RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1438/2001 **ATAS/727/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 12 août 2004

3ème Chambre

En la cause

X_____ SA, comparant par Me Fabio SPIRGI, en l'Etude duquel recourante 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

Siégeant : Monsieur Marc MATHEY-DORET, Juge suppléant

Mesdames Juliana BALDE et Karine STECK, juges

EN FAIT

1. X_____ SA (ci-après : X_____) inscrite auprès du Registre du commerce de Genève depuis le 15 septembre 1994 déployait son activité dans le domaine des services et conseils financiers, notamment au Moyen-Orient. Monsieur L_____ était le président du conseil d'administration.

2. Monsieur E_____, de nationalité iranienne, a suivi des études supérieures et résidé à Genève de 1988 à 1992, puis durant les années 1999 et 2000. Au mois de juin 2000, il est entré en pourparlers avec X_____, par l'intermédiaire de L_____, en vue de son éventuel engagement.

3. En date du 31 juillet 2000, X_____ a déposé auprès de l'Office cantonal de la population une demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur de Monsieur E_____, pour une activité salariée en qualité de directeur de projet à raison de 40 heures par semaine pour un salaire annuel brut de Fr. 115'200.--.

4. Le 4 août 2000, X_____, agissant par l'intermédiaire d'un avocat, a adressé à l'Office cantonal de la population une note motivée à l'appui de sa demande de permis du 31 juillet 2000.

   Elle y expose avoir reçu la candidature de Monsieur E_____, dont le profil correspondrait parfaitement à un poste à pourvoir pour lequel elle aurait en vain recherché un candidat sur le marché local de l'emploi.

5. Par courrier daté du 14 septembre 2000, l'Office cantonal de l'emploi a informé X_____ donner une suite favorable à sa requête présentée en faveur de Monsieur E_____.

6. Par acte daté du 12 mars 2001, Monsieur E_____ a assigné X_____ en paiement d'une somme de Fr. 91'000.-- plus intérêts devant le Tribunal des Prud'hommes.

   Il exposait en substance avoir été engagé par X_____ dès le 13 juin 2000 pour un salaire annuel brut de Fr. 115'200.-- et avoir été licencié par courrier daté du 14 novembre 2000. Monsieur E_____ réclamait le salaire dû du 13 juin 2000 au 31 décembre 2000, date de la fin des rapports de travail après échéance du délai légal de congé, sous déduction des sommes déjà versées.

7. Dans son mémoire de réponse du 2 avril 2001, X_____ soulevait d'emblée une exception d'incompétence *ratione materiae* du Tribunal des Prud'hommes et concluait au surplus au déboutement de Monsieur E_____ de toutes ses conclusions.

X_____ faisait valoir, en synthèse, qu'elle n'avait jamais engagé Monsieur E_____. Ce dernier avait été mis en relation avec X_____ par l'intermédiaire d'un ancien employé de X_____, Monsieur S_____, ensuite engagé par une entreprise en raison individuelle à l'enseigne Y_____ Center à Jeddah, Monsieur F_____, en relation contractuelle avec X_____ pour ses activités au Moyen-Orient.

Selon X_____, un mandat de consultant avait été confié à Monsieur E_____ par Monsieur S_____ pour le compte de Y_____ Center. La mission confiée à Monsieur E_____ l'avait été sur papier à en-tête de X_____ en raison du fait que Monsieur S_____ se trouvait à l'époque momentanément dans les locaux de X_____. Il était cependant clair dans l'esprit des parties que Monsieur E_____ serait rémunéré par Y_____ Center quand bien même le résultat de la mission confiée profiterait à X_____. Monsieur E_____ aurait commencé son activité pour le compte de Y_____ Center le 1er juillet 2000 et aurait été payé par cette dernière, puis par une société Z_____ Investment, laquelle aurait repris le mandat confié par Y_____ Center.

Finalement, X_____ qui croyait dans un premier temps avoir trouvé un candidat idéal et envisageait de conclure avec lui un contrat de travail si l'autorisation idoine lui était délivrée, y avait renoncé, compte tenu des mauvais échos qu'elle avait reçus de l'activité qu'il déployait pour Y_____ Center et une autre société XX_____.

L'autorisation délivrée par l'Office cantonal de l'emploi n'avait été suivie d'aucun effet jusqu'au 8 novembre 2000, date à laquelle X_____ avait annoncé à Monsieur E_____ avoir définitivement renoncé à l'engager.

8. Les parties ont été entendues par le Tribunal des Prud'hommes lors d'une audience de comparution personnelle en date du 26 septembre 2001 et ont persisté dans leurs versions réciproques.

Monsieur E_____ a indiqué avoir travaillé dans les locaux de X_____, où il disposait d'un bureau personnalisé et d'un ordinateur avec un code d'accès personnel, ainsi que dans les locaux de XX_____. Cette dernière société était un *"portail internet"* créé par Monsieur R_____, partenaire chez X_____.

Il avait été indiqué à Monsieur E_____ que son salaire serait versé par le biais d'un compte bancaire de X_____ SA en Arabie Saoudite jusqu'à l'obtention de son permis de travail. Il avait été payé pour moitié de cette manière et pour le solde, en espèce, par XX_____, sans quittance. Pour Monsieur E_____, XX_____ et X_____ étaient en réalité la même entié.

Monsieur E_____ exposait encore, sans être démenti par X_____, avoir accompagné le directeur de cette dernière, Monsieur L_____, en Iran au mois d'octobre 2000, X_____ ayant payé le billet d'avion.

X_____, pour sa part, a contesté avoir versé de l'argent à Monsieur E_____ et indiqué que XX_____ était une société anonyme inscrite au Registre du commerce le 7 avril 2000.

Finalement, les parties sont parvenues à un accord en ce sens que X_____ verserait à Monsieur E_____ la somme nette de Fr. 24'000.-- pour solde de compte.

9. Par courrier du 9 novembre 2001, la FER-CIAM a informé X_____ avoir reçu le procès-verbal de l'audience du 26 septembre 2001 devant le Tribunal des Prud'hommes. La FER-CIAM exposait que la somme de Fr. 24'000.-- versée à Monsieur E_____ par X_____ constituait un salaire déterminant au sens de l'AVS, qui devait être soumis à cotisation à sa valeur brute de Fr. 25'682.--. La FER-CIAM informait X_____ qu'une facture de cotisation correspondante lui serait prochainement adressée.

10. Par courrier daté du 16 novembre 2001, X_____ a répondu à la FER-CIAM. Elle contestait catégoriquement avoir été liée par un contrat de travail à Monsieur E_____, ni lui avoir versé un quelconque salaire, ce qu'elle avait fermement soutenu devant le Tribunal des Prud'hommes. X_____ avait accepté par gain de paix de verser une somme forfaitaire à Monsieur E_____, mais n'avait aucunement admis avoir été liée contractuellement à ce dernier. En outre, il s'agissait d'une somme nette. Or, si le Tribunal des Prud'hommes avait voulu référer à des prétentions salariales il aurait condamné X_____ à payer à Monsieur E_____ une somme brute sous déduction des charges sociales.

11. Le 13 novembre 2001, la FER-CIAM a notifié à X_____ une facture de cotisation d'un montant de Fr. 3'801,50.

12. En date du 26 novembre 2001, la FER-CIAM a répondu à X_____, relevant que nonobstant l'exception d'incompétence *ratione materiae* soulevée par X_____, l'audience du 26 septembre 2001 avait bien eu lieu et abouti à un jugement-d'accord à teneur duquel X_____ reconnaissait devoir payer la somme nette de Fr. 24'000.-- à Monsieur E_____. Il s'agissait d'un revenu du travail dans le cadre d'une activité dépendante qui devait être qualifié de salaire et, partant, soumis à cotisation.

13. Par courrier du 29 novembre 2001, X_____ a sollicité de la FER-CIAM la notification d'une décision formelle ouvrant les voies légales de recours.

14. Par courrier du 4 décembre 2001, la FER-CIAM lui a répondu que sa facture de cotisations du 13 novembre 2001 tenait lieu de décision, les explications et moyens de droit figurant au dos de ladite facture.

15. Le 14 décembre 2001, X_____ a formé recours contre la décision de la FER-CIAM du 13 novembre 2001 devant la Commission cantonale de recours AVS/AI.

    Elle invoquait une violation du droit d'être entendu, en ce sens que la FER-CIAM n'avait pas examiné les arguments qu'elle avait soulevés ni motivé sa décision.

    Au surplus, en référence aux arguments précédemment invoqués, elle considérait la décision arbitraire, la transaction judiciaire conclue devant le Tribunal des Prud'hommes n'impliquant aucune reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail avec Monsieur E_____.

    La cause a été enregistrée sous référence n° 865/2001.

16. Dans le délai imparti par la Commission de recours, la FER-CIAM lui a adressé ses observations.

    La FER-CIAM concluait au rejet du recours, exposant en substance que la somme de Fr. 24'000.-- versée par X_____ à Monsieur E_____ devait être considérée comme un revenu d'une activité salariée soumis à cotisation. Monsieur E_____ avait bien été dans une situation de relation avec X_____ en vue d'acquérir un revenu, sinon on ne comprenait pas pourquoi cette dernière lui avait offert l'indemnisation en cause pour solde de compte. Les déclarations de Monsieur E_____ devant le Tribunal des Prud'hommes, pour certaines non contestées, le confirmaient. Enfin, le fait qu'il s'agisse d'une somme nette plutôt que brute n'était absolument pas relevant.

17. Invitée à formuler des observations écrites, X_____ a intégralement persisté dans les termes et conclusions de son recours, à l'occasion d'un courrier adressé le 28 février 2002 à la Commission de recours.

18. La cause a été transmise d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales (ci-après : TCAS) et enregistrée sous référence A/1438/2001.

19. Le 8 janvier 2004, le TCAS a invité X_____ à lui transmettre différents documents, à savoir :

    - la note datée du 4 août 2000 établie par X_____ à l'appui de la demande d'autorisation de séjour en faveur de Monsieur E_____ ;
    - la demande d'autorisation de séjour du 31 juillet 2000 ;

- la décision d'autorisation de séjour du 14 septembre 2000.

20. X_____ a transmis lesdits documents au TCAS par pli du 28 janvier 2004.

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.

   Statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 1er juillet, confirmé que la disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (arrêt 1P. 183/2004).

   Egalement saisi de la question de l'inconstitutionnalité du Tribunal cantonal des assurances sociales, il a déclaré que la création de ce tribunal ne pouvait être remise en cause, vu la force dérogatoire du droit fédéral, soit en l'occurrence l'art. 57 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA).

   Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après 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 (ci-après : Cst GE).

2. Conformément à l'article 3 al. 3 des dispositions transitoires de la LOJ, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la présente loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours AVS/AI ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales (cf. art. 56V LOJ). Le Tribunal de céans est ainsi compétent en la matière.

3. La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003 n'est pas applicable en l'espèce, dès lors que le juge des assurances sociales n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse, l'en l'espèce novembre 2001 (ATF 127 V 467 consid. 1, 121 V 386 consid. 1b ; cf. également dispositions transitoires, art. 82 al. 1 LPGA). Sont dès lors seules applicables les règles en vigueur à cette date.

4. Interjeté dans les formes et le délai légaux, le recours est recevable à la forme (art. 84 al. 1 et 85 al. 2 let. b LAVS).

5. Selon l'article 34 a al. 1 RAVS, les personnes tenues de payer des cotisations qui ne les versent pas ou ne remettent pas le décompte relatif aux cotisations paritaires dans les délais prescrits recevront immédiatement une sommation écrite de la caisse de compensation.

6. En vertu de l'article 38 al. 1 RAVS, si à l'échéance du délai, les indications nécessaires au décompte ne sont pas fournies ou si les cotisations d'employeurs ou de salariés ne sont pas payées, la caisse fixera les cotisations dues, dans une taxation d'office.

7. En l'espèce, la FER-CIAM a informé X_____ par courrier du 9 novembre 2001 qu'elle considérait que la somme de CHF 24'000.-- versée par cette dernière à Monsieur E_____ constituait un salaire déterminant au sens de l'AVS, devant être soumis à cotisation. La FER-CIAM a indiqué à X_____ qu'une facture correspondante de cotisation lui serait adressée.

   Le 13 novembre 2001, la FER-CIAM a notifié à X_____ ladite facture.

   Suite à un courrier de X_____ du 29 novembre 2001, la FER-CIAM a précisé à cette dernière que ladite facture tenait lieu de décision, les explications et moyens de droit figurant au dos de celle-ci.

8. Le Tribunal constate que la FER-CIAM n'a pas scrupuleusement suivi la procédure prévue aux articles 34 a et 38 RAVS.

   Son courrier du 9 novembre 2001 n'est pas libellé comme une sommation formelle au sens de l'art. 34 a al. 1 RAVS. La facture adressée à X_____ le 13 novembre 2001, si elle mentionne effectivement les voies de droit au verso, n'est pas non plus libellée comme une décision formelle et n'en porte d'ailleurs pas l'intitulé. En outre, ce document n'indique pas expressément qu'il est susceptible de recours.

   A cet égard, l'indication des voies de droit figurant à son verso peut se révéler ambiguë, puisqu'il y est repris, *expressis verbis,* la procédure prévue aux articles 34 a et 38 RAVS.

   Or, à défaut de s'être vu notifier une décision formelle précédée d'une sommation légale conformément aux dispositions précitées, le justiciable aurait pu partir de l'idée que l'envoi d'une simple facture n'ouvrait pas les voies de droit.

9. En l'espèce, ce serait toutefois faire preuve de formalisme excessif que de sanctionner cette irrégularité par l'annulation de la décision contestée.

En effet, il n'en est résulté strictement aucun préjudice pour X_____ qui, dès l'envoi du premier courrier d'avertissement de la FER-CIAM le 9 novembre 2001, a fait valoir ses moyens en contestant la position de cette dernière.

De plus – et cet élément apparaît décisif – X_____ a formé recours en temps utile contre la facture qui lui a été notifiée le 13 novembre 2001 et dont la FER-CIAM lui avait expressément indiqué qu'elle tenait lieu de décision formelle.

En outre, les motifs à l'appui de la décision de la FER-CIAM de soumettre la somme versée à Monsieur E_____ à cotisation étaient connus par X_____, puisqu'ils ressortent déjà du premier courrier qui lui avait été adressé le 9 novembre 2001.

X_____ fait elle-même la démonstration implicite que ces motifs lui apparaissaient parfaitement clairs, puisque cela ressort des différents arguments qu'elle a d'emblée soulevés à l'occasion de son courrier du 16 novembre 2001, puis de son acte de recours du 14 décembre 2001.

10. Pour les mêmes raisons, le grief tiré d'une violation du droit d'être entendu soulevé par X_____ doit être écarté. Comme déjà dit, cette dernière connaissait dès l'origine les motifs ayant prévalu à la décision de la FER-CIAM de soumettre la somme versée à Monsieur E_____ à cotisation et les a d'emblée contestés, en toute connaissance de cause. Partant, son droit d'être entendu n'a pas été violé. L'eût-il été que ce vice aurait de toute façon été réparé dans le cadre de la présente procédure.

Il sied par conséquent d'entrer en matière sur le fond.

11. Selon l'article 5 al. 2 LAVS, on considère comme salaire déterminant toute rétribution pour un travail dépendant effectué dans un temps déterminé ou indéterminé.

Selon la jurisprudence, le point de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée ne doit pas être tranché d'après la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires. Ce qui est déterminant, bien plutôt, ce sont les circonstances économiques. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir éventuellement quelques indices pour la qualification en matière d'AVS, mais ne sont pas déterminants. Est réputé salarié, d'une manière générale, celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise, et ne supporte pas le risque économique couru par l'entrepreneur.

Ces principes ne conduisent cependant pas à eux seuls à des solutions uniformes, applicables schématiquement. Les manifestations de la vie économique revêtent

en effet des formes si diverses qu'il faut décider dans chaque cas particulier si l'on est en présence d'une activité dépendante ou d'une activité indépendante en considérant toutes les circonstances de ce cas. Souvent, on trouvera des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activité ; pour trancher la question, on se demandera quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (ATF 123 V 162 consid. 1, 122 V 171 consid. 3a, 283 consid. 2a, 119 V 161 consid. 2 et les arrêts cités).

12. A l'appui de son recours, X_____ fait valoir, en substance, qu'elle n'aurait jamais été liée contractuellement à Monsieur E_____ et qu'elle n'aurait jamais assumé de responsabilité quelconque à l'égard de ce dernier. La conclusion d'une transaction judiciaire par Monsieur E_____ ne serait pas un élément déterminant, la somme de Fr. 24'000.-- versée à ce dernier l'ayant été à bien plaire, afin d'éviter une longue procédure judiciaire. Partant, cette somme ne serait pas soumise à cotisation au titre de l'activité dépendante.

13. Au vu des éléments du dossier, le Tribunal a acquis la conviction que la somme de Fr. 24'000.-- versée par X_____ à Monsieur E_____ est économiquement liée à l'exercice par ce dernier d'une activité dépendante et, partant, qu'elle doit être soumise à cotisation.

    Les motifs qui ont conduit X_____ à verser cette somme à Monsieur E_____ à titre de transaction judiciaire dans le cadre de la procédure initiée par ce dernier importent peu. De même, le fait que Monsieur E_____ ait adressé X_____ devant la juridiction compétente en matière de droit du travail n'est pas décisif, ce d'autant, comme l'a relevé X_____, que ladite juridiction n'a pas eu à se prononcer sur sa compétence, pas plus que sur l'existence d'une relation contractuelle entre les parties au vu de la transaction qui est intervenue.

    Cela étant, les circonstances du cas d'espèce mènent à conclure que Monsieur E_____ a déployé une activité à titre dépendant pour le compte de X_____.

    Le Tribunal retient que des pourparlers en vue d'engagement se sont tenus entre Monsieur E_____ et X_____ au mois de juin 2000.

    Le 31 juillet 2000, X_____ déposait auprès de l'Office cantonal de la population une demande d'autorisation de séjour avec activité lucrative en faveur de Monsieur E_____, pour une activité salariée en qualité de directeur de projet, pour un salaire annuel brut de Fr. 115'200.--.

    Le 4 août 2000, X_____ adressait audit Office une note motivée à l'appui de sa demande, exposant que le profil de Monsieur E_____ correspondait

parfaitement à un poste à pourvoir, pour lequel elle avait en vain recherché un candidat sur le marché local de l'emploi. L'autorisation de séjour sollicitée a effectivement été octroyée, ce dont l'Office cantonal de l'emploi a informé X_____ le 12 septembre 2000.

Monsieur E_____ a travaillé dans les locaux de X_____, où il disposait d'un bureau personnalisé et d'un ordinateur. Il a accompagné le directeur de X_____, Monsieur L_____, à l'occasion d'un voyage d'affaires en Iran en octobre 2000.

Certes, les versions de X_____ et de Monsieur E_____ divergent sur la question de savoir par quelle entité exactement et dans quelles proportions respectives celui-ci était payé. Cependant, le Tribunal constate que le montage adopté pour rémunérer Monsieur E_____ sous différentes formes et par l'intermédiaire de différents intervenants, en Arabie Saoudite notamment, s'inscrit dans le contexte d'une activité déployée avant l'obtention formelle de l'autorisation de séjour idoine, ceci pouvant expliquer cela.

Au demeurant, l'activité déployée par Monsieur E_____ apparaît avoir économiquement profité, directement ou indirectement, à X_____ - ce que la recourante a d'ailleurs admis dans ses écritures du 2 avril 2001 - quand bien même celui-ci a été en partie rémunéré par l'intermédiaire d'entités tierces.

Enfin, le fait que X_____ ait finalement décidé de se passer des services de Monsieur E_____ n'est en soi pas décisif.

Dans ces circonstances, le Tribunal estime qu'il existe un faisceau d'indices emportant la conviction que le versement de la somme de Fr. 24'000.-- par X_____ à Monsieur E_____ est économiquement lié à l'exercice par ce dernier d'une activité dépendante pour le compte de celle-ci au sens de l'article 5 al. 2 LAVS.

18. Partant, le recours se révèle mal fondé et sera rejeté.

* * *

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Déclare recevable le recours formé par X_____ SA ;

Au fond :

1. Rejette le recours ;

2. Dit qu'il n'est pas perçu d'émolument, ni alloué d'indemnité ;

4. Déboute les parties de toutes autres conclusions ;

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 qu'elle 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 :	Le président :
Janine BOFFI	Marc MATHEY-DORET

Le présent arrêt est communiqué pour notification aux parties, à l'Office fédéral des assurances sociales ainsi qu'à Monsieur Monsieur E_____ par le greffe