

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4400/2006

ATAS/1022/2007

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 2

du 25 septembre 2007

En la cause

Monsieur H_____, domicilié , GENEVE, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Michael ANDERS

recourant

contre

MOBILIERE SUISSE ASSURANCES, sise Bundesgasse 35,
BERNE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître
Philippe GRUMBACH

intimée

Siégeant : Isabelle DUBOIS, Présidente; Christine BULLIARD-MANGILI et Bertrand REICH, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur H_____ (ci-après : le recourant), né en 1972, a donné des cours collectifs et effectué des remplacements du 1^{er} avril au 2 août 2004 pour le compte de X_____ SA (ci-après : LGF; anciennement Y_____ SA) dans le club d'Yverdon. Durant cette période, il a également exercé une activité de masseur dans les locaux de LGF.
2. Il a facturé et reçu de la part du fitness 1'209 fr. 70, le 1^{er} juin 2004, 1'794 fr. 90, le 30 juin 2004, et 195 fr., le 13 août 2004.
3. Le 2 août 2004 vers 20h00, il a été agressé sur l'autoroute Genève-Lausanne par un automobiliste roulant sous l'emprise de l'alcool qui a heurté avec son véhicule la moto du recourant immobilisée sur une aire de repos. Son pied gauche a été coincé entre la voiture et sa moto. Depuis cet accident, son incapacité de travail est entière et il a gardé des séquelles sous forme, notamment, de douleurs à la cuisse gauche, à l'épaule droite ainsi qu'à l'avant-bras gauche.
4. A la demande du recourant, le 9 août 2004, LGF a certifié que le recourant lui sous-louait un local de massage pour une activité indépendante et qu'il avait effectué des extras dans son fitness d'Yverdon d'avril à juillet 2004 pour des cours collectifs d'un minimum de 4 heures par semaine plus remplacements à raison de 60 fr. l'heure et heures de réception au tarif de 20 fr. l'heure. Il a précisé qu'une commission de 5% était allouée au recourant pour les contrats signés lors de ses jours de présence. Il a également indiqué que, dès le 1^{er} août 2004, il envisageait de lui confier des cours collectifs à raison de 100 fr. l'heure et de lui louer une cabine de massage pour 500 fr. par mois. En outre, il a informé le recourant qu'en raison de son accident et de son incapacité de travail, leur collaboration cessait.
5. Le 22 juin 2005, le recourant a demandé à LGF de lui transmettre les coordonnées de son assureur-accidents puisqu'il était employé du fitness au moment de l'accident.
6. Un échange de correspondance s'en est suivi.
 - Par courrier du 30 juin 2005, LGF a estimé ne pas pouvoir accéder à cette demande dans la mesure où le recourant n'était pas employé de la société mais sous-louait une salle de massage dans le club d'Yverdon pour une activité indépendante.
 - Le 28 juillet 2005, le recourant a répondu à LGF qu'il ne lui avait versé aucun loyer pour une quelconque sous location de locaux à Yverdon mais qu'en revanche, il avait reçu de sa part les salaires de 2'960 fr. pour mai 2004, 3'141 fr.

pour juin 2004 et 4'250 fr. pour juillet 2004 tout en précisant qu'il restait dans l'attente d'un versement de 2'500 fr. pour le mois d'août 2004.

- Dans un courrier du 29 septembre 2005, LGF a précisé que le recourant avait créé la société Z_____ 1 (ci-après : BSC) qu'il avait exploitée en lui sous-louant un local de massage. Il a expliqué que puisque le recourant n'arrivait pas à payer son loyer, il lui avait proposé d'effectuer des heures en tant qu'indépendant qu'il facturait au nom de sa société.

7. Le 14 novembre 2005, le recourant s'est alors adressé à l'institution supplétive LAA et a expliqué qu'il travaillait pour LGF au bar, à la réception et comme moniteur en salle pour une rémunération de 20 fr. l'heure étant précisé que le décompte d'heures était inscrit sur le registre ad hoc du fitness. Il a indiqué qu'à cette rémunération s'ajoutait une commission de 5% sur tous les contrats conclus par des clients du fitness durant ses jours de présence. Il a ajouté qu'il travaillait également dans ce fitness en tant que moniteur pour les cours collectifs à raison d'un minimum de quatre heures par semaine pour une rémunération horaire de 60 fr. au lieu de 100 fr. étant précisé que la différence de 40 fr. était imputée sur le loyer dont il était redevable. Eu égard au contrat de travail existant entre LGF et lui-même, il a demandé à l'institution supplétive LAA d'intervenir.
8. Le 20 janvier 2006, la Caisse supplétive LAA a informé le recourant que LGF était couvert par la MOBILIÈRE SUISSE SOCIÉTÉ D'ASSURANCE (ci-après : l'intimée).
9. Le 23 janvier 2006, le recourant a demandé à l'intimée d'ouvrir un dossier à la suite de son accident. Considérant que le recourant n'était pas couvert par la police LAA de LGF dans la mesure où il travaillait en tant qu'indépendant et qu'il n'existait aucun contrat de travail, le 22 février 2006, l'intimée a refusé d'intervenir.
10. Par décision du 16 mars 2006, elle a confirmé sa position et a rappelé que, selon le preneur d'assurance, le recourant travaillait dans ses locaux en tant qu'indépendant et qu'aucun salaire ne lui avait été versé.
11. À la suite de l'opposition formée par le recourant, le 28 avril 2006, l'intimée a rendu une décision sur opposition, le 22 août 2006, par laquelle elle a rejeté tant l'opposition que la demande d'assistance juridique. Elle a relevé que le recourant n'avait produit ni contrat écrit, ni certificat de salaire, ni attestation AVS, qu'il n'avait pas été intégré à l'assurance-maladie collective renouvelée par LGF, le 2 juillet 2004, alors qu'il était actif dans le centre d'Yverdon-les-Bains et, enfin, qu'il n'avait pas annoncé son accident à LGF dans un délai raisonnable après la survenance de celui-ci.
12. Par acte du 24 novembre 2006, le recourant a déposé un recours devant le Tribunal de céans. Il a conclu sous suite de dépens, préalablement, à la production par

l'intimée de toutes les quittances relatives aux sommes d'argent qui lui avaient été versées et à l'audition des parties ainsi que de l'administrateur de LGF, principalement, à ce que son droit aux prestations de l'assurance-accidents lui soit reconnu et que l'assistance juridique à la charge de l'intimée lui soit accordée à compter du 22 juin 2005. Il a allégué que le contrat de travail conclu entre les parties prévoyait qu'il devait être présent à la réception du fitness pour accueillir les membres et les servir au bar, qu'il était chargé de faire le ménage et devait fonctionner comme moniteur de sport. Il a souligné que la rémunération de 20 fr. l'heure pour cette activité était nettement en dessous de ce qu'il aurait pu facturer en tant qu'indépendant de même que celle de 100 fr. l'heure pour les cours collectifs ce qui attestait d'une rémunération versée à un employé. En outre, il a allégué que son employeur fixait ses horaires de travail, le lieu où devait s'exercer son activité ainsi que la nature des tâches effectuées et qu'il était obligé de se conformer à ses directives. Il a également expliqué qu'il devait remettre à LGF le décompte des heures effectuées en salle et des cours afin que l'employeur puisse calculer son salaire à la fin de chaque mois ce qui confirmait la relation de travail entre les parties. Il a précisé qu'il avait créé l'enseigne BSC pour favoriser ses débuts d'indépendant à temps très partiel tout en travaillant principalement pour LGF.

13. Dans sa réponse du 16 janvier 2007, l'intimée a conclu au rejet du recours. Elle a admis que, d'avril à juillet 2004, le recourant avait donné des cours collectifs à raison de quatre heures par semaine environ et avait effectué des extras à la réception de LGF. Toutefois, elle a soutenu que les activités de masseur et de cours étaient exercées à titre indépendant eu égard aux factures libellées au nom de BSC. Elle a estimé, d'une part, que la commission allouée au recourant pour les clients amenés par ses soins au fitness ne constituait pas un indice d'une activité salariée, d'autre part, que la présentation de factures par le recourant à LGF ainsi que la remise de décompte des heures effectuées établissaient qu'il fixait lui-même son horaire et avait donc un statut d'indépendant. Quant à l'activité d'extras à la réception, étant donné que le recourant devait également remettre le décompte de ses heures et annoncer ses disponibilités, il ne s'agissait pas d'une activité salariée. Au demeurant, l'intimée a relevé que, dans le cas d'accident non professionnel, une couverture d'assurance n'existait pour les salariés qu'à condition qu'ils travaillent plus de huit heures par semaine dans l'activité en question. Quant à l'assistance juridique, elle a relevé que l'assistance d'un avocat n'était pas nécessaire dans la mesure où il n'y avait pas d'expertise médicale complexe à discuter de sorte qu'il y avait lieu de rejeter la demande à ce sujet.
14. Par arrêt du 8 mars 2007 (ATAS/270/2007), le Tribunal a admis le recours sur la question de l'assistance juridique gratuite en l'accordant au recourant pour la procédure d'opposition.
15. Le Tribunal a procédé à une comparution personnelle des parties qui a eu lieu le 13 mars 2007. Lors de cette audience, le recourant a déclaré : «Je suis professeur de

sport de formation et j'ai entrepris une formation de masseur qui devait me conduire au diplôme en octobre 2004 et me permettre de travailler en tant qu'indépendant en cette qualité. Au printemps 2004, j'ai eu connaissance d'une possibilité de travailler au sein du fitness par un de mes collègues de stage de massage qui m'a fait m'adresser à Monsieur S_____, administrateur du fitness. A cette époque-là, le fitness était en chantier, il s'agissait d'un nouveau fitness créé par Monsieur S_____. J'ai rencontré celui-ci et nous avons convenu que je travaillerais en qualité de professeur instructeur en salle de cours collectif ou comme moniteur sur les engins, que j'aiderais à la réception et au bar. Pendant mes heures libres, je pouvais par ailleurs m'occuper de la cabine que je louais, ce qui signifie dans un premier temps, la mettre en état et l'aménager. J'ai eu l'occasion d'effectuer beaucoup de massages, cependant toujours à titre promotionnel et donc gratuit, puisqu'il s'agissait d'une prestation que le fitness voulait dorénavant offrir à ses clients et que pour chaque nouveau client, 15 minutes de massage assis étaient offertes. Cela me permettait par ailleurs de m'entraîner. Je précise avoir remis ma carte AVS à Monsieur. S_____ et avoir rempli à sa demande un questionnaire santé, il ne m'a pas précisé dans quel but, et le questionnaire était je crois à l'entête du fitness sous son précédent nom. Le contrat a été conclu uniquement par oral. Il n'y a pas eu d'échange écrit. J'avais l'intention de créer une entreprise au nom de BSC et de fonctionner par conséquent comme masseur indépendant sous ce nom. Je n'ai pas eu l'occasion de concrétiser mes démarches vu l'accident, mais j'avais déjà créé mon e-mail à ce nom. Je fais également d'autres activités telles que disc-jockey, à ce nom. Je n'ai fait aucune démarche auprès d'une caisse de compensation pour m'affilier en tant qu'indépendant. Au fitness, j'étais en contact directement avec Monsieur S_____ qui dirigeait le centre, c'est lui qui donnait les instructions. Il y avait une bonne dizaine de personnes qui travaillaient au fitness, y compris ceux qu'on appelle les extras, qui donnent uniquement les cours en salle. De mon point de vue, j'avais le même statut et fonctionnais de la même façon que les autres personnes du fitness, à la différence près que j'effectuais des massages avec l'intention de devenir indépendant pour cette activité. Mes horaires du lundi au mercredi étaient fixés par Monsieur S_____ de 13:00-17:00 + les cours jusqu'à 22:00 et du jeudi au samedi, je faisais des remplacements dans les différents fitness, à la demande et je m'occupais de ma cabine. Les offres promotionnelles ont commencé en juin 2004. Sur question, j'indique avoir mentionné sur mes factures le nom de BSC pour certains de mes décomptes, sans doute parce que cela faisait bien et que cela me motivait (...). A la question de savoir pourquoi je n'ai pas annoncé mon accident à la MOBILIERE, j'explique que Monsieur S_____ m'a demandé de contacter l'avocat Me BERCHER à Nyon, j'ai reçu le numéro de son téléphone par un des mes anciens collègues et j'ai été le voir. Cet avocat s'est occupé de contacter l'assureur du responsable de l'accident qui est ALLIANZ. Il est possible qu'il n'ait pas contacté la MOBILIERE au motif que je ne figurais pas parmi les assurés. Il a prétendu cependant avoir eu un entretien téléphonique avec la MOBILIERE (...).

Je précise ne pas avoir gardé toutes les quittances ou factures pour mon activité, c'est la raison pour laquelle je souhaite que ces pièces soient réclamées par l'intimée et produites. J'ai travaillé dans de très nombreux fitness du canton pendant de longues années, j'y ai toujours travaillé en qualité de salarié. J'ai effectivement eu des frais puisque j'ai dû installer et aménager ma cabine à mes frais, j'ai reçu un local brut en location, je devais le payer 500 fr. par mois, mais comme je ne pouvais le rentabiliser, ce montant de loyer a été compensé par ce que je facturais pour mes cours. J'ai eu en tout environ 2'000 fr. de frais. Normalement, j'aurais dû pouvoir payer la location de la cabine avec les massages. Les clients pour le massage devaient logiquement me parvenir par le biais du fitness. Le fitness faisait la promotion des massages. J'étais tenu de donner personnellement les cours qui m'étaient confiés. Monsieur S_____ ne voulait pas que j'aie travaillé chez le concurrent d'Yverdon.»

Sur quoi, le Tribunal a ordonné l'ouverture des enquêtes avec l'audition de Monsieur S_____ et de Madame C_____. Il a agendé une audience d'enquêtes et de suite de comparution personnelle des parties, le 8 mai 2007.

16. Lors de l'audience du 8 mai 2007, le Tribunal a informé les parties que les témoins s'étaient excusés par pli du 2 mai 2007. L'intimée a précisé qu'elle interviendrait si le statut de salarié du recourant devait être établi.

Sur quoi, le Tribunal a reconvoqué les témoins et a ordonné la production par la caisse de compensation du compte individuel du recourant et par ce dernier de sa déclaration de revenus 2004.

17. Le 15 mai 2007, le recourant a produit son bordereau de taxation d'office pour l'impôt cantonal et communal de 2004 faisant état d'un revenu imposable de 29'697 fr. et d'une fortune nulle.
18. Par courrier du 18 mai 2007, l'intimée s'est opposée à un éventuel appel en cause du fitness au motif qu'il aurait pour but d'examiner l'existence d'un éventuel rapport de travail, soit une question préjudicielle du ressort exclusif du Tribunal des Prud'hommes et non pas du Tribunal de céans, de sorte que l'appel en cause envisagé contournerait la loi sur l'organisation judiciaire.
19. Le 23 mai 2007, la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION a transmis au Tribunal les comptes individuels du recourant établissant le prélèvement de cotisations de 1993 à 2005 et, plus particulièrement pour l'année 2004, la perception de cotisations sur un revenu de 350 fr. versés par HOLMES PLACE AG.
20. Lors de l'audience d'enquête du 5 juin 2007, Madame C_____ a déclaré : «Je suis administratrice du fitness LGF avec Monsieur S_____. Pour ma part, je m'occupe de la gestion administrative et de toute la comptabilité, je travaillais au

bureau à 100%. J'ai effectivement eu un entretien avec le recourant au fitness de Montreux (...). A cette occasion, Monsieur H_____ ne m'a pas remis de document. Sur question, j'indique qu'en tous les cas, il ne m'a pas remis sa carte AVS, je ne vois pas ce que j'en aurais fait puisqu'il n'y avait pas de contrat de travail et qu'il s'agissait d'une première rencontre. J'explique que nous avons à ce jour 6 fitness. A l'époque, dans le fitness de Montreux, nous avons 5 à 6 collaborateurs à temps partiel ou temps plein. En effet, certains de nos collaborateurs tournent dans les différents fitness, d'autres sont fixes. En tout, nous avons à ce jour 38 salariés. J'explique que les collaborateurs chargés tant de donner des cours que de travailler à la réception ou au bar, ou dans la salle de musculation, sont tous chez nous des salariés, ils bénéficient d'un contrat en bonne et due forme. Lorsque Monsieur S_____ et le recourant ont décidé de collaborer, c'était pour le fitness d'Yverdon. Par conséquent, je n'ai jamais travaillé en même temps que Monsieur H_____. A ma connaissance, les termes de la collaboration étaient que Monsieur H_____ louait un local de massages en qualité d'indépendant. C'est en raison des circonstances, à savoir le non paiement du loyer de la cabine, que Monsieur H_____ et Monsieur S_____ ont mis en place d'autres règles, en particulier, le fait que Monsieur H_____ a donné quelques cours. Ce que je peux dire c'est que ceux-ci nous étaient facturés et qu'ils ont été payés. Nous n'avons pas déduit la location de la cabine. S'agissant de la clientèle de Monsieur H_____ elle était de deux types. D'une part, des clients du fitness qui bénéficiaient alors d'un prix préférentiel pour les massages qu'ils réglaient directement au recourant. D'autre part, des personnes extérieures au fitness qui payaient le tarif plein à Monsieur H_____. A part un autre masseur indépendant que nous avons dans le fitness de Lausanne et qui ne travaillait pas autrement pour le fitness, Monsieur H_____ était le seul à être masseur indépendant chez nous. Nous n'avons pas eu de masseur salarié ni à l'heure actuelle. En ce qui concerne les cours, ils sont compris dans l'abonnement. C'est Monsieur S_____ qui procède aux engagements (...). On me soumet la pièce 4 du chargé intimée, pour moi le dernier paragraphe signifie que Monsieur H_____ a fait quelques remplacements non payés mais qui venaient en déduction du loyer. Sur question, j'indique qu'il n'y avait pas de compte relatif à l'activité de Monsieur H_____ en particulier pas de rubrique pour le montant du loyer, la collaboration a toutefois duré quelque trois mois. Après l'accident de Monsieur H_____, Monsieur S_____ m'a dit "de laisser tomber". Il me semble toutefois qu'ils avaient décidé, déjà avant l'accident, de mettre fin à leur collaboration, selon ce que m'a rapporté Monsieur S_____ (...). La fin de la collaboration n'a pas donné lieu à contestation me semble-t-il. Je sais que Monsieur S_____ et Monsieur H_____ ont parlé de l'accident au téléphone. Je produirai les quittances relatives aux versements de mai, juin et juillet 2004 figurant sous pièce N° 8 (...).»

21. Quant à Monsieur S _____, lors de son audition du 5 juin 2007, il a déclaré : «Je suis le directeur et l'administrateur des 7 fitness actuels. J'y passe chaque jour quelques heures, c'est moi qui donne les instructions au personnel salarié. Toutes les personnes qui sont engagées chez nous pour donner des cours, sont amenées à faire des remplacements à la réception ou au bar et sont toutes salariées de nos fitness, avec un contrat de travail en bonne et due forme. La situation avec Monsieur H _____ se présentait différemment pour la raison suivante : il a été amené à me rencontrer par l'intermédiaire de Monsieur I _____, qui était masseur indépendant chez nous, sur rendez-vous. Or je souhaitais ouvrir aussi un local de massages à Yverdon, il me l'a donc présenté. J'ai rencontré Monsieur H _____ dans les locaux de Montreux et nous avons convenu qu'il louerait une cabine de massages dans le centre d'Yverdon. Je lui ai demandé comment il comptait s'organiser pour l'AVS et il m'a indiqué qu'il ferait les démarches auprès de la caisse pour avoir un statut d'indépendant. Je n'avais aucune intention de le prendre comme salarié et Monsieur H _____ le savait très bien. Sinon j'aurais fait les papiers administratifs habituels. Il s'est trouvé, d'une part, que j'avais besoin de personnes supplémentaires pour donner des cours, et que d'autre part, Monsieur H _____ n'arrivait pas à payer le loyer de la cabine. Comme il savait donner des cours, il m'a proposé d'en donner, ce que j'ai accepté pour autant qu'il me les facture, en sa qualité d'indépendant, ce qu'il a fait. De cette façon lorsque les massages se développaient, il arrêtaient sans autre de donner des cours. D'autre part, il pouvait ainsi rentabiliser un peu ses déplacements. Lorsque son accident est survenu, il m'a demandé à qui il devait l'annoncer. J'ai contacté la MOBILIÈRE et je leur ai demandé si je devais annoncer le cas puisqu'il était indépendant, on m'a répondu par la négative. Il a également fait des remplacements à la réception, qu'il facturait aussi. Il est exact que le fitness a fait la promotion des massages, Monsieur H _____ pouvait d'ailleurs faire sa publicité lorsqu'il remplaçait à la réception et il offrait, je crois, 20 minutes de massages à chaque client. S'agissant des horaires, Monsieur H _____ n'avait pas d'horaire fixe car pour la réception cela dépendait des absences. Pour les cours, il a été convenu qu'il donnerait deux cours, un le lundi soir et l'autre le mercredi soir. Nous décidions donc d'une semaine sur l'autre de son activité. Il a également donné un cours à Lausanne, c'est tout. Je ne lui ai pas donné pour instructions de faire des remplacements dans d'autres fitness. Je ne connais pas de Me Henri BERCHER à Nyon. Il y a bien eu un entretien à trois avec le nommé Carlo, qui était client du fitness et à la fois directeur régional à la MOBILIÈRE à Nyon. Par conséquent, je lui ai demandé conseil suite à l'accident. Il est apparu qu'il n'était pas possible de déclarer rétroactivement Monsieur H _____ comme salarié. Il est exact que je demandais à Monsieur H _____ d'établir un décompte des heures qu'il passait à la réception et des heures de cours qu'il donnait, de façon à pouvoir le payer. Je rappelle que les autres sont payés chaque mois puisqu'ils sont salariés et qu'ils ont un horaire fixe à respecter. Il y avait aussi à la réception une liste sur laquelle chacun notait ses nouveaux clients, y compris Monsieur H _____, car sur cette base, ils

touchaient une commission. Monsieur H_____ était présent quasiment toute la journée, dès le début, puisqu'il s'occupait d'installer sa cabine. Lorsque je lui ai proposé de faire des remplacements, j'ai regardé où j'avais des trous dans mon planning et je lui ai demandé s'il était d'accord de remplir ces plages horaires. Je n'aurais pas accepté que Monsieur H_____ travaille dans le fitness d'à côté mais dans un fitness éloigné, je n'y aurais pas vu d'objection. Dans le premier cas de figure, je n'aurais pas non plus accepté qu'il reste masseur chez nous. Vous me demandez comment j'envisageais la suite de nos relations. J'explique que dès le 1^{er} juillet 2004, j'avais engagé une nouvelle salariée pour les cours et la réception. A terme il n'y aurait donc plus eu de trou dans mes plannings. Monsieur H_____ devait continuer donc uniquement comme masseur indépendant. En tout, durant l'été 2004, trois salariés ont été engagés. Je n'ai pas fait remplir de questionnaire santé à Monsieur H_____, car je n'y étais pas tenu. En principe c'est l'agent de la MOBILIÈRE qui vient dans le fitness et qui fait remplir ce formulaire santé aux salariés, Monsieur ALDIGNAC. C'est vrai que l'installation de la cabine était aux frais de Monsieur H_____, c'était à lui d'acheter son matériel. Je lui ai donné le matériel dont je disposais, à bien plaisir. J'indique que sur un décompte le mot "contrat" se réfère aux nouveaux clients et aux commissions qui en découlent. Sur la pièce 2 recourant, la pièce de mon écriture est celle de droite uniquement. J'explique que j'ai également deux masseuses indépendantes, une à Lausanne et une à Yverdon. Je procède comme suit : durant les premiers mois, je ne fais pas de contrat, on regarde si l'activité de masseur se développe ou non. Si c'est le cas, au bout d'environ 6 mois, j'établis un contrat de sous-location.»

A l'issue de cette audience, les parties ont procédé à un échange de vues, puis, le Tribunal a gardé la cause à juger.

22. Le 18 juin 2007, le recourant a transmis au Tribunal un courrier de sa Caisse-maladie daté du 13 juin 2007 et adressé à l'intimée. Il a réclamé, à titre complémentaire, la restitution de l'effet suspensif retiré dans la décision sur opposition litigieuse. Le 5 juillet 2007, l'intimée a transmis au Tribunal sa réponse du même jour adressée à la Caisse-maladie du recourant.
23. Le 13 juillet 2007, le Tribunal a constaté n'avoir pas reçu de LGF les quittances relatives aux versements effectués au recourant pour les mois de mai à juillet 2004 qu'il devait produire aux termes du procès-verbal d'enquêtes, et les a réclamées à nouveau.
24. Le 19 juillet 2007, l'intimée a produit un tirage de la police d'assurance-maladie collective conclue par Y_____ SA - LGF Yverdon ainsi que le questionnaire santé des employés dudit fitness. Elle a relevé que le nom du recourant ne figurait nulle part dans les documents ce qui démontrait qu'il n'était pas lié au fitness par un contrat de travail.

25. Par courrier du 30 août 2007, LGF a transmis au Tribunal les quittances des 1^{er} et 30 juin 2004 ainsi que du 13 août 2004 figurant déjà au dossier.
26. Le 31 août 2007, le Tribunal a communiqué ces pièces aux parties et leur a rappelé que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 5 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981 (LAA).

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

2. La LPGA est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003 entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'assurance-accidents. Elle est applicable en l'espèce, dès lors que les faits juridiquement déterminants se sont déroulés postérieurement à son entrée en vigueur (cf. ATF 130 V 446 ss consid. 1, 129 V 4 consid. 1.2). Les modifications légales contenues dans la LPGA constituent, en règle générale, une version formalisée dans la loi, de la jurisprudence relative aux notions correspondantes avant l'entrée en vigueur de la LPGA; il n'en découle aucune modification du point de vue de leur contenu, de sorte que la jurisprudence développée à leur propos peut être reprise et appliquée (ATF 130 V 345 consid. 3).
3. Selon l'art. 60 al. 1 LPGA, le délai de recours est de trente jours. Toutefois, en dérogation à la LPGA, en vertu de l'art. 106 LAA dans sa teneur valable jusqu'au 31 décembre 2006, il est de trois mois pour les décisions sur opposition antérieures au 1^{er} janvier 2007 portant sur des prestations d'assurance. La décision sur opposition du 22 août 2006 a été notifiée au recourant le 24 août 2006 de sorte que le délai de recours est arrivé à échéance le 24 novembre 2006 (ATF 125 V 37). Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable, en vertu des art. 56 et ss LPGA.
4. L'objet du litige est la prise en charge par l'intimée des conséquences de l'accident dont le recourant a été victime le 2 août 2004. Celle-ci conteste toute responsabilité au motif que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail. Cette question est dès lors préjudicielle et doit être examinée par le Tribunal. En effet, les Tribunaux des assurances sociales sont amenés à trancher à titre préjudiciel de telles questions, notamment lors de contestations en matière de cotisations (cf.

ATFA non publié du 8 février 2001, U 25/00) ou lors de refus de prestations comme dans le présent cas (ATFA non publié du 21 mars 2007, U 465/06).

5. Aux termes de l'art. 1a al. 1 LAA, sont assurés à titre obligatoire les travailleurs occupés en Suisse, y compris les travailleurs à domicile, les apprentis, les stagiaires, les volontaires ainsi que les personnes travaillant dans des écoles de métiers ou des ateliers protégés. En vertu de l'art. 1 OLAA, est réputé travailleur selon l'art. 1a al. 1 de la loi quiconque exerce une activité lucrative dépendante au sens de la législation fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (AVS). Est réputé travailleur au sens de cette disposition celui qui, dans un but lucratif ou de formation et sans devoir supporter de risque économique propre, exécute durablement ou provisoirement un travail pour un employeur, auquel il est plus ou moins subordonné (ATFA non publié du 8 février 2001, déjà cité, consid. 2a).

En outre, selon l'art. 10 LPGA, est salarié celui qui fournit un travail dépendant et reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens des lois spéciales. Cette disposition renvoie aux lois spéciales et n'a aucun effet sur ces dernières. En effet, elle ne prévoit ni une annulation de ces dernières, ni n'introduit d'éventuelles dérogations dans les lois spéciales (ATFA non publié du 10 avril 2006, H 2/06, consid. 4.4). La définition de l'art. 10 LPGA correspond à la notion développée à l'art. 5 LAVS c'est pourquoi il peut y être renvoyé.

6. D'après 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, la question de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée ne doit pas être tranchée 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. Souvent, on trouve des caractéristiques se rapportant aussi bien à une activité lucrative dépendante qu'indépendante et la question doit alors être tranchée au regard des éléments prépondérants (ATF 123 V 161 consid. 1 p. 162, 122 V 169 consid. 3a p. 171, 281 consid. 2a p. 283, 119 V 161 consid. 2 et les références).

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 s. 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 (ATF 122 V 172; KIESER, Rechtsprechung zur AHV, Art. 5 AHVG Rz 4).

7. Le recourant soutient qu'il était salarié de LGF étant donné que toutes les autres personnes de la société effectuant les mêmes activités que lui étaient salariées, qu'il était payé sur la base de décomptes d'heures de travail qu'il remettait au directeur, qu'il ne pouvait pas choisir son horaire et son lieu de travail, que son salaire était nettement moins élevé que celui d'un indépendant, enfin qu'il devait se conformer aux directives du directeur.

Pour sa part, l'intimée considère que le recourant était indépendant étant donné qu'il n'existait pas de contrat de travail écrit, respectivement de certificat de salaire et d'attestation AVS, que ses décomptes d'heures de travail étaient libellés au nom de sa société BSC, que LGF ne fixait pas ses horaires, qu'il n'a pas annoncé son accident à LGF dans un délai raisonnable et qu'il n'a pas été intégré à l'assurance-maladie collective de LGF.

Il ressort des pièces du dossier qu'au moment de l'accident, le recourant suivait une formation de masseur qui devait se terminer par l'obtention d'un diplôme en octobre 2004. A l'issue de cette formation, il avait l'intention de travailler en tant que masseur indépendant raison pour laquelle, dès le mois de juin 2004, il a loué à LGF un local de massage dans le club d'Yverdon pour un loyer de 500 fr. par mois. Etant donné que LGF voulait inclure cette prestation dans son offre, ce fitness a proposé à titre promotionnel 15 minutes de massage gratuit à chaque nouveau client, prestation qui était effectuée par le recourant dans le but de se faire connaître et de mettre en pratique les connaissances acquises lors de sa formation. Bien que les explications divergent quant à la question de savoir si le recourant a touché des honoraires pour les autres massages effectués et si ceux-là ont compensé les frais de location, par contre, il n'est pas contesté qu'il n'a pas touché de salaire de LGF pour ses massages et donc qu'il n'était pas salarié de LGF pour cette activité. La volonté des parties sur ce point était d'ailleurs convergente. En revanche, est litigieuse la question de savoir si les cours collectifs donnés par le recourant en tant que moniteur de LGF ainsi que les heures qu'il a effectuées à la réception du fitness d'Yverdon constituent une activité dépendante ou indépendante.

Contrairement à ce que prétend l'intimée, l'inexistence d'un contrat de travail écrit, d'un certificat de salaire et d'une attestation AVS n'est pas déterminante pour

trancher cette question puisque, selon la jurisprudence, la nature juridique du rapport contractuel peut uniquement fournir quelques indices. Il en va de même de la question de l'affiliation à l'assurance-maladie collective de l'entreprise dès lors qu'elle dépend de l'existence ou non d'un contrat de travail écrit. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit de qualifier un revenu touché dans un certain laps de temps par une personne exerçant une activité lucrative, seules sont déterminantes les circonstances économiques du cas d'espèce. Le fait que la personne concernée ne soit pas affiliée à une caisse de compensation au moment des faits litigieux, ou bien encore les conséquences éventuelles que pourrait entraîner l'une ou l'autre qualification sur la perception des cotisations, ne constituent pas des circonstances de nature économique permettant de distinguer entre revenu provenant d'une activité indépendante ou revenu provenant d'une activité dépendante (ATFA non publié du 14 février 2007, H 19/06, consid. 6). Ainsi, même s'il est incontestable que LGF considérait que le recourant donnait des cours et faisait des remplacements en tant qu'indépendant - au contraire toutefois de tous ses autres collaborateurs -, ce qui est déterminant pour la qualification de l'activité lucrative comme dépendante n'est pas les termes convenus entre les parties, mais bien l'existence d'une prestation de travail, d'un lien de subordination et d'un droit au salaire sous quelque forme que ce soit (ATFA non publié du 8 février 2001, déjà cité, consid. 2a).

Il ressort des déclarations de LGF et du recourant que ce dernier avait des problèmes financiers et n'arrivait pas à payer la location de son local de massage à LGF qui, de son côté, avait des problèmes d'effectif insuffisant. Au vu de cette situation, LGF a proposé au recourant, d'une part, de donner des cours collectifs en tant que moniteur deux soirs par semaine, les lundi et mercredi, qui étaient payés 60 fr. l'heure, d'autre part, de faire des remplacements à la réception en fonction des défections dans son planning qui étaient payés 20 fr. l'heure. Par ailleurs, selon les dires de LGF, les collaborateurs qui donnent des cours et travaillent à la réception ou au bar, même pour des remplacements, sont tous salariés. A cet égard, on ne voit pas pourquoi, en exerçant exactement les mêmes activités que ses collègues salariés, le recourant aurait dû être considéré comme indépendant uniquement parce qu'il envisageait, à court terme, de devenir masseur, sans qu'au demeurant LGF ait pu examiner avec un recul suffisant le développement de l'activité de masseur du recourant comme il l'avait fait pour les deux autres masseuses de ses fitness. De plus, les cours collectifs donnés par le recourant avaient lieu chaque semaine, les lundi et mercredi soirs, alors que ses horaires à la réception et au bar étaient fixés par LGF en fonction des indisponibilités de son personnel. En conséquence, il est indéniable que l'activité du recourant était régulière et que ses horaires de travail étaient fixés par LGF ou, plus précisément, par les parties ainsi que l'a reconnu l'administrateur du fitness. Par ailleurs, la remise des décomptes par le recourant à LGF était due au fait, d'une part, que l'administrateur le considérait comme un indépendant, ce qui, comme exposé ci-dessus, ne suffit pas à exclure l'existence d'un contrat de travail, d'autre part, qu'il effectuait un horaire irrégulier, mais

programmé à l'avance, ce qui n'établit pas l'exercice d'une activité indépendante (voir par exemple le travail payé à l'heure). En outre, trois pièces établissent le versement au recourant d'un salaire pour les cours donnés, les remplacements en salle et la commission obtenue sur les contrats conclus lors de sa présence au fitness. De plus, il est manifeste que le recourant ne supportait pas le risque économique couru par LGF puisqu'il effectuait des remplacements sur demande de ce dernier. L'intimée allègue encore que l'absence d'annonce de l'accident à LGF dans un délai raisonnable démontre que le recourant se considérait comme un indépendant. Or, le prétendu retard d'annonce de l'accident à l'employeur est infirmée par les pièces du dossier. En effet, il ressort des déclarations des témoins et de leur courrier du 9 août 2004 que le recourant avait annoncé l'accident à LGF au plus tard dans un délai d'une semaine.

En résumé, il existe de nombreux éléments attestant l'existence de prestations de travail, d'un droit au salaire et d'un lien de subordination organisationnelle du recourant vis-à-vis de LGF. En effet, le recourant travaillait dans les locaux de LGF sur la base des instructions données par LGF, il devait observer un horaire de travail déterminé à l'avance et il était tenu de donner personnellement les cours qui lui étaient confiés contre rémunération. Enfin, lors de son audition par le Tribunal, Monsieur S_____ a précisé qu'il n'aurait pas admis que le recourant donnât des cours dans un fitness voisin, ce qui démontre très clairement que LGF appliquait une clause de non concurrence caractéristique d'un statut de salarié.

En revanche, il n'est pas contestable que le recourant exerçait à son compte également une activité de masseur pour laquelle il n'était pas affilié auprès d'une caisse de compensation en qualité d'indépendant. Toutefois, étant donné que ces massages ne lui permettaient pas de payer les frais de location de son local de 500 fr. par mois, force est de constater que le recourant travaillait principalement pour LGF et que le massage doit bien plutôt être considéré comme une activité accessoire. En définitive, le Tribunal retiendra que l'activité du recourant exercée pour le compte de LGF doit être qualifiée d'activité dépendante.

8. Il découle de ce qui précède l'obligation de l'intimée de prendre en charge l'accident. A ce propos, on peut relever qu'il s'agit d'un accident professionnel. En effet, selon l'art. 8 al. 2 LAA en liaison avec l'art. 7 al. 2 LAA et l'art. 13 OLAA, les travailleurs à temps partiels ne sont pas assurés contre les accidents non professionnels dans la mesure où leur temps de travail chez un employeur ne s'élève pas à au moins huit heures par semaine. Pour les travailleurs à temps partiel dont la durée hebdomadaire de travail n'atteint pas le minimum susdit, les accidents subis pendant le trajet entre leur domicile et leur lieu de travail sont réputés accidents professionnels (Art. 7 al. 2 LAA en liaison avec l'art. 13 OLAA).

En l'espèce, l'accident s'est produit le lundi 2 août 2004 vers 20h00 sur l'aire de stationnement de Nyon de l'autoroute Genève-Lausanne, alors que le recourant

roulait en direction de Genève. Or, il s'agissait d'un lundi, soit d'un soir où le recourant donnait précisément des cours collectifs au fitness d'Yverdon et, selon la facture du 13 août 2004, le recourant avait exercé son activité de moniteur, ce soir-là, pour trois cours d'aérobic, soit vraisemblablement de 16h00 à 19h15. En conséquence, il n'est pas possible de retenir, sans autre élément, que l'accident n'est pas survenu alors que le recourant rentrait de son travail à son domicile.

En conséquence, il n'y a pas à examiner si les conditions de couverture contre les accidents non professionnels sont remplies étant précisé qu'on ne voit pas en quoi cette question se poserait. En effet, le recourant travaillait au moins 12 heures par semaine au service de LGF puisqu'il donnait trois cours deux fois par semaine, soit six heures par semaine, et effectuait, en plus, des remplacements à la réception d'une durée au moins équivalente.

9. Quant à la demande faite par le recourant de restitution de l'effet suspensif retiré dans la décision sur opposition, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur cette conclusion. En effet, le refus de l'intimée, dans sa décision sur opposition, de reconnaître au recourant la qualité d'assuré est une décision négative qui ne peut en aucun cas conduire à la poursuite du versement de prestations puisque, précisément, il n'y a jamais eu un tel versement.
10. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et la décision sur opposition du 22 août 2006 sera annulée. Etant donné qu'en audience, l'intimée s'est engagée à intervenir si le statut de salarié du recourant devait être établi, il y a lieu de constater que le recourant est couvert par l'intimée pour l'accident du 2 août 2004 et de renvoyer le dossier à cette dernière pour le calcul des prestations dues. Le recourant obtenant gain de cause, une indemnité de 3'000 fr. lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPG) au vu du nombre d'audiences, d'échanges d'écritures et d'actes d'instruction.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet et annule la décision sur opposition de la MOBILIERE SUISSE SOCIÉTÉ D'ASSURANCE du 22 août 2006.
3. Dit que le recourant est couvert par l'intimée pour les suites de l'accident du 2 août 2004.
4. Renvoie le dossier à l'intimée pour calcul des prestations dues.
5. Condamne l'intimée à verser au recourant une indemnité de 3'000 fr. à titre de dépens.
6. 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); 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

Yaël BENZ

Isabelle DUBOIS

Le secrétaire-juriste : Philippe LE GRAND ROY

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral de la santé publique par le greffe le