RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1302/2005 **ATAS/979/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 6

du 14 novembre 2005

En la cause

Monsieur J_____, représenté par Madame J_____	recourant
contre	
CAISSE FEDERALE DE COMPENSATION, sise Holzikofenweg 36, 3003 BERNE	intimée
INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARE, sis à Dorigny, 1015 LAUSANNE 15 VD	appelé en cause

Siégeant : Madame Valérie MONTANI, Présidente, Mesdames Doris WANGELER et Karine STECK, Juges

EN FAIT

1. Le 10 janvier 2004, l'Institut suisse de droit comparé (ci-après : l'ISDC) et M. J_____ (ci-après : l'assuré) ont conclu un contrat intitulé « contrat de travail de droit public » prévoyant ce qui suit :

   1. Le mandataire est chargé en qualité d'expert, jusqu'au 15 février 2004, de conseiller l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) sur la résolution des questions juridiques liées à l'élaboration de l'avis de droit N° AVIS 03-101.

   2. L'intervention du mandataire est requise sur demande d'un membre de la direction de l'ISDC. Le mandataire n'effectuera des voyages, dans le cadre du mandat, que sur instructions expresses d'un membre de la direction.

   3. Le mandataire reçoit une indemnité forfaitaire de CHF. 5'000.-, tous frais inclus. L'institut ne répond pas des accidents non professionnels.

   4. Ce contrat entre en vigueur le 1er janvier 2004 et prend fin le 31 mars 2004.

   5. Les conditions générales de l'administration fédérale concernant les experts et les personnes chargées d'assumer un mandat forment partie intégrante du présent contrat. D'autre part, celui-ci est régi par les dispositions du Code des obligations suisse en particulier par les articles 394 ss. sur le mandat.

2. Antérieurement, l'assuré avait été engagé par l'ISDC en qualité de collaborateur juridique du 1er octobre au 31 décembre 2003.

3. Le 2 février 2004, l'assuré a remis son avis de droit à l'ISDC et reçu un montant de fr. 5'000.-.

4. Par décision du 22 décembre 2004, notifiée à l'assuré et à l'ISDC, la Caisse fédérale de compensation (ci-après : la caisse) a estimé que l'activité de l'assuré pour l'ISDC était de nature dépendante et prélevé en conséquence des cotisations AVS/AI/APG/AC de fr. 605.- sur le salaire de fr. 5'000.-.

5. Le 22 janvier 2005, l'assuré a formé opposition à ladite décision en relevant qu'il avait exercé une activité indépendante.

6. Par décision du 17 mars 2005, la caisse a rejeté l'opposition de l'assuré.

7. Le 25 avril 2005, l'assuré a recouru au Tribunal cantonal des assurances sociales contre la décision sur opposition précitée en concluant principalement à sa nullité et subsidiairement à son annulation.

   Il relève qu'il a été engagé par l'ISDC comme mandataire ce qui excluait tout lien de subordination. Il avait effectué les recherches juridiques et la rédaction de son

rapport depuis son domicile, en utilisant son propre ordinateur portable ainsi que sa ligne téléphonique pour consulter un confrère suédois, comme en attestait la facture de TELE 2 pour la période du 28 janvier au 11 mars 2004. Il n'avait reçu aucune instruction de la part d'un membre de l'ISDC, à l'exception de la mission d'expertise. Par ailleurs, il assumait seul le risque de l'entreprise car l'ISDC aurait pu se retourner contre lui en cas de retard ou de faute professionnelle importante. La rédaction d'un nouveau contrat en janvier 2004 indiquait sans équivoque l'intention de l'ISDC de créer avec lui un rapport de droit d'une autre nature que le contrat de collaborateur juridique du 1er octobre au 31 décembre 2004. Au demeurant, la décision attaquée n'étant pas motivée, elle était nulle.

8. Le 18 mai 2005, la caisse a conclu au rejet du recours en relevant que le Code des Obligations (CO) et les conditions générales de l'administration fédérale concernant les experts étaient applicables au contrat du recourant. Le fait que l'ISDC avait accepté la décision de la caisse indiquait qu'il considérait l'activité du recourant comme dépendante. La grande indépendance dans l'exécution du travail n'était pas pertinente. Le recourant n'avait pas engagé des investissements conséquents pour l'accomplissement de son travail, n'employait pas de personnel et n'avait pas de locaux commerciaux. En particulier, des frais de téléphone de fr. 195.- n'étaient pas importants. Si l'activité envisagée était celle d'un indépendant, le contrat aurait précisé que les cotisations aux assurances sociales étaient à la charge du recourant. Enfin, la réponse au recours corrigeait en toute hypothèse une éventuelle violation de l'obligation de motiver la décision attaquée.

9. Le 30 mai 2005, le Tribunal de céans a appelé en cause l'ISDC et lui a imparti un délai au 24 juin 2005 pour se déterminer sur le recours.

10. Le 23 juin 2005, l'ISDC, sous la plume de M. C_____, directeur a.i., a conclu au rejet du recours en relevant que le travail qui faisait l'objet du contrat litigieux avait été commencé par le recourant durant sa période d'activité à plein temps du 1er octobre 2003 au 31 décembre 2003 ; dès lors, il s'agissait de mener à terme cet avis de droit particulièrement complexe et long. En confier l'achèvement à un autre collaborateur, moins au fait de la cause, aurait été peu judicieux ; le recourant avait donc accepté de se charger de la finalisation de cette tâche ; le contrat existant ne pouvant être prolongé pour la seule exécution d'une tâche spécifique et unique, un contrat ad hoc fut conclu. Aux fins de l'exécution de ce contrat, l'ISDC a mis à disposition du recourant un bureau entièrement équipé (ordinateur, téléphone) ; celui-ci a en outre bénéficié de la possibilité d'expédier du courrier aux frais de l'ISDC. Le recourant a à plusieurs reprises fait usage de la place de travail qui lui était réservée. Experts dans leurs domaines pointus, les collaborateurs scientifiques de l'ISDC ne reçoivent en général pas d'instruction de la direction autre que celle de répondre aux questions posées par le mandat dans le délai imparti ; de même ils ne sont pas supervisés en cours d'exécution de leurs tâches. En revanche, le projet d'avis de droit est soumis à un membre de la

direction qui contrôle alors la parfaite exécution de la tâche confiée, notamment la pertinence des réponses apportées aux questions posées par le mandat, et, le cas échéant, ordonne des correction.

11. Le 25 juillet 2005, la caisse a répliqué en déclarant se rallier au point de vue de l'ISDC.

12. Le 15 août 2005, le recourant a également répliqué en contestant les arguments de l'ISDC. Il n'avait débuté le travail en cause qu'en janvier 2004 et non pas alors qu'il était sous contrat avec l'ISDC. Il était d'ailleurs le seul employé, outre M. C_____, à parler le suédois et celui-ci n'aurait donc pas pu, comme il le prétendait, confier le travail à un autre collaborateur. Il avait exclusivement travaillé depuis son domicile à Genève, car il voulait éviter le trajet jusqu'à Lausanne.

13. Le 29 septembre 2005, l'ISDC a renoncé à dupliquer en précisant que le contrat litigieux ne prolongeait pas la relation de travail précédente mais était un contrat de mandat portant sur une prestation précise.

14. Le 13 octobre 2005, l'Administration Fiscale Fédérale des Finances a fait notifier au recourant un commandement de payer la somme de fr. 302,50 avec intérêt à 5 % dès le 2 février 2005 auquel le recourant a fait opposition.

15. Le 21 octobre 2005, le recourant a écrit à l'Administration Fédérale des Finances qu'il interprétait la réduction de sa prétention de fr. 605.- à fr. 302,50 comme une proposition d'arrangement qu'il était prêt à accepter et demandait à l'administration de se prononcer. Il a transmis une copie de ce courrier au Tribunal de céans.

16. Sur quoi 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.

   Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56 V al. 1 let. a ch. 1 ; 60 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 - LPGA).

3. a) Le recourant invoque en premier lieu la nullité de la décision attaquée pour défaut de motivation. A cet égard, la jurisprudence a notamment déduit du droit d'être entendu, découlant de l'art. 29 al. 2 Cst., l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision, afin que l'intéressé puisse la comprendre, l'attaquer utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. Pour répondre à ces exigences, il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Il y a cependant violation du droit d'être entendu si l'autorité ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner et traiter les problèmes pertinents (ATF 126 I 102 consid. 2b, 124 V 181, consid. 1a, 122 IV 14 consid. 2c et les références). La violation du droit d'être entendu – pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière – est réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen. Au demeurant, la réparation d'un vice éventuel ne doit avoir lieu qu'exceptionnellement (ATF 127 V 437 consid. 3d/aa, 126 V 132 consid. 2b et les références).

   b) En l'espèce, la décision sur opposition du 17 mars 2005 ne contient qu'un résumé des faits sans expliquer pour quelle raison elle retient le caractère dépendant de l'activité exercée. Cependant, la question d'une éventuelle violation par l'intimée de l'obligation de motiver ses décisions peut rester ouverte, dès lors qu'en toute hypothèse, elle aura été réparée devant le Tribunal de céans par la transmission de la réponse au recours du 18 mai 2005, laquelle est dûment motivée.

4. a) 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). 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, 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 la société, 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).

b) Des 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, VSI 1993 p. 226). Le risque spécifique assumé par l'entrepreneur consiste dans les frais que l'intéressé est appelé à supporter indépendamment du succès qu'il peut remporter dans son travail (VSI 1997 p. 107 consid. 2b; RCC 1986 p. 347 consid. 2d). Lorsque certaines activités, de par leur nature, n'exigent pas nécessairement de gros investissements, notamment dans le domaine des services, il convient 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).

On se trouve en présence d'une activité dépendante lorsqu'elle présente les traits typiques du contrat de travail, à savoir lorsque l'intéressé doit offrir ses services pour une certaine durée, qu'il doit se tenir à disposition de l'entreprise - se trouvant alors dans l'incapacité de fait d'exercer quelque autre activité lucrative - et qu'il est lié aux instructions de l'entreprise (par ex : il n'est pas libre de refuser les mandats, il est soumis à une clause de non-concurrence [RCC 1992 174s. consid. 4b]) qui décide également, pour la plus grande part, de la durée et de l'organisation du travail. De tels éléments parlent en effet en faveur d'un rapport de subordination (VSI 1997 p. 107 consid. 2b). L'observation d'un certain plan de travail, l'obligation de rendre compte de l'avancement des travaux ainsi que le recours à l'infrastructure du lieu de travail constituent autant d'indices d'une activité dépendante (RCC 1982 p. 176). Le risque économique couru par l'assuré tient alors à lui seul dans ce cas à la réussite personnelle ou, en cas d'activité exercée régulièrement, dans le fait de se retrouver, si le rapport de travail cesse, dans une situation semblable à celle d'un salarié qui perd son emploi (VSI 1997 p. 107 consid. 2b; ATF 119 V 163 consid. 3b = VSI 1993 p. 226).

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 sv. 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 sv. consid. 3c).

Dans un cas, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a considéré que même s'il est libre d'organiser son travail à sa convenance, il n'en demeure pas moins que l'assuré reste subordonné à la société pour laquelle il travaille, en tant que celle-ci détient le droit de lui donner des instructions ; cette circonstance résulte de la nature autonome et non pas indépendante des activités en cause. Au reste, que l'assuré ne soit pas tenu de rendre compte, n'est pas déterminant pour l'issue du litige (ATFA du 10 janvier 2005, cause H 334/03).

c) Les notions adoptées dans le droit de l'AVS ont conduit, dès le début, à une définition plus large du salaire déterminant provenant d'une activité dépendante, par rapport au revenu provenant d'une activité indépendante, que si l'analogie avec le droit des obligations avait été admise (P.-Y. Greber, J.-L. Duc, G. Scartazzini, commentaire des art. 1 à 16 de la LAVS, n° 95 ad. art. 5 LAVS).

Le fait qu'un contrat a été désigné comme mandat n'exclut pas d'emblée la possibilité de qualifier le mandataire comme personne exerçant une activité lucrative dépendante (commentaire op. cit. n° 99). Ainsi, un rapport de mandat n'exclut pas per se la qualification du mandataire en tant que dépendant (*Munoz*, Droit du contrat de travail et droit des assurances sociales. Quelques points du contact, dans : Droit privé et assurances sociales, Enseignement de 3^{e} cycle de droit 1989, p. 74 ; cf. ATF 110 V 79 = RCC 1984 p. 558 consid. 4b) Cela vaut notamment pour les contrats de services indépendants, en principe soumis au droit du mandat (art. 394 CO ss) mais parfois difficiles à distinguer du contrat de travail (*Rehbinder*, op. cit., p. 34 en bas), qui, selon le degré et le genre de la dépendance de fait ou de droit du « travailleur », peuvent se rapprocher d'un contrat de travail (cf. ATF 118 II 164 consid. 4a/bb; VSI 1996 p. 261).

d) L'activité professionnelle de collaborateurs travaillant dans le domaine de l'informatique (TED) doit être considérée comme activité lucrative dépendante lorsqu'un certain nombre de conditions sont réalisées. Le TFA a jugé que tel était le cas lorsque ces spécialistes TED sont sollicités pour certains projets, concluent des contrats de travail limités à un projet, sont sous les ordres d'un chef de projet dans l'exécution personnelle du 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 projet 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. La rétribution versée pour cette activité doit être qualifiée de salaire déterminant 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 (commentaire op. cit. n° 142).

De même, le traducteur, établi à son compte, qu'une société engage comme interprète pour un cours annuel d'instruction de trois jours et qu'elle rémunère à la journée, frais de voyage et d'hôtel en sus, doit, pour cette activité occasionnelle, être considéré comme obtenant le revenu d'un travail salarié (commentaire op. cit. n° 163).

5. a) En l'espèce, le recourant prétend qu'il a exercé pour l'ISDC une activité indépendante dès lors que son contrat était qualifié de mandat, qu'il avait effectué la rédaction de l'avis de droit depuis son propre domicile en utilisant son ordinateur et son téléphone, qu'il n'avait reçu aucune instruction quant au mode de rédaction dudit avis, qu'il assumait seul le risque de l'entreprise et, enfin, qu'un nouveau contrat - différent de celui de travail ayant pris fin le 31 décembre 2003 – avait été conclu dès le 1er janvier 2004 avec l'ISDC.

L'intimée estime en revanche que le recourant n'a pas engagé des investissements conséquents pour l'accomplissement de son travail, comme du personnel ou des locaux commerciaux, que l'employeur a admis la qualité de salarié du recourant et que le contrat ne prévoyait pas que les cotisations sociales étaient à la charge du recourant.

b) En premier lieu, le Tribunal de céans constate que l'argument du défaut d'investissement financier avancé par l'intimée est dénué de pertinence dès lors que l'on se trouve en présence d'une activité de service, laquelle, de par sa nature, ne nécessite ni personnel, ni locaux commerciaux, ni d'autres investissements importants. Ensuite, conformément à la jurisprudence précitée, la qualification de contrat de mandat n'est pas déterminante, un tel contrat n'étant pas incompatible avec une activité dépendante. N'est pas non plus déterminant le fait que l'assuré n'ait pas reçu des instructions précises en cours d'exécution de l'avis de droit. En effet, l'ISDC a relevé de façon pertinente que, dans ce genre de mandat, les instructions se limitent aux questions juridiques posées dès lors qu'elles s'adressent à des collaborateurs scientifiques compétents dans des domaines pointus, ce qui expliquait qu'il n'y avait pas non plus de supervision de la tâche en cours d'exécution.

Est pertinent en revanche, le fait que l'ISDC lui-même considère avoir engagé le recourant comme salarié et lui a mis, à ce titre, à disposition un bureau entièrement équipé ainsi que la possibilité d'expédier du courrier à ses frais. Le fait que le recourant ait préféré – dès lors qu'il résidait à Genève – travailler à domicile pour éviter les trajets jusqu'à Lausanne n'est pas constitutif, dans ces conditions, d'un indice d'une activité indépendante mais plutôt du caractère autonome de celle-ci. Comme le TFA l'a jugé dans l'arrêt précité (ATFA du 10 janvier 2005), la nature autonome de l'activité et le fait que l'assuré ne soit pas tenu de rendre compte, n'est pas incompatible avec le caractère dépendant d'une activité. En réalité, comme c'est le cas pour un collaborateur travaillant dans le domaine de l'informatique ou pour un interprète rémunéré à la journée (cf. supra consid. 4d), le recourant doit être considéré comme ayant exercé du 1er janvier au 31 mars 2004 une activité dépendante pour l'ISDC : il a été engagé par un contrat de travail limité à un projet, sous les ordres de l'ISDC – dans le cadre d'une mission bien précise (avis de droit sur une question juridique en relation avec du droit suédois) – il devait effectuer le travail dans un délai établi à l'avance, il utilisait ou du moins pouvait utiliser les infrastructures de l'employeur et il n'était pas juridiquement responsable du travail dès lors que l'avis de droit émanait de l'ISDC lui-même, celui-ci ayant précisé que l'avis de droit était visé, voire corrigé par un membre de l'ISDC et transmis au commanditaire en tant que document émanant de l'ISDC.

6. Au vu de ce qui précède, c'est à bon droit que l'intimée a considéré l'activité du recourant comme une activité dépendante. En conséquence, le recours ne peut qu'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. 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 :
Nancy BISIN	Valérie MONTANI

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