RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1337/2001 **ATAS/370/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

5ème chambre

du 19 mai 2004

En la cause

X, , représentée par Me B_____, recourante

contre

CIAM-AVS, Rue de Saint-Jean 98, Case postale 5278, Genève intimée

Siégeant : Mme Maya CRAMER, Présidente, Mme Doris WANGELER et Mme Juliana BALDE, juges.

EN FAIT

1. X (ci-après : la société) est inscrite au registre du commerce depuis le 18 novembre 1991 et a pour but social des services dans le domaine scientifique et industriel, des analyses et travaux de recherches scientifiques, en particulier dans le domaine de la spectrométrie et fabrication, représentation, distribution, importation, exportation de produits, exploitation de marques, formules et brevets relatifs aux domaines susmentionnés. M. H_____ est président et administrateur de cette société avec signature individuelle. Mme B_____ et M. S_____ sont administrateurs avec signature collective à deux.

2. Par décision du 29 mai 2001, la Caisse interprofessionnelle d'assurance-vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux (ci-après : la caisse) a réclamé à la société un arriéré de cotisations paritaires pour la période du 1er janvier 1996 au 31 décembre 1999 d'un montant de 28'980 fr. 90, y compris les intérêts. Les cotisations réclamées sont afférentes aux honoraires payés à M. M_____.

3. Par acte du 28 juin 2001, la société a recouru devant la Commission cantonale de recours AVS-AI (ci-après : commission de recours) contre la décision précitée, en concluant à son annulation. Elle a fait valoir que les honoraires payés à son président avaient trait à une activité de consultant indépendant. Ce dernier, de nationalité britannique et domicilié en Grande-Bretagne, exerçait ce travail exclusivement à Londres où il était professeur à l'Université dont il dirigeait notamment les machines d'analyse en spectrométrie de masse. Il bénéficiait d'une expérience unique dans ce domaine, ce qui lui permettait de s'établir comme consultant auprès de plusieurs entreprises spécialisées dans le domaine de technologies de pointe dans le monde entier. Ainsi, la société lui demandait régulièrement son avis d'expert quant aux résultats des analyses qu'elle effectuait pour ses clients. Elle le mandatait également pour effectuer des analyses et recherches particulièrement complexes et pour vérifier leur résultat. Par ailleurs, M. M_____ ne recevait aucune indemnité pour son activité d'administrateur de la société.

4. Par préavis du 7 décembre 2001, la caisse a conclu au rejet du recours. Elle a allégué que, à défaut de documents probants, les sommes versées au président de la société devaient être considérées comme des honoraires pour services rendus et d'administrateur. A cet égard, elle a relevé que les honoraires litigieux n'avaient fait l'objet d'aucune facture.

5. Dans sa détermination du 7 janvier 2002, la société a persisté dans ses conclusions. Elle a indiqué que si M. M_____ n'avait pas formellement facturé ses expertises, cela tenait au fait que la société était encore fragile et ne pouvait s'engager sur une base horaire ou sur un pourcentage, dès lors qu'elle n'était pas

certaine de pouvoir commercialement refacturer intégralement l'intervention à son consultant. M. M_____ avait admis ce principe dans la mesure où ses préoccupations premières étaient de payer en priorité les salaires et les créanciers de la société, ainsi que de voir augmenter le portefeuille–clients et le chiffre d'affaires de celle-ci. Une partie de ses activités n'était pas directement refacturable aux clients de la société et bénéficiait directement à la stratégie financière et à la politique commerciale de l'entreprise. Sa rémunération s'était décidée d'un commun accord avec M. S_____, directeur exécutif de la société et également scientifique de haut niveau. Ces derniers estimaient que les avis de débit bancaires étaient suffisants pour la comptabilité de la société. Pour le surplus, la recourante a expliqué que les relations en cause ne remplissaient pas les caractéristiques d'un contrat de travail, notamment pas la condition de la subordination. A l'appui de ses dires, elle a produit copie du contrat de consultant qu'elle a signé avec M. M_____, document qui est en langue anglaise. Ce dernier ne travaillait par ailleurs pas en exclusivité pour la recourante.

6. Par son courrier du 10 mars 2003, la caisse a indiqué que le contrat de consultant conclu avec Monsieur M_____ laissait apparaître plutôt les caractéristiques d'une activité lucrative dépendante. De surcroît, le fait que M. M_____ eût renoncé à facturer ses expertises au motif qu'il était intimement lié à la marche des affaires de la société était révélateur des liens de dépendance qui existaient entre ce dernier et la recourante.

7. A la demande du Tribunal de céans, auquel le recours a été transmis à la suite de la création et de l'entrée en fonction du Tribunal cantonal des assurances sociales en date du 1er août 2003, la recourante a produit ses bilans et comptes de pertes et profits de 1996 à 1999, ainsi que divers documents au sujet de ses liens contractuels avec ses clients. Elle a indiqué à cet égard qu'elle travaillait rarement sur la base de contrats mais plutôt sur la base de devis accompagnés de « conditions standards ». La recourante n'a cependant pas satisfait la demande du Tribunal de céans de lui transmettre également les expertises de M. M_____, pour lesquelles les honoraires lui ont été versés de 1996 à 1999. Elle a motivé son refus par le fait que ses clients, à savoir les sociétés de recherche pharmaceutiques et biologiques, exigeaient une stricte confidentialité des services offerts, de la teneur des recherches, des procédés, des résultats obtenus, des produits soumis à l'examen et de l'objet de l'examen, ainsi que des objectifs à atteindre. Il s'agissait de données extrêmement sensibles du point de vue commercial, concurrentiel, financier et au niveau de la recherche proprement dite. Par ailleurs, les produits soumis à son analyse concernaient souvent des procédés en voie d'être brevetés ou comprenaient l'utilisation de produits dangereux pour la santé publique dont la révélation pouvait être dangereuse.

8. Convoqué à comparaître à une audience de comparution personnelle des parties pour le 14 janvier 2004, M. M_____ a sollicité, par son courrier en anglais du

20 décembre 2003, de ne pas être auditionné et, dans la négative, que l'audition soit reportée au mois de février. En raison de son domicile éloigné, le Tribunal de céans l'a dispensé de comparaître.

9. Par courrier du 5 janvier 2004, un délai au 10 février 2004 a été imparti à la recourante pour traduire les pièces du dossier rédigées en anglais, sur lesquelles elle avait l'intention de fonder le recours, tout en l'avertissant qu'à défaut il ne pouvait en être tenu compte. La recourante n'a pas donné suite à cette injonction.

10. Lors de l'audience de comparution personnelle du 14 janvier 2004 s'est présenté, accompagné de son conseil qui est également administrateur de la société, Monsieur S_____, administrateur et actionnaire de la recourante. Il a confirmé qu'aucune facture formelle n'avait été établie pour les honoraires payés à M. M_____. Avant la constitution de la société, il avait travaillé avec ce dernier à Londres. Celui-ci était également le président du groupe X qui comportait trois sociétés. C'est lorsque M. S_____ avait travaillé à Londres qu'il avait décidé avec M. M_____ de créer une filiale à Genève dirigée par le premier. Pour ce faire, il avait besoin d'un support scientifique important qui lui a été fourni et lui fournissait toujours M. M_____. Celui-ci travaillait également comme conseiller d'autres sociétés dont notamment Y et une société anglaise, Z. M. M_____ et lui étaient les seuls actionnaires de la société. Le premier détenait 75 à 80% du capital-actions, qui était de 100'000 fr. Les honoraires du professeur étaient calculés en principe sur une base horaire de 800 à 5000 fr. par jour. Il s'agissait du tarif auquel étaient calculés habituellement les honoraires des autres conseillers dans ce domaine scientifique. Mais ces tarifs pouvaient également être considérablement supérieurs, comme pour M. M_____ qui était une sommité mondiale dans son domaine et avait déjà été proposé à plusieurs reprises pour le prix Nobel. Dès lors que la recourante n'avait pas la capacité de payer la totalité des honoraires de ce dernier, ceux-ci avaient été calculés en fonction de la prévision de l'évolution du chiffre d'affaires. Le montant payé était largement en-dessous des honoraires normalement dus. Tous les conseils demandés par le directeur de la recourante avaient été donnés par M. M_____ en tant que scientifique et non pas en tant qu'administrateur de celle-ci. Les honoraires n'ont pas non plus été payés à l'Université de Londres. A cet égard, il a été relevé que M. M_____ avait le droit, en tant que professeur, de consacrer 10% de son temps à une activité de conseil privé. Par ailleurs, le travail d'analyse et les expériences proprement dites étaient effectués à Genève par M. S_____ qui résolvait seul la plupart des problèmes. Cependant, pour plus de sécurité, il sollicitait fréquemment l'avis de M. M_____ dans les domaines très pointus, pour lesquels la recourante était mandatée. Les correspondances étaient échangées généralement par courrier électronique et parfois un dossier était faxé à Monsieur M_____. Il s'agissait souvent de questions relativement simples, par exemple portant sur une réaction chimique entre différentes substances. Lors de son audition, M. S_____ a évalué, sous toute réserve, le temps consacré par M. M_____ aux conseils

donnés à la recourante à environ une heure par jour en moyenne. Lorsqu'il ne réussissait pas à le joindre, il lui arrivait également de s'adresser à des scientifiques d'autres universités ou entreprises, lesquels facturaient alors leurs honoraires normalement. Les libellés de ces factures étaient toutefois extrêmement sommaires. Lors de l'audience, la recourante s'est engagée à produire ces factures jusqu'au 30 janvier 2004.

L'avocate de la recourante, Me B_____, a déclaré qu'elle était également administratrice de celle-ci et la seule des administrateurs à être rémunérée. Elle a précisé que M. M_____ travaillait de façon très irrégulière pour sa filiale à Genève, qu'il pouvait y consacrer beaucoup de temps pendant une certaine période et ensuite presque plus rien. Cela dépendait des mandats qui étaient confiés à la recourante.

A l'issue de l'audience, cette dernière a renoncé à l'audition de M. M_____.

11. Le 27 janvier 2004, la recourante a produit différentes factures.

12. Invitée à se déterminer sur ces nouvelles pièces, l'intimée a relevé que ces factures avaient été adressées à X, XX en Grande-Bretagne, à l'exception de celles émises par XX, laquelle indiquait la recourante comme destinataire. Cela étant, l'intimée a persisté dans ses conclusions.

13. Par son courrier du 8 avril 2004, la recourante a précisé que toutes les 16 factures qu'elle a produites dans la procédure provenaient effectivement de XX. Seulement trois de celles-ci concernaient toutefois des travaux effectués directement par cette dernière. Les 13 autres avaient principalement trait à la refacturation par XX des services de Monsieur M_____ qui était un conseiller en « Quality Assurance » indépendant et travaillait sur mandat. Il préparait ses rapports soit dans les locaux de la recourante à Genève soit dans son bureau en Angleterre où il recevait alors par fax les rapports d'analyse à réviser. Cependant, souhaitant éviter une facturation internationale, il préférait envoyer ses factures directement à XX en Grande-Bretagne, laquelle les réglait et les refacturait par la suite à la recourante.

14. Dans sa détermination du 29 avril 2004 sur cette missive, l'intimée a maintenu ses conclusions, en relevant qu'aucun élément nouveau n'avait été apporté.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 a été modifiée et un Tribunal cantonal des assurances sociales a été institué dès le 1er août 2003 (cf. art. 1 let. r LOJ - E 2 05). Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la LOJ, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi précitée et pendantes devant la Commission de recours ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales. La compétence du Tribunal de céans est dès lors établie pour trancher le présent litige.

2. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), entrée en vigueur le 1er janvier 2003 et entraînant de nombreuses modifications de la loi fédérale sur l'assurance-veillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS), 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 postérieur à la date déterminante de la décision litigieuse. Par conséquent, il convient de se référer aux dispositions légales dans leur ancienne teneur.

3. Interjeté dans les formes et les délais légaux, le recours est recevable (art. 84 LAVS).

4. Les cotisations perçues sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité dépendante doivent être retenues lors de chaque paie et être versées périodiquement par l'employeur en même temps que la cotisation de l'employeur, aux termes de l'art. 14 al. 1 LAVS. Le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé, (art. 5 al. 2 LAVS). Selon l'art. 12 al. 1 LAVS, est considéré comme employeur quiconque verse à des personnes obligatoirement assurées une rémunération au sens de la disposition précitée.

5. En vertu de l'art. 1 al. 1 let. a et b LAVS sont notamment soumises à l'assurance obligatoire les personnes qui ont leur domicile civil en Suisse ou qui y exercent une activité lucrative. Dans cette deuxième hypothèse, les assurés sont astreints à payer des cotisations tant qu'ils exercent une activité lucrative en Suisse (cf. art. 3 al. 1 LAVS). La convention de sécurité sociale entre la Suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord du 21 février 1968 prévoit à son art. 5 al. 1 que lorsqu'une personne exerce une activité professionnelle sur le territoire de l'une des parties contractantes, les dispositions légales de cette partie sont applicables, sauf exceptions prévues par la convention. Pour l'assujettissement à l'assurance et l'obligation de cotiser qui en découle, il convient dès lors de se référer à la législation du lieu de travail. La convention ne définit pas ce qu'il faut entendre par lieu de travail. Toutefois,

selon la jurisprudence en la matière, il y a lieu d'examiner à la lumière des prescriptions du droit de l'AVS si le recourant exerce une occupation ou une activité en Suisse au sens de l'art. 5 de cette convention (VSI 1999, page 19 et références y citées).

6. a. En l'occurrence, il est établi que le professeur M_____ n'a pas de domicile civil en Suisse. Se pose par conséquent en premier lieu la question de savoir s'il y a exercé une activité professionnelle et se trouve de ce fait soumis à l'assurance obligatoire, en application de l'art. 1 al. 1 let. b LAVS.

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral des assurances (TFA), les membres d'un conseil d'administration qui habitent à l'étranger et qui dirigent une société anonyme ayant son siège en Suisse sont assujettis à l'assurance obligatoire, de sorte qu'ils doivent payer des cotisations sur le revenu payé par cette société pour leur activité d'administrateur (cf. RCC 1983, page 186 s).

b. En l'occurrence, la recourante fait valoir qu'elle ne verse aucune indemnité à M. M_____ pour son activité d'administrateur de la société. Seule Mme B_____ est rémunérée pour cette fonction, selon ses dires.

En l'absence de toute facture relative aux honoraires litigieux, il n'est pas aisé d'établir à quel titre ceux-ci ont été versés à M. M_____. Il convient toutefois de relever que les montants payés à ce dernier sont relativement élevés et dépassent ce qui est généralement payé à un administrateur dans une petite société qui de surcroît ne génère pas de bénéfices, tel que cela ressort des pièces comptables produites dans la procédure. Par ailleurs, les honoraires payés ont varié d'une année à l'autre, sauf pour 1997 et 1998. A cela s'ajoute que la recourante a conclu avec M. M_____ un contrat de consultant, comme cela résulte du document signé le 15 novembre 1991 entre ce dernier et la recourante. Certes, celle-ci n'a pas fourni de notes d'honoraires de consultants étrangers au groupe de sociétés de X, pour établir qu'elle demande effectivement des conseils aussi à d'autres scientifiques. En effet, c'est à juste titre que la caisse relève que les pièces produites concernent soit des factures adressées par XX en Grande-Bretagne à la recourante soit des factures qu'un tiers, à savoir M_____, à envoyées à XX. Toutefois, ces pièces permettent néanmoins de conclure que la recourante contacte régulièrement du moins sa filiale pour des conseils ou d'autres services, dans le cadre des mandats qui lui sont confiés. Il ressort également du projet contrat-cadre de prestations de conseils et d'analyses entre la recourante et XY SA figurant dans le dossier que, selon l'art. 2.1. de ce contrat, les conseils pour la réalisation et/ou interprétation de tout type d'analyse sont donnés par la personne la plus compétente du groupe X et non seulement par X à Genève. Par ailleurs, il est vrai que que XX a refacturé dans 13 des 16 factures produites les services rendus par Monsieur M_____, ce qui rend plausible que la recourante s'était adressée à ce dernier pour des conseils et

analyse.

L'ensemble de ces éléments constitue des indices que la rémunération versée à M. M_____ ne concerne effectivement pas des honoraires d'administrateur, mais une rémunération pour des services rendus à un autre titre. Au vu des compétences de haut niveau et la fonction de professeur de M. M_____ dans le domaine de spécialisation de la société, cela paraît en l'occurrence tout à fait vraisemblable. Par conséquent, il n'y a pas lieu de faire application de la jurisprudence relative au lieu de travail d'un administrateur d'une société suisse.

Cela étant, il s'agit de déterminer dans quel pays M. M_____ a effectué l'activité de conseil pour la recourante. Selon les allégations du directeur exécutif de celle-ci, le travail d'analyse et les expériences sont réalisés à Genève. Quant aux conseils et expertises qu'il demande régulièrement à M. M_____, il a déclaré que cette activité était exclusivement exercée à l'étranger. Dans la mesure où M. M_____ est également professeur à Londres où il dispose certainement d'un laboratoire, il n'y a pas lieu de mettre en doute le fait que sa présence en Suisse n'est guère indispensable. Rien ne permet d'affirmer par ailleurs qu'il se soit rendu en Suisse pour le travail qui lui a été confié et il semble bien plus probable qu'il l'a effectué dans son pays de domicile, soit à l'Université de Londres ou dans le laboratoire de la filiale de la recourante en Grande-Bretagne.

Cela étant, le Tribunal de céans admettra que l'activité litigieuse n'a pas trait à la gestion proprement dite de la société et qu'elle s'est déroulée exclusivement à l'étranger. Il convient dès lors de considérer que M. M_____ n'est pas assujetti à l'assurance obligatoire, de sorte que la recourante n'est pas tenue de payer les cotisations paritaires y relatives, même s'il devait s'agir d'une activité dépendante.

7. Par conséquent, le recours sera admis et la décision attaquée annulée.

8. La recourante obtenant gain de cause, une indemnité de 1'000 Fr. lui sera accordée à titre de dépens.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté le 28 juin 2002 par X contre la décision de la Caisse interprofessionnelle d'assurance-vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux du 29 mai 2001.

Au fond :

1. L'admet ;

2. Annule la décision dont est recours ;

3. Condamne l'intimée au paiement d'une indemnité de 1'000 Fr. à la recourante à titre de dépens ;

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 :

Yaël BENZ Maya CRAMER

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