RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1636/2002 **ATAS/143/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

1ère chambre

du 22 février 2005

En la cause

S_____,	recourante
contre	
CAISSE DE COMPENSATION AVS-AI-APG DE LA FEDERATION DES ARTISANS ET COMMERCANTS (FACO), sise chemin Rieu 18 à Genève	intimée
Monsieur L_____,	appelé en cause

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Juliana BALDE et Maya CRAMER Juges

EN FAIT

1. Dès le 13 août 2001, Monsieur L_____ a travaillé pour S_____, société ayant pour but la recherche, le développement, la vente et les travaux de sous-traitance dans le domaine des traitements de surface.

2. Lors d'un contrôle d'employeur intervenu le 21 août 2002 et portant sur les années 1998 à 2001, il est apparu que la rémunération versée à Monsieur L_____ durant l'année 2001, soit 35'500 fr., n'avait pas été déclarée.

3. Par décision du 25 novembre 2002, la CAISSE DE COMPENSATION AVS-AI-APG DE LA FEDERATION DES ARTISANS ET COMMERCANTS (ci-après la Caisse) a fixé à 9'389 fr. 60 (intérêts moratoires compris) le montant dû par S_____, représentant les cotisations AVS/AI/APG/AC, ainsi que les contributions d'allocations familiales et d'assurance-maternité pour l'année 2001.

   La caisse a en effet considéré que l'activité de Monsieur L_____ était de type salarié soumise à cotisations paritaires.

4. Le 10 décembre 2002, la société a interjeté recours contre ladite décision auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI (ci-après la CRAVS), invoquant le fait que Monsieur L_____ était un consultant au sein de la société et non un employé. Elle joint pour preuve copie d'un contrat daté du 3 août 2001, et aux termes duquel elle « s'engage à s'assurer la collaboration de Monsieur L_____ en tant que consultant pour l'exécution de certains travaux spécifiques ». Les parties audit contrat avaient ainsi prévu que la société « n'assumera aucune des charges et affiliations à une assurance liées à un engagement en tant qu'employé ordinaire. Le consultant est tenu de s'assurer lui-même auprès d'une compagnie AVS ».

   S'agissant de la rémunération, les parties avaient convenu ce qui suit : « les honoraires sont payables sur présentation d'une note justifiant la prestation de travail. Elle devra indiquer de manière détaillée le nombre d'heures de travail effectuées. Fixée à 500 fr. par jour, cette rémunération constituera le montant total à verser au consultant pour son travail. Aucun frais supplémentaire ne pourra être engagé sans l'assentiment de S_____ ».

   Un paragraphe du contrat intitulé « Propriété intellectuelle » stipule que : « le consultant s'engage à révéler immédiatement à S_____ toute idée, invention ou amélioration qu'il pourrait trouver au cours de son travail et pendant la durée du présent contrat. Le consultant accepte de céder à S_____ ses droits d'auteur et d'inventeur sur toute matière non expressément réservée, produite ou écrite pendant la durée de ce contrat et de donner son assentiment et son aide à

S_____ pour permettre de procéder, le cas échéant, à l'enregistrement des droits de reproduction ».

Un autre paragraphe est consacré à l'obligation de garder le secret sur toutes les informations que le consultant aura eues à sa connaissance pendant la durée du contrat. Enfin, le contrat a été conclu pour une durée indéterminée, mais peut être dénoncé par les deux parties, à tout moment, moyennant un préavis de 48 heures.

5. Dans ses observations du 14 janvier 2003, la Caisse a conclu au rejet du recours, considérant que l'activité de Monsieur L_____ au sein de la société devait être qualifiée de salariée contrairement à ce qu'indiquait le contrat du 3 août 2001.

La Caisse relève que le Tribunal des Prud'hommes est également saisi du cas, Monsieur L_____ ayant dirigé une action contre la société en paiement de la somme de 18'000 fr. à titre de salaire pour les mois d'octobre à décembre 2002, et en condamnation à verser à la Caisse les arriérés de cotisations dès le 13 août 2001.

6. Invitée à se déterminer, la société a indiqué que Monsieur L_____ s'était toujours présenté comme un consultant extérieur et avait ainsi été considéré comme tel, en raison du mandat de spécialiste PVD-CVD qui lui avait été confié. Elle ajoute que les notes d'honoraires produites par ce dernier ont été réglées mensuellement par banque ou par chèque.

Figurent dans le dossier copie de plusieurs factures, dactylographiées sur papier libre, adressées par Monsieur L_____ à la société, notamment celle du 6 décembre 2001 intitulée « note des honoraires novembre 2001 » et « note des honoraires février 2002 » et toutes deux libellées de la même manière :

15 jours à 400 fr. par jour	6'000.—
15 jours frais de déplacement à 100 fr. par jour	1'500.—
Total	7'500.—

à l'exception de celle du 1er mars 2002, sur laquelle une déduction de 10,1 % à titre de l'AVS est indiquée.

7. La cause a été transmise au Tribunal de céans le 1er août 2003.

8. Le 28 octobre 2004, le greffe de la juridiction des Prud'hommes a communiqué au Tribunal de céans copies d'un jugement sur compétence daté du 1er juillet 2003 et d'un arrêt du 27 mai 2004 confirmant ce jugement.

Il ressort des faits établis par cette juridiction que l'activité de Monsieur L_____ pour la société consistait à développer de nouveaux procédés pour améliorer les produits de celle-ci. Il assumait par ailleurs une charge d'enseignement d'importance très variable auprès de l'Ecole d'ingénieurs de

Bienne et effectuait des recherches bibliographiques à l'Ecole polytechnique fédérale de Lausanne.

Il recevait des instructions de l'administration de la société en fonction des objectifs à atteindre et des projets spécifiques sur lesquels elle souhaitait avancer sur le plan de la recherche.

Il exerçait son activité dans les locaux de l'entreprise à raison de trois jours par semaine et utilisait le matériel de la société. Il organisait librement son temps de travail et décidait de la façon dont il allait mener les essais.

Il a également été relevé par la juridiction des Prud'hommes, qu'à l'origine, Monsieur L_____, répondant à une offre d'emploi, s'était finalement vu proposer une place de consultant indépendant par la société, parce que celle-ci ne pouvait pas satisfaire aux prétentions de salaire (10'000 à 12'000 fr. / mois) qu'il avait avancées.

Dans le chargé de pièces Caisse, figure un courrier du bureau comptable de la société, AGS, du 14 mars 2002, demandant à la Caisse d'enregistrer Monsieur L_____ comme salarié. Il appert de l'instruction conduite par la juridiction des Prud'hommes que cette démarche avait été entreprise par AGS parce qu'il n'avait pas eu connaissance du contrat conclu entre les parties.

Ce contrat a été résilié par la société le 11 octobre 2002. Monsieur L_____ a contesté auprès des Prud'hommes l'effet immédiat de cette résiliation au motif qu'en déclarant son salaire auprès de la Caisse, la société avait admis que l'accord du 13 août 2001 était un contrat de travail.

Le jugement du Tribunal des Prud'hommes, confirmé par celui de la Cour d'Appel, a considéré que les parties étaient liées par un contrat de mandat et non par un contrat de travail.

9. Les parties ont été informées de l'apport au dossier de ces jugements et copie leur en a été communiquée.

10. Par arrêt du 4 novembre 2004, Monsieur L_____ a été appelé en cause. Un délai au 22 novembre 2004 lui a été imparti pour se déterminer. Il ne l'a pas utilisé.

11. 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.

   Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch.1 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 LPGA qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. 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, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). En revanche, en ce qui concerne la procédure, et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit s'applique sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). C'est pourquoi les procédures pendantes au 1er janvier 2003 ou introduites après cette date devant un tribunal cantonal compétent en matière d'assurances sociales sont régies par les nouvelles règles de procédure contenues dans la LPGA et par les dispositions de procédure contenues dans les différentes lois spéciales modifiées par la LPGA.

3. Selon l'art. 12 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS), l'employeur est tenu de payer des cotisations paritaires pour les personnes qu'il emploie.

   Le litige porte dès lors sur la question de savoir si Monsieur L_____ est, lorsqu'il a travaillé en qualité de consultant pour la société, salarié de celle-ci ou indépendant.

   L'art. 5 al. 2 LAVS définit le salaire déterminant comme étant la rémunération pour un travail dépendant fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Doit en principe être considéré comme exerçant une activité dépendante, celui qui ne

supporte pas de risque économique analogue à celui qui est encouru par l'entrepreneur et dépend de son employeur du point de vue économique ou dans l'organisation du travail (Directives sur le salaire déterminant N° 1013). Constituent notamment des indices révélant l'existence d'un risque économique d'entrepreneur le fait que l'assuré :

- opère des investissements importants
- encourt les pertes
- supporte le risque d'encaissement de ducroire
- supporte les frais généraux
- agit en son propre nom et pour son propre compte
- se procure lui-même les mandats
- occupe du personnel
- utilise ses propres locaux commerciaux.

Le rapport social de dépendance économique, respectivement dans l'organisation du travail, du salarié se manifeste notamment par l'existence :

- d'un droit de donner des instructions au salarié
- d'un rapport de subordination
- de l'obligation de remplir la tâche personnellement
- d'une prohibition de faire concurrence
- d'un devoir de présence.

Les manifestations de la vie économique revêtent 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.

On peut donner la prépondérance soit au critère risque économique soit à celui du rapport de dépendance, ou à leurs manifestations respectives, suivant les circonstances particulières de chaque cas.

Ainsi certaines activités ne requièrent par nature pas « d'investissements élevés », comme par exemple celles de conseiller ou de « collaborateur libre ». Le rapport de dépendance est alors mis au premier plan (cf. RCC 1984, p. 581).

Certains rapports de service impliquent par nature que le mandant donne des instructions détaillées au mandataire. Dans de telles circonstances, le rapport de subordination n'acquiert de l'importance que s'il dépasse la mesure habituellement observée en pareille occurrence. L'accent sera mis, le cas échéant, sur le risque économique d'entrepreneur - tel est, par exemple, le cas des chauffeurs sous contrat.

On ne connaît pas de présomption juridique en faveur de l'activité salariée ou indépendante.

4. En l'espèce, la société considère que Monsieur L_____ est de condition indépendante. Elle a produit le contrat conclu avec celui-ci en date du 13 août 2001.

   Or, n'est pas décisive la nature du rapport établi entre les parties. La notion de salaire déterminant se définit exclusivement d'après le droit de l'AVS. Elle est particulière à ce domaine du droit. Elle est notamment plus large que celle du salaire au sens des dispositions régissant le contrat de travail. Elle englobe certes celui-ci : le salaire dans le contrat de travail sera toujours aussi un salaire déterminant. Mais des rétributions découlant d'un mandat, d'un contrat d'agence, d'un contrat d'entreprise ou d'un autre contrat peuvent aussi appartenir au salaire déterminant. Le rapport de droit civil peut certes fournir éventuellement quelques indices pour la qualification en matière d'AVS, mais n'est pas absolument décisif (cf. RCC 1986, p. 650). Ne sont pas non plus déterminants les conventions ou accords portant sur la situation juridique AVS des parties ou sur la qualification juridique d'une rétribution dans l'AVS (cf. Directives sur le salaire déterminant N° 1022 ss.). Aussi le fait que la juridiction des Prud'hommes ait considéré que les parties étaient liées par un contrat de mandat et non par un contrat de travail n'implique-t-il pas nécessairement que Monsieur L_____ doive être considéré comme indépendant au regard de la LAVS.

5. Il appert du dossier que Monsieur L_____ ne courait pas un véritable risque économique d'entreprise dans la mesure où il facturait à la société le nombre d'heures de travail effectuées et était rémunéré selon un tarif forfaitaire convenu de 500 fr. par jour. Il n'avait pas d'autre client que la société et n'en recherchait du reste pas. Il n'avait pas non plus à opérer d'investissements puisqu'il exerçait son activité dans les locaux de la société et utilisait son matériel. Il était lié à la société par une clause l'obligeant à révéler toute idée, invention ou amélioration qu'il pourrait trouver. Il cédait par ailleurs ses droits d'auteur et d'inventeur sur tout ce qui aurait été produit ou écrit durant le contrat.

   Certes, organisait-il librement son temps de travail, ne recevant des instructions qu'en fonction des objectifs à atteindre. Cette liberté apparaît cependant plutôt liée au type même d'activité de consultant et ne peut de ce fait constituer un élément déterminant.

   Le Tribunal de céans est ainsi d'avis que les caractéristiques d'une activité salariée sont en l'espèce prédominantes. Il y a du reste lieu de rappeler que dans un premier temps la société cherchait à engager un employé et qu'elle n'y avait renoncé, pour conclure un contrat qualifié de mandat, que parce qu'elle ne pouvait assumer les prétentions salariales avancées par Monsieur L_____.

De plus, celui-ci, en engageant une procédure auprès du Tribunal des Prud'hommes, a clairement démontré qu'il considérait être lié à la société par un contrat de travail.

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. Dit que la procédure est gratuite.

4. 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 :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

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