

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3462/2009

ATAS/81/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 5

du 20 janvier 2010

En la cause

Monsieur S _____, domicilié à VOUGY, France, représenté
par Madame T _____

demandeur

contre

Monsieur U _____, c/o Salon de coiffure à GENEVE,
comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître
HALAUCESCU Oana

défendeur

**Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et Evelyne
BOUCHAARA, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur S_____ a été engagé en tant que coiffeur dans le salon X_____ à Genève à compter du 1^{er} mai 1999 par M. U_____. Aux termes du contrat de travail signé par les parties le 11 mars 1999, le salaire brut était de 3'500 fr. par mois. Après la période d'essai de trois mois, le contrat prévoyait une "proposition de salaire en pourcentage". Pour le surplus, les parties se soumettaient à la convention collective nationale des coiffeurs (ci-après : CCNC).
2. Sur les décomptes de salaire établis par l'employeur et contresignés par l'employé, le salaire de référence, inscrit en en-tête, était de 3'500 fr., tout au long des rapports de travail. Cependant, les montants figurant dans la colonne "salaire brut" ont différé selon les années entre 2'800 fr. et 3'750 fr. par mois, alors même que l'employé a toujours travaillé à plein temps. Le salaire annuel brut déclaré aux autorités fiscales était de 33'600 fr., correspondant à 2'800 fr. par mois.
3. Le 28 octobre 2005, l'employé a subi un accident de moto entraînant une incapacité de travail de 100%. A la suite de cet accident, il a perçu les indemnités de perte de gain à hauteur de 80 % du salaire mensuel déclaré de 3'500 fr. brut.
4. Le 27 avril 2006, l'employeur a résilié les rapports de travail pour le 30 juin 2006.
5. Par courrier du 9 septembre 2006, l'ex-employé a réclamé à son ancien employeur le paiement du solde de vacances, sa carte AVS et un certificat de travail. Il a en outre requis des explications concernant les cotisations LPP depuis 1999, sur la base d'un salaire brut de 3'500 fr.
6. Le 23 octobre 2006, l'intéressé a saisi la juridiction des prud'hommes d'une demande à l'encontre de son ancien employeur en paiement de 11'466 fr. 70, plus intérêts moratoires de 5 % dès le dépôt de la demande, à titre d'indemnité de 20 jours de vacances, de tort moral et d'une indemnité pour rupture abusive, ainsi que de salaires pour les deux mois de délai de congé. Il a conclu également à la délivrance d'un certificat de travail et à la restitution de sa carte AVS. Pour le calcul de ses prétentions, il s'est fondé sur un salaire mensuel brut de 3'500 fr. et de 2'800 fr. net.
7. L'ex-employeur a conclu au déboutement de la demande et, reconventionnellement, à ce que son ancien employé soit condamné à lui verser la somme de 4'142 fr. 40, plus intérêts moratoires de 5 %, représentant la moitié des cotisations de prévoyance professionnelle qu'il avait dû payer pour lui à son institution de prévoyance avec effet rétroactif le 19 octobre 2006, moins la somme de 777 fr. 75 qu'il reconnaissait lui devoir pour des jours de vacances non pris en nature.

8. Par écritures du 23 janvier 2007, l'intéressé a conclu à l'irrecevabilité de la demande reconventionnelle, faute de compétence *ratione materiae* de la juridiction des Prud'hommes, et a ramené ses prétentions à 6'914 fr. 35, avec intérêts de 5 % dès le 30 juin 2006. Il a également conclu à la constatation que son salaire brut réel s'était élevé, de 1999 à fin 2003, à 4'100 fr. et, de 2004 à 2006, à 4'125 fr.
9. Par écritures du 2 février 2007, l'ex-employeur a réduit ses conclusions reconventionnelles à la somme de 3'887 fr. 55, plus intérêts moratoires de 5 %, en raison du remboursement partiel opéré par la fondation de prévoyance de l'entreprise. La somme réclamée correspondait à la moitié de la somme de 9'330 fr. 60 payée à titre de cotisations LPP, sous déduction de 777 fr. 75 que l'ex-employeur reconnaissait lui devoir encore.
10. Lors de l'audience de comparution personnelle du 3 avril 2007 devant le Tribunal des Prud'hommes, l'ex-employeur a notamment déclaré que la différence sur les fiches de salaires venait, selon toute vraisemblance, du fait qu'il avait engagé l'intéressé sur la base du salaire mensuel de 3'500 fr. prévu par la CCNC. A la demande de ce dernier, il avait cependant déclaré par la suite un salaire brut moins élevé pour que son employé ait moins de charges sociales. En 2002, il avait déclaré un salaire supérieur, afin que l'intéressé puisse bénéficier d'un crédit pour l'achat d'une maison en France. Ce dernier a contesté cette affirmation et a expliqué la différence par une augmentation du salaire de référence dans la CCNC.
11. Par jugement du 29 mai 2009, le Tribunal des Prud'hommes a déclaré la demande reconventionnelle de l'ex-employeur irrecevable au motif que la juridiction des prud'hommes n'était pas compétente *ratione materiae* pour connaître des litiges relevant de l'application de la législation en matière de sécurité sociale, notamment s'agissant de la fixation du montant des cotisations sociales, du mode et de l'étendue de leur perception. Il a également déclaré irrecevable les conclusions du demandeur en constatation de droit. Considérant que le salaire convenu réel était de 3'500 fr. brut par mois, il a condamné l'ex-employeur à payer à son ancien employé la somme de 3'670 fr. 70, sous déduction des cotisations sociales légales usuelles.
12. Par acte du 9 juillet 2009, l'intéressé a interjeté appel contre ce jugement, en concluant à sa confirmation en ce qu'il a déclaré la juridiction des Prud'hommes incompétente pour statuer sur la demande reconventionnelle relative au deuxième pilier, à la constatation que son salaire brut s'était élevé, de 1999 à fin 2003, à 4'100 fr. et, de 2004 à 2006, à 4'125 fr., en application de la CCNC, ainsi qu'à la condamnation de l'ex-employeur au paiement de la somme de 6'914 fr. 35 avec intérêts à 5 % dès le 30 juin 2006, à titre d'indemnité de vacances.
13. Le 24 septembre 2009, l'intéressé saisit le Tribunal de céans d'une demande à l'encontre de son ex-employeur, en concluant à la constatation que son salaire brut s'est élevé, de 1999 à fin 2003, à 4'100 fr. et, de 2004 à 2006, à 4'125 fr. en

application de la CCNC, ainsi qu'à la condamnation de ce dernier au paiement des charges sociales AVS, AI, APG et du deuxième pilier sur cette base depuis le début du contrat de travail en mai 1999.

14. Par écritures du 23 octobre 2009, le défendeur conclut à l'irrecevabilité de la demande. Préalablement, il demande la suspension de la présente procédure jusqu'à droit jugé dans la procédure pendante devant la Chambre d'appel de la juridiction des Prud'hommes. Subsidiairement, il conclut au rejet de la demande et, sur demande reconventionnelle, à la condamnation du demandeur au paiement de la somme de 4'665 fr. 30 avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} novembre 2006, sous suite de dépens. Le défendeur explique dans ses écritures avoir également formé appel contre le jugement du Tribunal des Prud'hommes, par acte du 13 juillet 2009.
15. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. En premier lieu, il convient d'examiner si la demande, en ce qu'elle conclut à la constatation du salaire déterminant, ne doit pas être déclarée irrecevable en raison d'une litispendance de la cause devant la Chambre d'appel du Tribunal des Prud'hommes.
 - a) Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, le juge doit examiner d'office les exigences formelles d'une procédure et notamment la question de savoir si la même cause est déjà pendante devant une autre juridiction (ATF 125 V 345 consid. 1a p. 347). La question de la force de chose jugée matérielle d'un jugement pour des causes entamées ultérieurement est une question de droit fédéral (ibidem consid. 1b).
 - b) En l'espèce, le demandeur a conclu devant le Tribunal des Prud'hommes ainsi que devant la Chambre d'appel de la Cour de justice de ce Tribunal à la constatation que son salaire brut s'était élevé, de 1999 à fin 2003, à 4'100 fr. et, de 2004 à 2006, à 4'125 fr. en application de la CCNC. Devant le Tribunal de céans, il a pris exactement la même conclusion.

Partant, indépendamment de la question de la recevabilité d'une demande en constatation de droit, laquelle est en principe subsidiaire, il y a lieu de considérer qu'une demande précédente concernant le même objet est déjà pendante devant une autre juridiction. Les conclusions tendant à la constatation du salaire déterminant devant le Tribunal de céans doivent par conséquent être déclarées irrecevables déjà pour ce motif.

2. Le demandeur conclut également à la condamnation du défendeur au paiement des charges sociales AVS, AI, APG et du deuxième pilier depuis le début du contrat de travail en mai 1999.

a) En ce qui concerne les cotisations AVS, AI et APG, l'art. 56V al. 1 let. a ch. 1, 2 et 7 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05) prescrit que le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique les contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS ; RS 831.10), à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité, du 19 juin 1959 (LAI ; 831.20) et à la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (loi sur les allocations pour perte de gain, LAPG; RS 834.1)

Selon l'art. 56 al. 1 LPGA, les décisions sur opposition des assureurs sociaux et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours.

En l'occurrence, le demandeur ne conteste aucune décision relative aux cotisations AVS, AI et APG. Le Tribunal de céans ne saurait dès lors être compétent pour statuer sur le paiement de ces cotisations aux différents assureurs sociaux visés.

b) Concernant les cotisations de prévoyance professionnelle, la compétence du Tribunal de céans est limitée, *ratione materiae*, pour trancher les contestations qui portent sur des questions spécifiques de la prévoyance professionnelle, au sens étroit ou au sens large (ATF 122 III 59 consid. 2, ATF 120 V 18 consid. 1a, ATF 117 V 50 consid. 1, ATF 116 V 220 consid. 1a; WALSER, *Der Rechtsschutz der Versicherten bei Rechtsansprüchen aus beruflicher Vorsorge*, Mélanges pour le 75ème anniversaire du TFA, p. 477 ss). Une contestation entre un employeur et un ayant droit peut porter, en particulier, sur le versement des cotisations par l'employeur à l'institution de prévoyance (art. 66 al. 2 et 3 LPP). Dans un tel cas, ce ne sont pas les juridictions des prud'hommes qui sont compétentes, mais le juge désigné en vertu de l'art. 73 LPP, même si la question de l'existence d'un contrat de travail entre les parties doit être tranchée à titre préjudiciel (ATF 120 V 26 consid. 2 et les références). En revanche, les voies de droit de l'art. 73 LPP ne sont pas ouvertes lorsque la contestation a un fondement juridique autre que le droit de la prévoyance professionnelle, même si elle devait avoir des effets relevant du droit de la prévoyance (ATF 128 V 44 consid. 1b, 127 V 35 consid. 3b et les références ; ATF 122 III 59 consid. 2; MEYER-BLASER, *Die Rechtsprechung von Eidgenössischem Versicherungsgericht und Bundesgericht zum BVG*, in RSAS 1995 p. 105 ss) ;

En l'occurrence, le litige oppose certes un employé à son employeur pour le paiement des cotisations à l'institution de prévoyance professionnelle. Il appert toutefois que le paiement même de ces cotisations n'est contesté ni par l'employé ni par l'employeur. En effet, le premier réclame dans la présente procédure précisément le paiement des cotisations du deuxième pilier et le second admet l'obligation d'affiliation à une institution de prévoyance, ainsi que l'obligation en découlant de payer les cotisations y afférentes, dès lors qu'il affirme les avoir rétroactivement payées et réclame la moitié de celles-ci au demandeur à titre reconventionnel. Seul est litigieux le salaire déterminant en fonction duquel les cotisations doivent être calculées.

Partant, il ne saurait être considéré en l'occurrence qu'il s'agit d'une question spécifique à la prévoyance professionnelle.

Par ailleurs, même s'il appartient également au juge des assurances sociales de trancher éventuellement à titre préjudiciel l'existence d'un contrat de travail, ainsi que le montant du salaire, il y a lieu de constater en l'espèce que cette question est déjà pendante devant la Chambre d'appel de la Cour de justice du Tribunal des Prud'hommes, de sorte que le Tribunal de céans ne saurait s'en saisir, comme cela a été exposé ci-dessus.

3. Au vu de ce qui précède, la demande sera déclarée irrecevable. De ce fait, il n'y a pas non plus lieu d'entrer en matière sur la demande reconventionnelle subsidiaire.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

1. Déclare la demande irrecevable.
2. Dit que la procédure est gratuite.
3. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Claire CHAVANNES

Maya CRAMER

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales, ainsi qu'à la Chambre d'appel du Tribunal des Prud'hommes, par le greffe le