RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1774/2002 **ATAS/245/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 15 avril 2004

3ème Chambre

En la cause

Monsieur F_____ recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION
route de Chêne 54, 1211 Genève 29 intimée

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,
Mesdames Juliana BALDE et Isabelle DUBOIS, juges

EN FAIT

1. En date du 5 décembre 2001, la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la caisse) a effectué un contrôle d'employeur auprès de la Résidence du Mandement, pension pour personnes âgées (ci-après : l'établissement).

2. Par décision du 14 décembre 2001, la caisse a informé le Dr F_____ qu'elle avait exigé de l'établissement le paiement de cotisations paritaires sur la somme de 43'200 francs qu'il avait perçue à titre de rémunération pour son activité de médecin-répondant, considérée comme une activité salariée, pour la période d'octobre 1998 à décembre 2000.

3. La caisse a précisé que puisque l'établissement n'avait retenu aucune cotisation sur la rémunération en cause, il pourrait, en sa qualité d'employeur, réclamer le montant des cotisations mises à la charge du salarié (soit 2'829 francs 60) et ce, dès l'entrée en force de la décision.

4. Par acte du 21 décembre 2001, le Dr F_____ a interjeté recours contre ladite décision. Il a produit le cahier des charges établi à l'intention des médecins-répondants en établissement médico-social (EMS) genevois. Ce document recommande qu'une rémunération soit fixée dans la convention passée avec l'établissement, sans que la nature de ce versement soit précisée. Le recourant souligne que le médecin répondant exerce un rôle de conseil et de contrôle de l'EMS et doit par conséquent conserver sa liberté et son indépendance. Le recourant indique qu'il a déclaré les rémunérations litigieuses à la caisse à laquelle il était affilié en tant qu'indépendant et que le paiement des cotisations y relatives a été effectué. Il admet néanmoins avoir accepté dès 2001 de devenir salarié de l'établissement, en raison de la modification du statut du médecin répondant, qui, selon lui, a évolué avec le temps.

5. Dans son préavis du 1er mars 2002, la caisse a conclu au rejet du recours, estimant que l'activité du médecin répondant doit être considérée comme dépendante. Elle

allègue que le médecin qui exerce au sein d'un établissement de soins, même si ce n'est que de manière accessoire, doit être considéré comme salarié de l'EMS. Elle fait valoir que le recourant ne supportait aucun risque économique et qu'il n'était pas lié par contrat avec les patients mais seulement avec l'établissement. En outre, la caisse soutient qu'il existait un lien de subordination entre l'établissement et le médecin, puisque ce dernier ne pouvait librement choisir les résidents auxquels il prodiguait des soins. Par ailleurs, la caisse réfute l'argument selon lequel il n'y aurait pas dommage, les cotisations ayant été payées à la caisse à laquelle il était affilié en tant qu'indépendant. Il appartient selon elle à l'assuré de réclamer les cotisations versées à tort à sa caisse. Enfin, la caisse relève que l'établissement n'a quant à lui pas contesté son décompte.

6. Invité à se déterminer, l'assuré a fait valoir dans sa réplique du 19 mars 2003 qu'en sa qualité de médecin-répondant, il ne soignait pas les patients, mais se contentait d'exercer une activité de contrôle et de conseil auprès de l'administration de l'EMS. Il a ajouté qu'il n'existait aucun lien de subordination vis-à-vis de la direction de l'établissement, mais une relation de collaboration et de surveillance.

EN DROIT

1. La loi du 14 novembre 2002 modifiant la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ ; E 2 05), entrée en vigueur le 1er août 2003, a institué un Tribunal cantonal des assurances sociales statuant en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse (ci-après LAVS [RS 831.10] ; cf. art. 1, let. r et 56V al. 1, let. a ch. 1 LOJ). Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi précitée et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales. La compétence du Tribunal de céans est dès lors établie pour connaître du présent litige.

2. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA ; 830.1) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants. Le cas d'espèce demeure toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel 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 (ATF 127 V 467, consid. 1, 121 V 386, consid. 1b ; cf. également dispositions transitoires, art. 82 al. 1 LPGA). Le présent litige sera en conséquence examiné à la lumière des dispositions de la loi sur l'assurance-vieillesse et de son règlement en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002. Les dispositions légales seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.

3. Le Tribunal de céans constate que le présent recours, interjeté en temps utile, est recevable conformément à l'art. 84 al. 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1945 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS ; RS 831.10).

4. Selon l'article 12 LAVS, est considéré comme employeur, et partant, tenu de s'acquitter de payer des cotisations, quiconque verse à des personnes

obligatoirement assurées une rémunération au sens de l'article 5 alinéa 2 LAVS. Le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant fourni pour un temps déterminé ou indéterminé (art. 5 al. 2 LAVS).

Selon la jurisprudence, pour trancher la question de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée, la nature juridique des rapports contractuels existants n'est pas déterminante. Il faut s'en tenir davantage à la situation économique. Certes, les rapports de droit privé sont susceptibles, le cas échéant, de fournir des indices pour la qualification du statut juridique vis-à-vis de l'AVS mais il ne sont pas décisifs. On admet généralement l'existence d'une activité salariée lorsqu'une personne dépend d'un employeur du point de vue économique et dans l'organisation du travail et qu'elle ne supporte pas le risque spécifique à l'entreprise (VSI 2001 p. 252 consid. 2a; VSI 1998 p. 235 consid. 4a; VSI 1997 p. 106s. consid. 2a).

Le risque particulier de l'entrepreneur découle du fait que, quel que soit le résultat de son activité, il doit supporter les coûts de son entreprise, en particulier les frais généraux, pertes, risque d'encaissement et de ducroire (VSI 1998 p. 235 consid. 4a; GREBER / DUC / SCARTAZZINI, Commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, ad art. 5 LAVS, n°111).

A eux seuls toutefois, ces principes ne permettent pas de dégager des solutions uniformes qui soient applicables systématiquement. La diversité des situations qui caractérisent la vie économique oblige à apprécier le statut de cotisant d'une personne active en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas particulier. Comme il arrive souvent que l'on retrouve dans un cas d'espèce les caractéristiques des deux genres d'activité, il faut alors se demander quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (VSI 2001 p. 252 consid. 2a ; VSI 1998 p. 235 consid. 4a; ATF 123 V 162s. consid. 1 = VSI 1998 p. 56 consid. 1 ; ATF 122 V 171 = VSI 1996 p. 256 consid. 3a ; ATF 122 V 283 = VSI 1997 p. 106s. consid. 2a ; ATF 119 V 161s. consid. 2 = VSI 1993 p. 226 consid. 2 et réf. citées; RCC 1992 173s. consid. 3). Ainsi, il est sans importance que la caisse de compensation ait qualifié d'indépendants d'autres personnes

exerçant la même profession. En effet, pour qualifier une activité déterminée d'indépendante ou de dépendante, on évalue toutes les circonstances du cas particulier, ce qui exclut les solutions schématiques (RCC 1992 176 consid. 5).

Les caractéristiques d'une activité indépendante sont des investissements d'une certaine importance, l'utilisation de ses propres locaux de travail et la rétribution de son propre personnel (VSI 1997 p. 107 consid. 2b; ATF 119 V 163 consid. 3b = 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; RCC 1986 p. 126 consid. 2b).

En revanche, 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 (ex : n'est pas libre de refuser les mandats, 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; REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 12ème éd., p. 34ss; VISCHER, Der Arbeitsvertrag, SPR VIII/1 p. 306 = Traité de droit privé suisse, vol. VII, tome I, 2, 1982 p. 34). 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; ATF 112 V 169 = VSI 1996 p. 256).

5. En l'espèce, il ressort des pièces versées au dossier et des allégations du recourant que ce dernier est soumis, sur le plan de l'organisation déjà, à la direction de l'établissement. Il n'est pas libre d'admettre ou de refuser les résidents. Le recourant n'a pas non plus le pouvoir de choisir son personnel, de l'engager, le cas échéant de le licencier ; il ne dispose pas davantage de compétences pour décider d'investissements. Il reçoit une rémunération forfaitaire de 1'600 francs par mois en sa qualité de médecin répondant. Le contrat opère d'ailleurs lui-même la distinction entre le médecin-répondant et le médecin-traitant, ce dernier étant rémunéré à l'acte, selon les tarifs en vigueur. L'assurance responsabilité civile de l'établissement doit couvrir le médecin répondant pour son activité de surveillance médicale. D'autre part, le recourant doit participer au moins une fois par année à une séance de l'organe suprême de l'établissement au cours de laquelle il doit présenter son rapport annuel d'activité. Il utilise en outre les locaux et les installations de l'établissement. Au vu de ces éléments, il y a lieu de considérer qu'il ne supporte aucun risque économique lié à sa profession. Ces considérations constituent des indices d'une activité dépendante.

6. On peut cependant accorder un certain poids à divers éléments en faveur d'une activité indépendante. A cet égard, le recourant a précisé qu'il ne soignait pas de patients mais qu'il exerçait uniquement une activité de contrôle et de surveillance de l'établissement auprès de la direction. En cas de constatations graves, il pourrait être amené à avertir l'Autorité de surveillance ad hoc. Dans ce cas précis, il n'existe effectivement pas de rapport de subordination entre la direction et le médecin, qui peut décider seul de dénoncer des problèmes liés au fonctionnement de l'établissement. En cas d'absence, notamment pendant les vacances, le médecin doit payer lui-même son remplaçant. D'autre part, selon le contrat, le médecin agissant à titre de médecin indépendant doit régler seul sa situation face aux assurances sociales. Sur ce dernier point, il faut toutefois relever que les arrangements portant sur la situation juridique AVS des parties ne sont pas décisifs pour qualifier une activité de salariée ou d'indépendante (n°1024 des Directives de l'Office fédéral des assurances sociales sur le salaire déterminant -DSD).

7. Au vu de ce qui précède, les éléments en faveur d'une activité lucrative dépendante apparaissent prédominants au sens de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants et de la jurisprudence y relative. Ce d'autant plus que l'activité du médecin répondant a été considérée dès 2001 comme une activité salariée et que l'établissement n'a pas remis en cause cette qualification lorsqu'elle a reçu la décision de la caisse lui réclamant le paiement des cotisations paritaires. Force est donc de constater que le médecin répondant doit être considéré comme salarié durant la période d'octobre 1998 à décembre 2000. Son employeur doit dès lors s'acquitter envers la caisse des cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC pour les montants qui lui ont été versés durant cette période.

8. S'agissant des cotisations versées par le recourant à sa caisse, il sied de rappeler qu'aux termes de l'art. 41 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS), quiconque a payé des cotisations qu'il ne devait pas peut en réclamer la restitution à la caisse de compensation. Les cotisations payées en trop sur le gain de l'activité indépendante pour l'année faisant l'objet d'une réclamation de cotisations paritaires arriérées doivent être imputées sur la part du salarié des cotisations paritaires réclamées à l'employeur (cf. n° 3035 des Directives sur la perception des cotisations - DP).

* * *

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant,
conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ

A la forme :

1. Constate que le recours est 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 jugement 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. Ce mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs le recourant estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter la signature du recourant ou 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 au mémoire s'il s'agit de pièces en possession du recourant. Seront également jointes au mémoire 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

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