaitaire de 15'000 fr. (TVA

comprise) serait payé par X_____ SA à Y_____ pour solde de tout compte. La société acquérait par cession la licence LISP de 3'107 fr., TVA comprise. Les parties convenaient de renégocier un éventuel contrat de travail durant le 4ème semestre 1996.

9. Dans une attestation du 28 février 1997, Monsieur S_____ a certifié que Monsieur R_____, informaticien, avait travaillé durant près d'une année entre 1995 et 1996, de manière continue et à plein temps, en qualité de consultant pour la société X_____.

10. En date du 20 juin 1997, Monsieur R_____ s'est adressé à la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la CCGC), expliquant avoir exercé une activité lucrative chez X_____ SA, de novembre 1995 à août 1996. Ce travail reposait sur un contrat de conseiller informatique. Il a expliqué qu'il n'entretenait toutefois pas un rapport de conseiller avec la société, mais d'employé, ce dont pouvait attester Monsieur S_____ qui était à l'époque administrateur d'X_____ SA. Monsieur S_____ était notamment en mesure de témoigner que Monsieur A_____, responsable des finances d'X_____ SA, avait exigé la déduction de 20'000 fr. de ses « honoraires » au motif que la société devrait payer au moins 20'000 fr. d'assurance-vieillessse et survivants sur le montant de ses prestations.

11. Par courrier du 4 juillet 1997, la CCGC s'est adressée à la Caisse interprofessionnelle d'assurance-vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux (devenue depuis lors la Fédération des entreprises romandes, ci-après la FER-CIAM), l'informant que selon elle, Monsieur R_____ devait être considéré comme un salarié de la société X_____ SA, notamment parce que la convention liant les parties s'apparentait plus à un contrat de travail qu'à un contrat de mandat (obligation de présence trois jours par semaine, délai de résiliation de deux mois, décompte mensuel, etc.). Il existait également un rapport de dépendance économique entre Monsieur R_____ et la société X_____ SA. La FER-CIAM devait par conséquent intervenir auprès de ladite société afin de réclamer les cotisations paritaires ainsi que les contributions d'allocations familiales dues sur les salaires versés à Monsieur R_____.

12. Par courrier du 9 juillet 1997, la FER-CIAM a informé X_____ SA que la demande d'affiliation en tant que personne de condition indépendante déposée par Monsieur R_____ avait été refusée par la CCGC le 4 juillet 1997. Monsieur R_____ avait été considéré comme dépendant de la société X_____ SA.

13. Par courrier du 21 juillet 1997, la société a contesté le statut de salarié de Monsieur R_____.

14. Par décision du 23 septembre 1997, la FER-CIAM a réclamé à X_____ SA la somme de 5'324 fr. 80 sur un salaire de 41'000 fr. pour la période de novembre à décembre 1995, à titre de cotisations à l'assurance-vieillesse et survivants, à l'assurance-invalidité, aux allocations pour perte de gain, à l'assurance-chômage et contributions aux allocations familiales. Par décision du même jour, elle a également réclamé le montant de 15'762 fr. 25 sur la base d'un revenu brut de 113'000 fr. pour la période de janvier à août 1996.

15. Par courrier du 24 octobre 1997, X_____ SA a recouru contre ces décisions. Elle a expliqué être une société spécialisée dans le développement, la mise en œuvre et le suivi de progiciels de gestion, plus particulièrement dans les domaines bancaires et financiers. Elle avait d'ailleurs développé le logiciel _____. Dans le cadre de ses activités, elle avait souvent l'occasion de faire appel à des informaticiens externes pour développer certaines caractéristiques à son logiciel _____ II, ceci sans pour autant les engager de manière fixe. A la fin de l'année 1995, la recourante avait mandaté Monsieur R_____ de la société Y_____ pour élaborer une maquette et développer certains sous-programmes du software _____ II. Une rémunération de 1'000 fr. par jour avait été convenue. Les anciens dirigeants d'X_____ SA, qui avaient changé depuis lors, n'avaient pas requis de Monsieur R_____ une attestation d'affiliation à une caisse en tant qu'indépendant. Cependant, ce dernier s'était présenté comme tel et avait indiqué travailler de manière indépendante à son domicile. C'est d'ailleurs ce que laissaient supposer son papier à lettre et ses factures portant en-tête au nom de la société « Z_____». Lors d'une enquête au moment de la conclusion du mandat, la société XX_____ & XY_____ avait d'ailleurs confirmé la position d'indépendant de Monsieur R_____. C'était donc bien en qualité d'indépendant que la société avait mandaté ce dernier et la loi ne lui faisait d'ailleurs pas obligation de vérifier si le mandataire était inscrit auprès d'une caisse de compensation et s'il s'acquittait régulièrement de ses cotisations. La société précisait également que Monsieur R_____ ne touchait qu'une indemnité de 1'000 fr. par jour travaillé. Aucune différence n'était faite entre les jours ouvrables et les jours fériés. Le mandataire n'avait nullement l'obligation de travailler cinq jours sur sept, mais pouvait répartir ses jours comme bon lui semblait. Il n'était pas fait mention du remboursement d'éventuels frais, ni de vacances, comme dans un contrat de travail, et les prestations versées n'avaient en rien la spécificité du salaire d'un travailleur. En matière d'organisation du travail, le mandataire était libre d'organiser ses journées comme il l'entendait. Aucun horaire ne lui avait jamais été imposé et s'il le souhaitait, il pouvait travailler dix jours d'affilée puis se reposer. Cependant, du fait que le logiciel _____ II se trouvait dans les locaux de la société et que Monsieur R_____ devait travailler en collaboration avec certains employés de la société, les parties avaient dû prévoir que ce dernier devait se trouver au moins trois jours par semaine chez X_____ SA. Il était en effet impensable qu'une personne mandatée pour réaliser des sous-programmes au

software principal _____ II puisse travailler en permanence en ses propres locaux. En raison du droit de la propriété intellectuelle, la recourante souhaitait que le travail de base s'effectue sous sa responsabilité et dans ses propres locaux. Monsieur R_____ devait également travailler pour des informaticiens internes. Pour ces motifs, sa présence de trois jours au moins par semaine s'imposait. Cependant, ce dernier n'avait pas suivi ce point de la convention, travaillant la plupart du temps chez lui. Après un certain temps, il n'avait plus été possible d'atteindre Monsieur R_____ bien qu'il facturât systématiquement entre 20 et 23 jours ouvrables de travail par mois. En conséquence, la société avait exigé de lui qu'il revienne travailler dans ses locaux afin de pouvoir contrôler ce qu'il effectuait en sa qualité de mandataire. Par ailleurs, les deux mois de résiliation prévus n'étaient en rien liés à la problématique du contrat de travail, mais servaient à palier l'application de l'art. 199 du code des obligations qui octroyait à la partie qui n'avait pas dénoncé le mandat des dommages et intérêts, si la résiliation était intervenue en temps inopportun. Il allait en effet de soi que si cette dénonciation intervenait Monsieur R_____ avait la possibilité de dénoncer son contrat de mandat du jour au lendemain sans avoir terminé les logiciels, la société aurait subi un énorme préjudice. Enfin, il n'y avait aucun rapport de subordination entre Monsieur R_____ et la société. Cette dernière en voulait pour preuve qu'il avait d'ailleurs organisé plusieurs présentations de tiers auprès de la société pour sous-mandater ou faire exécuter une partie de son travail par des tiers. Enfin, l'intimé étant payé 1'000 fr. à la journée de 8h, il était normal que la société lui demande des rapports d'activité. Il s'agissait d'une simple vérification de son travail effectif. Monsieur R_____ était bien tenu à une obligation de résultat, soit la fourniture de logiciels qui fonctionnent et qui correspondent à l'attente des clients. Quant à la problématique du risque économique, il était évident qu'il supportait le risque de ne pas être payé pour son mandat. D'ailleurs, un contentieux avait eu lieu et en raison du travail désastreux fourni par Monsieur R_____, le contrat de mandat avait été résilié immédiatement sans qu'il reçoive ses derniers honoraires, ceci pour compenser le dommage de la société. Ainsi, l'on était manifestement en présence d'un contrat de mandat et c'était à tort que la FER-CIAM avait déterminé les cotisations de Monsieur R_____ sur la base d'une activité salariée.

16. Dans un préavis du 14 novembre 1997, la FER-CIAM a expliqué que, eu égard aux documents qui lui avaient été remis, elle considérait que l'intimé avait effectué un travail salarié auprès de la société. Elle s'était notamment fondée sur la convention de mandat qui prévoyait un délai de congé de deux mois, une interdiction de faire concurrence de façon directe ou indirecte pendant la durée du contrat, un rapport détaillé sur l'avancement des développements chaque quinzaine par le mandataire, ainsi que l'obligation de Monsieur R_____ de passer trois jours par semaine dans les locaux de la société. Ces clauses faisaient apparaître un lien de subordination impropre au contrat de mandat et inexistant dans l'exercice d'une activité professionnelle indépendante. Ceci ressortait d'ailleurs explicitement de

l'accord du 6 août 1996, par lequel les parties convenaient de renégocier un éventuel contrat de travail. Par ailleurs, Monsieur R_____ était rémunéré pour son travail selon un taux journalier fixé dans le contrat et devait travailler sous la responsabilité d'X_____ SA, au moins trois jours par semaine, utilisant à cet effet une place de travail et l'infrastructure de l'entreprise, mais également en devant collaborer avec des employés de cette dernière. S'agissant du risque économique de l'entrepreneur, l'intimé n'en assumait aucun. D'une part, il n'avait investi aucun capital dans cette affaire, et, d'autre part, aucune clause de responsabilité propre à infirmer son statut de salarié ne figurait dans le contrat quant à un éventuel insuccès de son travail. En outre, X_____ SA s'était autorisée à exiger non seulement la présence de Monsieur R_____, mais également l'exclusivité de ses services, dans le sens où il devait à la société une activité à plein temps, ce qui prouvait qu'il se trouvait dans une situation dépendante. Enfin, il fallait rappeler que la société gardait la propriété intellectuelle et commerciale de tous les développements exécutés par Monsieur R_____.

17. Dans une réplique du 15 décembre 1997, la recourante a souligné que Monsieur R_____ n'avait que très peu travaillé dans les locaux de la société, qu'il était très libre dans l'organisation de son travail et ce n'était qu'à la fin du mandat qu'X_____ SA lui avait donné des instructions précises afin qu'il exécute convenablement son mandat. Monsieur R_____ n'était pas tenu d'exécuter personnellement le mandat qui lui était confié. Enfin, il avait utilisé ses propres outils informatiques. Son activité devait ainsi être sans conteste qualifiée d'indépendante, dès lors qu'il avait utilisé son savoir-faire en informatique, ses propres locaux et propre matériel informatique afin d'exécuter son mandat, sans avoir l'obligation d'exécuter personnellement le mandat et sans rapport de subordination avec la direction d'X_____ SA.

18. En tant que co-intéressé à la procédure, Monsieur R_____ a été appelé par la Commission cantonale de recours AVS-AI, alors compétente, à faire connaître sa détermination dans cette affaire.

19. Par courrier du 11 mars 1999, il a expliqué avoir eu un rapport d'employé avec la recourante. En outre, au moment de la cessation du rapport de travail, une somme importante avait été retenue par la société. Messieurs G_____ (président), A_____ (directeur financier) et S_____ (administrateur), qui représentaient X_____ SA, estimaient que son contrat était dans le fond un contrat d'emploi. Ils l'avaient ainsi invité à renoncer à 20'000 fr. sur ses créances pour permettre à X_____ SA de faire face à ses obligations envers l'assurance-vieillesse et survivants. Il avait accédé à leur requête et ces 20'000 fr. ne lui avaient jamais été payés. Enfin, il a précisé que Y_____ n'avait jamais été une société inscrite au registre du commerce. Mis à part le contrat avec X_____ SA, la formule « Z_____» ne figurait sur aucun contrat.

L'usage de cette formule lui avait été imposée par Monsieur P_____. Y_____ n'avait jamais eu ni employés ni clients.

20. Dans un courrier du 20 mai 1999, la recourante a contesté les allégations du co-intéressé. Selon elle, ce dernier était consultant indépendant et la société avait mis fin aux relations contractuelles avec lui en raison de la mauvaise exécution du mandat. A l'évidence, c'était afin d'éviter de devoir lui-même s'acquitter des charges sociales en tant qu'indépendant qu'il soutenait cette nouvelle version des faits.

21. La Commission cantonale de recours a procédé à l'audition des parties et de quelques témoins. Monsieur S_____, administrateur, s'est fait excuser en fournissant un certificat médical.

22. Monsieur R_____ a été entendu en qualité de co-intéressé en date du 29 janvier 2003. Il a notamment expliqué que, concernant le sigle Z_____, il ne s'agissait pas d'une société, mais uniquement d'un nom d'usage. Il ignorait pourquoi cette appellation avait été utilisée. Il devait travailler au développement d'un prototype. Au départ, ce prototype résidait officiellement dans les ordinateurs de la recourante et son travail à la maison était presque abusif. Lorsque ce prototype avait été suffisamment développé, il avait dû collaborer avec les employés de la société, car la tâche était devenue beaucoup plus grande qu'au début. Concernant la rémunération de 1'000 fr. par jour qui avait été convenue, il avait tout de suite été prévu tacitement qu'il s'agissait de 1'000 fr. par jour ouvrable, indépendamment du nombre d'heures travaillées par jour. Ce mandat était basé sur la confiance et il avait une liberté pour l'exécuter. Il avait un rôle d'inventeur et n'avait pas de comptes à rendre à un supérieur hiérarchique. Il se contentait de rendre ses rapports le lundi au comité pour la création du nouveau _____, et, chaque semaine, une fiche-horaire au directeur commercial. X_____ SA lui avait plusieurs fois demandé d'être plus présent dans les locaux de la société ; les dirigeants cherchaient à l'encadrer, ce qu'il refusait. Monsieur G_____ lui avait dit à titre privé qu'il pouvait travailler à la maison, soit faire comme il le souhaitait. Il avait effectué le travail individuellement, sans sous-traiter. Il s'agissait par définition d'un mandat personnel, car il était détenteur d'un certain savoir difficile à trouver. Pour son mandat avec X_____ SA, il n'avait pas fait d'investissement particulier, car il possédait un ordinateur personnel et tous les outils informatiques nécessaires à l'exécution de son mandat. Il avait par contre acheté des livres qui avaient été payés par la société. A la fin du mandat, au mois de mai-juin 1996, il avait eu une discussion avec Messieurs S_____, G_____ et A_____. La société refusait de le payer entièrement et Monsieur A_____ avait pris comme argument qu'une somme d'environ 20'000 fr. devrait être versée pour ses cotisations sociales, puisque le contrat qui le liait à la recourante était un contrat de travail. De mémoire, il lui semblait que la société lui devait à la fin du mandat environ 30'000 fr. Seuls 10'000 fr. lui avaient été versés. Il travaillait environ 30 à 40 % de son

temps à la maison. Il se rendait dans les locaux de la recourante tous les lundis au comité pour la création du nouveau _____, lors duquel il présentait son rapport sur l'avancement de son travail. Il rédigeait ce rapport à la maison. Lorsqu'il travaillait chez X_____ SA, il collaborait avec des employés de la société qui l'aidaient dans le développement de ce prototype _____. Il avait dû se déplacer à Zürich avec des collaborateurs d'X_____ SA. Il avait également fait plusieurs présentations du prototype à des banques, ceci également dans les locaux de la société. Son travail était cependant créatif et il avait besoin d'être seul sans être dérangé par la vie de la société. Il a confirmé l'exactitude du courrier du 18 juin 1996 de Monsieur P_____, dans lequel ce dernier lui reprochait de n'être pratiquement jamais présent dans la société vers la fin de son mandat. Cependant Monsieur S_____ lui avait donné l'ordre de ne pas aller dans les locaux de la recourante, peut-être pour déstabiliser Monsieur P_____. Messieurs S_____ et P_____ avaient des rapports conflictuels au sujet de la recourante qui rencontrait des difficultés financières.

23. Monsieur P_____, témoin, a été entendu le 29 janvier 2003. Il a expliqué avoir été mandataire pendant environ neuf mois pour la société X_____ SA. Son mandat avait pris fin début juillet 1996. Lorsque la société X_____ SA avait passé la convention avec Monsieur R_____, il n'avait jamais été question de l'engager comme salarié, notamment parce que la recourante était en difficulté et en tant que directeur général par intérim, il avait déjà dû licencier plusieurs collaborateurs. La société ne voulait donc pas recruter de nouveaux employés. De surcroît, elle n'avait pas les moyens de payer des salaires élevés et Monsieur R_____ n'avait en outre pas l'esprit d'équipe ; c'était un artiste. Il avait pour mission d'apporter ses connaissances professionnelles à l'équipe de jeunes collaborateurs. Il devait développer une maquette que la société voulait tester auprès de clients avec une équipe de deux personnes. Si le produit avait été commercialisé, il aurait perçu des royalties sur les ventes. Monsieur R_____ n'était d'ailleurs pas intéressé par un contrat d'employé. Il travaillait sous la responsabilité d'un collaborateur de la recourante, Monsieur PR_____, informaticien pilote de l'ensemble des développements de la recourante, qui surveillait l'avancement des travaux et qui en rendait compte à Monsieur P_____. Il avait une assez large autonomie ainsi que le droit de travailler chez lui. Dans les faits, après un à deux mois, l'équipe ne l'avait plus vu. Monsieur PR_____ avait alors indiqué qu'il n'était plus en mesure de calculer les prestations de Monsieur R_____. La société avait fait pression sur lui afin qu'il livre ce qu'il avait promis de livrer. Un plan de travail avait été établi avec Monsieur PR_____ et Monsieur R_____ devait chaque semaine ou chaque quinzaine rendre une feuille « d'imputation de temps » et présenter l'avancement de ses travaux comme tout collaborateur interne ou externe. Cependant, à ce moment-là, la société avait perdu tout contrôle sur lui et n'avait plus de base pour le payer, car il ne rendait plus ses plans de travail. Il y a eu de très

grandes tensions et Monsieur P_____ avait lui-même reçu des menaces de Monsieur R_____. Il fallait préciser que ce dernier passait l'essentiel de son temps à l'extérieur, sauf les premières semaines. Il y avait eu quelques réunions de travail chez lui. Il avait participé à quelques présentations de prototypes, destinées à des clients, dans les locaux de la recourante. Monsieur R_____ disait qu'il ne travaillait plus avec l'équipe de Messieurs P_____ et PR_____, mais directement avec Monsieur S_____. Une clause de non-concurrence avait été prévue dans le contrat de mandat, car la société voulait développer un produit original qu'elle ne pouvait pas voir sitôt développé en mains de la concurrence. En conclusion, le co-intéressé disposait d'une très grande liberté dans l'exécution de son mandat ; ce qui importait à la société, c'était de pouvoir proposer très rapidement quelque chose à ses clients.

24. Le témoin PR_____ a été entendu le 2 avril 2003. Il avait été engagé par X_____ SA du 1er septembre 1995 au 30 novembre 1997. Son rôle était de faire évoluer le logiciel _____ II qui devait répondre aux demandes de la clientèle. Monsieur R_____ était l'un des spécialistes dans la réalisation de prototypes pour ces adjonctions de logiciel. Le témoin était allé cinq ou six fois chez ce dernier, qui était lui-même venu très souvent à la société, avec ses idées ; il devait ensuite adapter ses prototypes. Il était assez souvent au bureau. Il y avait des échanges fréquents lors de séances de travail, d'analyse, surtout lorsque l'on se trouvait en phase de développement de produits. Il n'avait lui-même pas d'instructions à lui donner, car il n'était pas interne. Il se contentait d'assurer le suivi du développement du produit. Il avait constaté que Monsieur R_____ était quelqu'un d'assez incontrôlable. Il ignorait comment ses horaires étaient contrôlés et même s'ils devaient l'être. Il savait qu'il passait beaucoup de temps sur ce mandat. Dans la phase de développement du projet, il l'avait beaucoup vu. La société n'aurait pas admis qu'il en fut autrement, car il devait livrer un résultat. Au départ, étaient prévues des séances d'analyse qui avaient lieu à une fréquence élevée dans la phase de définition. Par la suite, les séances de restitution d'analyse se tenaient tous les quinze jours. Monsieur R_____ travaillait seul, bien entendu en collaboration avec les employés d'X_____ SA. « Z_____, c'était R_____ seul ».

25. Monsieur G_____ a été entendu en qualité de témoin le 2 avril 2003. Il a formulé les remarques suivantes. A l'époque des pourparlers entre la société et le co-intéressé, il était président du conseil d'administration et le directeur général était Monsieur A_____. L'accord signé prévoyait que Monsieur R_____ était engagé comme indépendant. Il avait été mis au courant qu'il devait payer ses cotisations sociales intégralement. Le co-intéressé avait à côté du mandat avec X_____ SA le temps d'effectuer d'autres mandats pour d'autres sociétés. C'était un mandat à temps partiel prévu au départ pour six mois et qui avait été prolongé de deux mois. Le co-intéressé devait être présent trois jours par semaine dans la société, ce qui lui laissait du temps pour d'autres mandats notamment.

Monsieur G_____ ignorait s'il avait des collaborateurs ou s'il sous-traitait le travail. Monsieur R_____ avait envers la société une obligation de résultat. Le contrat avait été conclu non pas avec Monsieur R_____ seul, mais avec la société simple Z_____. Ce dernier pouvait effectivement travailler chez lui. Il devait néanmoins rendre des « times-shits » au chef de projet de la recourante, Monsieur PR_____. Monsieur PR_____ contrôlait ainsi les relevés journaliers d'avancement du travail, la qualité, la quantité du travail fourni. Monsieur PR_____ discutait ensuite avec Monsieur P_____ de l'avancement du projet. La rémunération était fixée au jour. Monsieur R_____ travaillait chez lui, dans ses locaux, et utilisait son propre matériel informatique. Il avait une grande liberté dans l'accomplissement de son mandat. Le témoin ignorait si les travaux qui lui avaient été confiés avaient vu le jour. Il avait en tout cas été convenu qu'il percevrait des royalties sur tous les modules vendus. Quant à la clause de non-concurrence, il était normal, au vu du fait que Monsieur R_____ avait accès à tout le savoir de la recourante, que le mandat contienne une telle clause d'interdiction de faire de la concurrence, tant directe qu'indirecte. Cette clause existait dans tous les contrats de mandat externe. Le co-intéressé était un indépendant et ne pouvait pas travailler dans une équipe. Il avait cependant à mettre au courant les collaborateurs de la société de l'avancement de ses travaux. Il n'avait lui-même jamais donné d'instructions personnelles à Monsieur R_____.

26. Monsieur A_____ a été entendu en qualité de témoin le 2 avril 2003. Il a précisé qu'à l'époque où Monsieur R_____ avait été engagé, il était directeur de la société et s'occupait du marketing. Il a contesté avoir dit à Monsieur R_____ que la société ne lui paierait pas à la fin de son mandat 20'000 fr. qui devaient être versés à titre de cotisations sociales. Il s'agissait d'une pure invention. Pour la société, il était indépendant et devait se charger lui-même de verser les cotisations sociales. Il était possible que la société n'ait pas tout payé parce qu'il n'avait pas rendu tout le projet qui lui avait été confié. Cela n'avait rien à voir avec les cotisations sociales. Monsieur R_____ disposait d'une grande liberté de travail. Il était sous la direction technique de Messieurs PR_____ et P_____. Le témoin ne donnait lui-même aucune instruction. Il ignorait s'il travaillait à la maison. Il était exact que Monsieur R_____ aurait reçu 10% de royalties sur des modules vendus résultant de son développement ; cependant, il semblerait qu'il n'ait jamais touché quelque chose, car il n'avait jamais fini son produit. Monsieur R_____ aurait dû fournir à Monsieur PR_____ des relevés, ce qu'il ne faisait en général pas. Enfin, il n'aurait jamais voulu être engagé comme salarié ; il était bien trop indépendant.

27. Dans des conclusions après enquêtes du 23 mai 2003, la recourante a relevé que Monsieur R_____ était très libre dans l'organisation de son travail et qu'il n'était pas subordonné à une quelconque hiérarchie. Seul Monsieur PR_____ suivait l'avancement de ses travaux. Cependant, Monsieur PR_____ avait précisé qu'il n'avait pas d'instructions à lui donner. Il ignorait si ses horaires étaient

contrôlés, même s'ils devaient l'être. Il n'assurait que le suivi du développement du produit. D'autre part, Monsieur R_____ devait développer une maquette ; si elle avait été commercialisée, il aurait pu percevoir des royalties sur les ventes. Il supportait donc un risque d'entrepreneur lié à la vente du produit informatique et par conséquent, au versement de royalties. En effet, la rémunération de 1'000 fr. par jour était une rémunération faible pour un informaticien de haut niveau, mais la compensation totale incluait des royalties de 10%. Quant au travail à domicile, il ressortait des enquêtes que le co-intéressé ne travaillait pas la majorité du temps dans les locaux d'X_____ SA, mais chez lui. Il utilisait son propre matériel informatique pour développer le produit. En outre, Monsieur A_____ avait formellement contesté qu'une somme d'environ 20'000 fr. devait être versée pour les cotisations sociales afin de ne pas les payer à Monsieur R_____. Pour la société, le co-intéressé était indépendant et devait se charger lui-même de verser les cotisations sociales. Il était possible que la société ne lui ait pas tout payé, parce qu'il n'avait pas rendu l'entier du projet qui lui avait été confié. Cela n'avait rien à voir avec les cotisations sociales. Enfin, les factures étaient au nom de Z_____, qui utilisait un fax avec son entête. Quant à la clause de non-concurrence, elle figurait sur d'autres mandats avec des consultants externes. Il ressortait en outre des témoignages, que la recourante n'avait jamais donné d'instructions à Monsieur R_____ et que celui-ci n'était donc pas subordonné au point de vue de l'organisation de son travail. Outre sa totale liberté dans l'exécution de son mandat, il travaillait une grande partie du temps chez lui. Il était seulement dans les bureaux de la société afin de faire part de l'avancement du projet informatique à Monsieur PR_____. Ainsi, le co-intéressé n'avait jamais exercé une activité salariée, mais une activité indépendante. Il avait violé ses obligations légales en ne s'acquittant pas lui-même personnellement des cotisations sociales qu'il devait verser dans le cadre de ses activités pour la recourante.

EN DROIT

1. a) 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 (ci-après le TCAS ; art. 1 let. r LOJ).

Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après le TA) a constaté d'office la nullité de l'art. 1 let. r LOJ, considérant que le TCAS avait été créé en violation de l'art. 131 de la Constitution genevoise - Cst GE.

b) Force est de constater que cette conclusion ne saurait lier le tribunal de céans, aux motifs suivants :

- elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, non ses motifs. L'autorité de la chose jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ; KNAPP, Précis de droit administratif, 4ème édition, 1991, p. 248ss ; HABSCHEID, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313ss.) ;

- l'autorité de la chose jugée ne vaut quoi qu'il en soit que pour les moyens que le tribunal pouvait examiner (cf. KNAPP, op. cit., p. 251). Or, il apparaît en l'espèce douteux que le TA devait - et même pouvait - à l'occasion d'un recours interjeté pour violation des droits politiques contre un arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de l'élection des juges assesseurs au TCAS, contrôler la constitutionnalité de la loi instituant cette juridiction ;

- une loi inconstitutionnelle ne saurait être déclarée nulle. Seul, l'acte pris en application de celle-ci est annulable (cf. Jean-François AUBERT, Bundesstaatsrecht der Schweiz, vol. I, 1991, p. 178, note 430). Il convient au surplus de relever qu'un tribunal se doit en règle générale d'agir avec retenue, plus particulièrement lorsque les conséquences de l'annulation bouleverseraient tout un régime juridique (ATF 112 Ia 313). Tel est manifestement le cas ici, dès lors que le considérant topique de l'arrêt du TA revient à nier l'existence d'une juridiction qui fonctionne depuis le 1er août 2003 déjà, et dont les juges titulaires, ainsi que les juges suppléants, ont été régulièrement élus.

c) Le TCAS examine d'office sa compétence ; vu l'arrêt du TA du 30 mars 2004 niant jusqu'à son existence, il a également à vérifier la conformité à l'art. 131 Cst GE de la loi l'instituant.

Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales - LPGA -, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

Selon l'art. 131 al. 1 Cst GE, « la loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales ; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence ». Lors de la création du TA en 1971, cette disposition constitutionnelle a été complétée par un second alinéa, libellé comme suit : «Un tribunal administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit ».

La Constitution s'interprète selon les mêmes principes que les lois ordinaires. Les règles d'interprétation permettant au juge de dégager le sens d'une disposition sont connues : ce dernier peut recourir à une interprétation littérale, historique, téléologique ou systématique de la norme. Le juge devra partir prioritairement du texte clair de la loi. Le TA, dans son arrêt du 30 mars 2004, a considéré que le texte de l'art. 131 al. 2 Cst GE ne laissait pas de place pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif ; il a interprété « un tribunal » comme signifiant « un seul tribunal ». Or, l'art. 131 al. 2 Cst GE précise que ce tribunal administratif est institué « dans les cas où la loi le prévoit ». C'est dire que, nécessairement, le reste du contentieux administratif relève d'autres juridictions. Ainsi l'interprétation littérale permet-elle à elle seule de conclure que le terme « un » doit être qualifié, grammaticalement, d'article indéterminé.

Une telle analyse est du reste confirmée par les interprétations historique et téléologique. Il résulte des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil – MGC - 1970, p. 554 ss.) que le législateur, en 1970, entendait créer, aux côtés des juridictions civiles et pénales existantes prévues à l'art. 131 al. 1 Cst GE, un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif. Ce tribunal était destiné à remplacer les autres autorités – Conseil d'Etat, commissions de recours, etc. - qui avaient à connaître des recours contre les décisions des départements. Il n'était cependant pas question que ce remplacement soit général, raison pour laquelle ce tribunal s'était vu doté de compétences d'attribution. Il était évident que certaines

commissions spéciales devaient subsister, notamment en raison de leur composition particulière (composition paritaire, experts…). Selon le Mémorial du Grand Conseil (p. 557), « dans le système envisagé, le TA, le Conseil d'Etat et les commissions spécialisées dont le maintien aura été décidé, constitueront autant de juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

Dès le 1er janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d'une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de ces juridictions n'a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d'assurances sociales, jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l'occurrence.

Si l'on devait suivre l'interprétation du TA dans son arrêt du 30 mars 2004, non seulement le TCAS, mais également toutes les autres commissions de recours spéciales - y compris celles rattachées au TA lui-même - seraient inconstitutionnels. Tel n'a manifestement pas été le but visé par le législateur.

Au vu de ce qui précède, la création du TCAS en application de la LPGA est conforme à la Constitution genevoise.

L'élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004, le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire permettant au TCAS de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

2. Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'assurance-vieillesse et survivants (cf. article 56 V LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. Le Tribunal de céans constate en outre que le recours, interjeté dans les formes et délai légaux, est recevable à la forme, conformément à l'art. 84 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS).

4. 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 et a entraîné la modification de nombreuses dispositions dans le domaine de l'assurance-

vieillesse et survivants. La législation en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 demeure toutefois déterminante en l'espèce. En effet, d'après la jurisprudence, la législation applicable en cas de changement de règles de droit reste celle qui était en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (ATF 125 V 467 consid. 1 ; 126 V 166 consid. 4b), les faits sur lesquels l'autorité de recours peut être amenée à se prononcer dans le cadre d'une procédure de recours de droit administratif étant par ailleurs ceux qui se sont produits jusqu'au moment de la décision administrative litigieuse (ATF 121 V 366 consid. 1b). Les dispositions seront dès lors citées dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.

5. Pour 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 et ss du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 - RAVS). Selon 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).

   Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances sociales (ci-après le TFA), 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'assurance-vieillesse et survivants, 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 la société et ne supporte pas le risque économique encouru 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 ; ATFA non publié du 14 novembre 2002 cause H 1988/02).

   A cet égard, les investissements d'une certaine importance, l'utilisation de ses propres locaux de travail et la rétribution de son propre personnel sont les

caractéristiques d'une activité indépendante (VSI 1997 p. 107 consid. 2 b ; ATF 119 V 163 consid. 3 b = VSI 1993 p. 226). Le risque spécifique de l'entrepreneur implique que l'intéressé est appelé à supporter des frais, indépendamment du succès qu'il peut remporter dans son travail (VSI 1997 p. 107 consid. 2 b ; RCC 1986 p. 347 consid. 2 d ; RCC 1986 p. 126 consid. 2 b). En revanche, on se trouve en présence d'une activité dépendante, lorsqu'elle présente des 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 la disposition de l'entreprise 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. 2 b). 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 encouru 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).

Dans le domaine des collaborateurs travaillant dans l'informatique, le TFA a rendu une jurisprudence fournie (cf. RCC 1983 p. 191 et ss ; RCC 1982 p. 176 et ss ; RCC 1989 p. 650 et ss ; VSI 1996 p. 130 et ss ; VSI 1995 p. 145 et ss et VSI 2001 p. 55 et ss).

En 1993, le TFA a décidé que les collaborateurs travaillant dans le domaine de l'informatique (ci-après TED) devaient être considérés comme ayant une activité salariée si :

- ils sont sollicités pour certains projets ;
- ils concluent des contrats de travail limités à un projet ;
- dans l'exécution personnelle du projet sont sous les ordres d'un chef de projet ;
- doivent effectuer le travail de projet dans des délais établis à l'avance en ce qui concerne le début, la remise et le contrôle ;
- utilisent l'infrastructure des responsables de projets ayant sollicité leur collaboration,
- n'apportent ni un capital important ni ne font des investissements propres importants,
- ne s'occupent ni de l'acquisition de clients ni du management du projet,
- ne sont juridiquement pas responsables vis-à-vis du client d'éventuels défauts d'ouvrage,
- n'effectuent pas d'encaissement et n'ont pas à supporter les conséquences d'une éventuelle insolvabilité du client,

- et cela, même si les risques de maladie et d'accident sont à la charge du spécialiste TED, si aucun salaire mensuel n'a été convenu, s'il n'existe pas de

réglementation explicite en matière de vacances, et si, en cas de défaut d'ouvrage, le recours des responsables de projet contre le spécialiste TED est réservé.

6. En l'occurrence, la question litigieuse est de savoir si l'activité lucrative de Monsieur R_____ doit être qualifiée de salariée ou d'indépendante.

Il est établi sur le plan des faits que le co-intéressé avait été engagé par la recourante afin de faire évoluer le logiciel _____ II qui devait répondre aux demandes de la clientèle. Ce dernier était l'un des spécialistes dans la réalisation de prototypes pour ces adjonctions de logiciels. Il était convenu qu'il déploierait tout d'abord une activité de six mois pour la société X_____ SA ; ce contrat était renouvelable de mois en mois par reconduction tacite et dénonçable en tout temps par l'une ou l'autre des parties moyennant un délai de congé de deux mois pour la fin d'un mois. Y_____ était une société en nom personnel, qui ne recouvrait que Monsieur R_____ lui-même. Même si cela n'était pas précisé dans la convention, le co-intéressé se devait, en raison de ses connaissances spéciales, d'effectuer lui-même le travail. Il s'est par ailleurs engagé à ne pas faire de concurrence directe ou indirecte à X_____ SA pendant la durée du mandat et du préavis de dénonciation de celui-ci. Tous les développements exécutés dans ce contrat restaient la propriété intellectuelle et commerciale de la recourante. Le co-intéressé devait faire chaque quinzaine un rapport sur l'avancement des développements, détaillant les travaux effectués et indiquant la planification des tâches à accomplir pour la prochaine quinzaine. Il était prévu qu'il travaille trois jours par semaine dans les locaux d'X_____, ce qui semble-t-il n'a pas été fait. En effet, Monsieur R_____ a dû être plusieurs fois remis à l'ordre, afin qu'il vienne dans les locaux de la société, notamment pour collaborer avec les employés de cette dernière, s'agissant de l'installation du logiciel. Il percevait la rémunération de 1'000 fr. par jour selon un décompte mensuel et, si le progiciel avait été développé, il aurait perçu également 10% des ventes des modules pour une durée de 15 mois à compter de la signature du contrat. Il s'engageait à prendre à sa charge toutes les assurances sociales. Il est également établi que le co-intéressé n'avait pas d'autre contrat de mandat à côté de celui-ci, puisqu'il a facturé régulièrement des notes d'honoraires comprenant 20 à 22 jours ouvrables par mois, ce qui correspond à un plein temps. Il pouvait travailler chez lui une partie de son temps, il n'a cependant pas fait d'investissement particulier car il possédait un ordinateur personnel et tous les outils informatiques nécessaires à son activité pour la société. Lorsqu'il achetait des livres, ces derniers étaient remboursés par la recourante. Lorsqu'il travaillait dans les locaux d'X_____ SA, il collaborait avec les employés de la société qui l'aidaient dans le développement du prototype _____. Il a plusieurs fois représenté X_____ SA afin de faire des présentations dudit prototype notamment auprès de banques. Monsieur PR_____, témoin et informaticien pour la société X_____ SA, ne s'occupait que du suivi du développement du produit. Il semblerait selon les différents témoignages que les horaires du co-

intéressé auraient dû être contrôlés. Monsieur PR_____ a estimé que dans la phase de développement du projet il avait beaucoup vu Monsieur R_____ et la société n'aurait pas admis qu'il en fût autrement car il devait livrer un résultat. Dans la phase de définition, des séances d'analyse étaient prévues qui avaient lieu à une fréquence élevée. Par la suite, les séances de restitution d'analyse se tenaient tous les 15 jours. Il est également établi que le co-intéressé avait une grande liberté dans l'accomplissement de son activité pour la société X_____ SA. Cependant, selon les témoins P_____ et G_____, il travaillait sous la responsabilité de Monsieur PR_____, informaticien pilote de l'ensemble des développements de la recourante, qui surveillait l'avancement des travaux et qui en rendait compte à Monsieur P_____. Monsieur R_____ ne s'est affilié en tant qu'indépendant à aucune caisse de compensation et dans un échange de courrier avec la Caisse cantonale genevoise de compensation, il s'est considéré comme un salarié de la société, sous contrat de travail.

Il ressort de ce qui précède que le co-intéressé ne supportait aucun risque d'exploitation. Sa rémunération ne dépendait pas des clients, mais d'X_____ SA. Il n'a fait aucun investissement pour cette société. Même s'il avait le loisir de travailler à son domicile deux jours par semaine, selon le contrat initial, il n'a dû acquérir aucun matériel, puisqu'il possédait chez lui tout le matériel informatique nécessaire à son activité. Ses frais étaient d'ailleurs remboursés par la société (livres, licence). Le co-intéressé ne supportait en outre aucun risque d'encaissement et de ducroire puisqu'il n'avait pas à prendre à sa charge les conséquences de l'insolvabilité ou le refus de paiement des clients de la recourante. Le seul risque qu'il encourait résidait dans le fait que cette société ne payât pas les factures qu'il avait établies, ceci comme un salarié, vis-à-vis de son employeur.

Le contrat signé par les parties prévoyait en outre de nombreuses clauses qui s'apparentaient bien plus à un contrat de travail qu'à un contrat de mandat, notamment l'interdiction de résiliation avec effet immédiat. En effet, les parties ne pouvaient se départir du contrat que moyennant un préavis de 2 mois, comme dans un contrat de travail. Par ailleurs, Monsieur R_____ a signé une clause de non concurrence, tel un salarié. Quant à la rémunération, elle s'apparentait également à celle d'un contrat de travail, puisque le co-intéressé facturait chaque mois 1'000 fr. par jour ouvrable, TVA comprise. Certes, ce dernier aurait pu percevoir des royalties sur les ventes des modules terminés, mais ceci est un des seuls éléments qui parle en faveur d'un contrat de mandat. Rien n'était convenu concernant les vacances, mais il est vrai qu'on peut supposer que si le co-intéressé ne travaillait pas, il n'était pas payé, ce qui selon le TFA n'est pas déterminant pour qualifier l'activité d'indépendante.

En ce qui concerne l'indépendance économique et l'autonomie dans l'organisation du travail, Monsieur R_____ n'était pas soumis à des instructions quant à

l'élaboration de son progiciel, puisqu'il était le seul spécialiste en la matière et qu'il avait été justement engagé pour ses connaissances spécifiques, mais il devait être présent 3 jours par semaine dans les locaux de la société et remettre des rapports très régulièrement concernant l'avancement de son travail. Selon le co-intéressé, il aurait même dû avoir un certain pouvoir hiérarchique sur les collaborateurs de la recourante. Il y avait ainsi un rapport de subordination certain, puisque le co-intéressé devait rendre des comptes très régulièrement à Monsieur PR_____ et que des séances d'analyse étaient prévues tout d'abord à une fréquence élevée dans la phase de définition du projet, puis par la suite tous les quinze jours. Ainsi, même s'il avait une grande liberté dans son travail, l'on ne peut nier un lien de subordination, notamment quant au bon déroulement de son activité et à sa présence dans les locaux d'X_____ SA.

7. Le TFA a jugé à maintes reprises que l'application des règles destinées à délimiter une activité lucrative dépendante d'une activité indépendante dans le cas de collaborateurs travaillant dans le secteur de l'informatique conduisait généralement à admettre l'existence d'une activité lucrative dépendante, à moins que l'ensemble des circonstances du cas particulier ne parle en faveur d'une activité indépendante (cf. en particulier VSI 1995 p. 147 et les références citées ; KÄSER, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2ème éd. 1996, p. 133 n° 4.65 et 4.66). KÄSER fait remarquer que la jurisprudence accorde une importance particulière à la question du risque d'exploitation. Par ailleurs, le TFA a constaté aussi que certaines activités, de par leur nature, n'exigeaient pas nécessairement de gros investissements. C'était notamment le cas dans le domaine des services. En pareil cas, il convenait d'accorder plus de poids à la dépendance dans l'organisation du travail qu'au risque d'investissement (ATF 110 V 78 = RCC 1986 p. 513 ; KÄSER, ad. op. cit. p. 120 n° 4.30). Dans des arrêts publiés in VSI 1993 p. 23 et 1996 p. 130, le TFA a eu à se prononcer sur des cas où les collaborateurs en informatique ont été qualifiés de personne exerçant une activité salariée, parce qu'ils n'avaient pas à supporter eux-mêmes le risque d'exploitation et qu'ils ne jouissaient pas non plus à l'évidence d'une autonomie dans l'organisation du travail. Dans le premier cas, il s'agissait d'un spécialiste en informatique qui était subordonné à un chef de projet pour l'exécution personnelle de projets ; il devait effectuer son travail en respectant des délais prescrits (début, livraison et réception) et utilisait à cet effet l'infrastructure du responsable de projets. Dans le deuxième cas, le collaborateur avait droit, indépendamment des mandats confiés, à une rémunération minimale correspondant à 20 heures par semaine et devait travailler en moyenne 35 heures par semaine pour l'entreprise mandante. En outre, le collaborateur était tenu de travailler avec d'autres employés de l'entreprise et de rendre compte de son activité sous forme de rapport. Dans l'arrêt publié dans le VSI 1995 p. 147 et ss, le TFA a également constaté que le collaborateur informaticien n'assumait aucun risque d'exploitation. Pour ce qui concernait la dépendance dans l'organisation du

travail, il apparaissait que l'entreprise mandante était responsable de la structure et de l'organisation du projet et qu'elle mettait à disposition les machines, les programmes et les données de tests nécessaires. Le collaborateur ne pouvait utiliser que du personnel de l'entreprise engagé à temps ferme et il devait exercer son activité au siège de l'entreprise. Au surplus, les méthodes d'analyse et de programmation devaient répondre au standard de l'entreprise. Le collaborateur était soumis à un contrôle des délais et l'entreprise était en droit de l'astreindre à fréquenter des cours dont il assumait par ailleurs les frais. L'entreprise avait, d'autre part, confirmé que le collaborateur devait se soumettre à ses instructions et qu'il devait travailler selon des directives strictes. En revanche, le collaborateur avait le droit de confier l'exécution de certains travaux à des tiers. De l'avis du TFA, ce dernier élément parlait en faveur d'une activité indépendante. Mais, dans l'ensemble, les éléments en faveur d'une activité dépendante l'emportaient dans le cas d'espèce.

8. Si l'on se réfère à ces décisions, et en particulier à la dernière, force est de constater dans le cas présent que le risque d'exploitation était nul pour le co-intéressé. Certes il jouissait d'une certaine autonomie dans l'organisation de son travail par rapport aux trois cas précédents, cependant les très nombreux éléments énumérés ci-dessus font pencher la balance en faveur d'un contrat de travail, notamment le fait que le co-intéressé devait rendre des comptes régulièrement quant à l'avancement de son activité, surtout en début d'activité, période où il travaillait beaucoup dans les locaux de la recourante et était soumis à de nombreuses séances de contrôle. Ce n'est que vers la fin du projet qu'il n'a pas été présent au moins trois jours par semaine dans le société, ceci en contravention avec ce qui était prévu. En fin de mandat, il devait collaborer avec les employés de ladite société, sur lesquels il aurait même eu un certain pouvoir hiérarchique. Il était en outre tenu à un travail personnel en vertu de ses connaissances et travaillait d'ailleurs à plein temps pour la recourante, comme cela ressort de ses notes d'honoraires. Il s'était enfin astreint à une clause de non concurrence et a respecté le préavis de deux mois lorsqu'il a dénoncé son contrat. Pour le surplus, le co-intéressé s'est lui-même considéré comme un salarié envers la caisse de compensation.

   Au vu de ce qui précède, il convient de constater que l'activité de Monsieur R_____ était une activité dépendante et non pas indépendante.

   Le recours, mal fondé, doit donc être rejeté.

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. Le rejette ;

3. Constate que l'activité de Monsieur R_____ pour X_____ SA était une activité dépendante ;

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 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

La secrétaire-juriste : Frédérique GLAUSER

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