

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1409/2000

ATAS/83/2003

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 23 septembre 2003

1^{ère} Chambre

En la cause

X _____ SA

Recourante

Représenté par la Fiduciaire VERIFID SA

Case postale 3762

1211 GENEVE 3

contre

**CAISSE CANTONALE GENEVOISE
DE COMPENSATION**

Intimée

Case postale 360

1211 GENEVE 29

**Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente
Mme Giovanna DESCLOUX et Mr. Pierre GUERINI, Juges assesseurs**

A/1409/2000

EN FAIT

La société X_____ SA (ci-après la Société) est une société anonyme inscrite au registre du commerce depuis le 27 mars 1981, dont le but est le commerce de légumes, fruits, fleurs, agrumes et céréales ainsi que l'importation, l'exportation et la transformation de produits exotiques et produits alimentaires. Jusqu'au 24 juillet 2003, Monsieur C_____ en était le président et l'administrateur, avec signature individuelle.

Monsieur C_____ dirigeait également une entreprise en raison individuelle sous la dénomination «C_____», active notamment dans la gestion des affaires de la Société. Cette entreprise s'occupait entre autres de toutes les démarches et du suivi auprès de la clientèle de la Société, de toutes les questions concernant le personnel et les instances cantonales telles que le contrôle des habitants et l'office de l'emploi, des démarches auprès des banques, de certains achats à l'étranger et de la supervision du département comptable. Elle était au surplus chargée de l'infrastructure nécessaire à l'exploitation de la Société.

Le 10 octobre 2000, la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION AVS/AI/APG/AC/AF (ci-après la Caisse) a procédé à un contrôle AVS portant sur la période de janvier 1997 à décembre 1999. Trois montants de CHF 150'000.- chacun, pour les années 1997, 1998 et 1999, comptabilisés par la Société sous le poste «redevances administratives, C_____» n'avaient pas été soumis à l'AVS. La Caisse les a donc repris en tant qu'honoraires d'administration perçus par Monsieur C_____ et a, par décision du 12 octobre, réclamé à la Société le paiement d'un montant de CHF 58'147,80 à titre de cotisations complémentaires AVS/AI/APG/AC.

Le 9 novembre 2000, la Société, représentée par la fiduciaire VERIFID SA, a interjeté recours. Elle a fait valoir que les honoraires en cause n'avaient pas été encaissés par Monsieur C_____ à titre personnel, mais facturés par la raison individuelle C_____. Les factures correspondantes

avaient du reste été comptabilisées dans les comptes d'exploitation 1997, 1998 et 1999 de l'entreprise C_____ et dûment soumises à TVA. La Société a précisé que les services rendus l'avaient été par le personnel de la raison individuelle et que Monsieur C_____ était déjà salarié de la Société, ainsi que cela ressortait des attestations de salaire envoyées chaque année à la Caisse.

Dans son préavis du 5 janvier 2001, la Caisse a proposé le rejet du recours. Elle a exposé qu'il était logique qu'une certaine confusion intervienne lorsque, comme en l'espèce, l'administrateur-président d'une société exploite par ailleurs une entreprise en raison individuelle dans le même domaine d'activité, mettant en outre à disposition de la société du personnel et des locaux contre rémunération. Les rémunérations touchées devaient donc être qualifiées chacune selon les circonstances dans lesquelles elles étaient obtenues. L'activité de gestion de la société anonyme n'ayant aucun lien avec l'activité indépendante de maraîcher, mais découlant directement et exclusivement de la fonction d'administrateur président de Monsieur C_____, les « redevances administratives » constituaient à l'évidence un salaire soumis à cotisations. Il importait peu que ces montants figurent dans les comptes personnels sous la rubrique « frais généraux » de la raison individuelle.

Invitée à se déterminer, la Société a rappelé que l'activité de l'entreprise en raison individuelle ne consistait pas uniquement en une activité indépendante de maraîcher, mais également en une activité de gestion d'immeubles mis à disposition de la Société, de location de matériel et d'activité administrative ainsi que l'indiquait clairement le compte de pertes et profits de l'entreprise C_____. Elle a au surplus rappelé que Monsieur C_____ rencontrait de gros problèmes de vue, ce qui, depuis un certain temps, ne lui permettait pas d'exercer une importante activité de gestionnaire, mais l'obligeait au contraire à réduire son temps de travail. La redevance administrative de CHF 150'000.- par année était donc bien rémunérée à titre de services rendus par l'entreprise C_____.

EN DROIT

Préalablement :

La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003 et qui a entraîné des modifications de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (ci-après LAVS) et de son règlement, 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 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 LAVS et de son règlement en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 .

A la forme :

La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (E 2 05) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales. Conformément à l'article 3 alinéa 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la présente loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants sont transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique, sur les contestations en matière d'assurance vieillesse et survivants notamment (cf. article 56V LOJ). La compétence du Tribunal de céans est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.

En outre, interjeté en temps utile, le recours est recevable conformément à l'article 84 al. 1 LAVS.

Au fond :

1.1 L'art. 1 alinéa 1 let. b LAVS stipule que les personnes physiques qui exercent en Suisse une activité lucrative sont assurées conformément à la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants.

Le chiffre 1036 des directives sur l'assujettissement aux assurances AVS et AI (ci après DAA) précise qu'est réputée obtenir un revenu du travail en Suisse toute personne exerçant sur sol helvétique soit une activité salariée, soit une activité indépendante dans l'industrie, le commerce, l'artisanat, l'agriculture ou dans des professions libérales.

L'art 5 alinéa 1 LAVS prévoit qu'une cotisation de 4,2 pour cent est perçue sur le revenu provenant d'une activité dépendante, appelé ci-après salaire déterminant. Le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail (article 5 alinéa 2 LAVS)

Selon l'article 7 lettre h RAVS, le salaire déterminant pour le calcul des cotisations comprend notamment, dans la mesure où il ne s'agit pas d'un dédommagement pour frais encourus, les tantièmes, les indemnités fixes et les jetons de présence des membres de l'administration et des organes dirigeants des personnes morales.

Le chiffre n° 2030 de la Directive sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (ci-après DSD) précise : les organes des personnes morales sont notamment les membres de l'administration (tels les membres du conseil d'administration des sociétés anonymes), ainsi que les tiers à qui la gestion ou la représentation de la société a été transférée en tout ou en partie (tels les directeurs),

les membres du comité des associations, les membres du conseil des fondations et les membres des organes de contrôle.

Un assuré qui a la qualité d'organe d'une personne morale peut aussi avoir la situation d'un tiers vis-à-vis de la société (ainsi par exemple l'entrepreneur, l'avocat, l'agent fiduciaire, le comptable, qui font partie du conseil d'administration d'une société anonyme). S'il agit en qualité de tiers vis-à-vis de la société, le gain découlant d'une telle activité se caractérise comme un revenu d'une activité indépendante. Pour qualifier cette indemnité, il faut se demander si l'activité pour laquelle l'indemnité est versée est liée à la qualité d'organe de la société ou si elle aurait pu être exercée tout aussi bien indépendamment de cette fonction (DSD 2036).

A titre exemplatif, les honoraires ne font pas partie du salaire déterminant s'il s'agit d'indemnités pour un avocat qui n'ont aucune relation directe avec son activité de membre du conseil d'administration, mais qui ont été payées pour la liquidation d'affaires juridiques que cet avocat aurait traitées même sans être membre dudit conseil (ATF 105 V 113).

Les autorités compétentes en matière d'assurance-vieillesse et survivants qualifient en général les honoraires touchés par les membres de l'administration ou d'organes dirigeants de sociétés de revenus provenant d'une activité dépendante. La jurisprudence a précisé que de tels honoraires sont présumés accordés en raison de la qualité d'organe de la société et réputés provenir d'une activité salariée même si les indemnités sont proportionnelles à l'activité et à l'état des affaires (RCC 1983, p. 22, ATF 121 I 259).

1.2 En l'espèce, Monsieur C_____ a perçu trois montants de CHF 90'000.- pour les années 1997 à 1999 de la part de la Société, à titre de salaire. Ces trois montants se retrouvent comptabilisés dans la Société sous le compte « Salaire » et ne sont pas contestés.

Trois autres montants de CHF 150'000.- ont été versés par la Société à l'entreprise C_____, ainsi que cela ressort tant de la comptabilité de la Société que de celle tenue par l'entreprise en raison individuelle. En effet, d'une part, les montants ont été comptabilisés par la Société sous le poste « Honoraires contentieux » et non sous le compte « Salaire », contrairement au trois montants de CHF 90'000.- et, d'autre part, les comptes de l'entreprise C_____ comprennent un poste sous « Autres produits courants » intitulé « Honoraires de gestion et d'administration » dans lequel les trois montants de CHF 150'000.- ont été enregistrés en actif.

La question essentielle in casu est de savoir si l'activité pour laquelle ces indemnités ont été versées est ou non liée à la qualité d'organe de la recourante.

L'entreprise en raison individuelle C_____ s'occupe d'une grande partie de la gestion de la Société, ainsi qu'elle l'a elle-même reconnu. Cet état de fait crée une certaine confusion, provenant du fait que Monsieur C_____, exploitant de l'entreprise en raison individuelle du même nom est également l'administrateur-président de la Société.

Il sied de relever que, pour le cas où l'entreprise individuelle serait une société anonyme, un tel état de fait ne créerait aucune confusion. En effet, l'entreprise serait alors dotée de la personnalité morale et agirait de façon indépendante. Ce qui entretient la confusion en l'espèce est précisément l'absence de personnalité juridique de l'entreprise C_____. Cet état de fait n'empêche cependant pas celle-ci de s'occuper d'une partie de la gestion de la Société, en entreprenant certaines démarches administratives qui ne reviennent pas, de par leur volume, aux administrateurs de la Société.

Les salaires annuels de CHF 90'000.- perçus par Monsieur C_____ laissent supposer que celui-ci a été rémunéré par la Société précisément pour son mandat d'administrateur. Rien ne permet de croire que les autres montants contestés constituent un salaire déguisé versé à Monsieur C_____. Au contraire, au vu de la structure de la Société, il apparaît que celle-

ci aurait de toute façon délégué une partie de son exploitation à un tiers. En l'espèce, ce tiers est l'entreprise C_____. Cela s'explique notamment par le fait que Monsieur C_____ se révèle être le dénominateur commun des deux entreprises. Il n'en demeure pas moins que l'entreprise en raison individuelle fournit des services indépendants à la Société et qu'elle perçoit à ce titre des redevances administratives qui n'apparaissent pas démesurées au vu des démarches entreprises (démarches et suivi auprès de la clientèle, démarches auprès des banques, de certains achats à l'étranger etc.) et agit par conséquent comme un tiers à qui la société aurait délégué une partie de sa gestion.

Au vu de tous ces éléments, le recours doit être admis.

* * *

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

Statuant

A la forme :

1. Reçoit le recours ;

Au fond :

2. L'admet et annule la décision du 12 octobre 2000 ;
3. Alloue au recourant la somme de Fr. 1'000.-- à titre de participation à ses frais et dépens, ainsi qu'à ceux de son mandataire;
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 :

Marie-Louise QUELOZ

La présidente :

Doris WANGELER

Secrétaire-juriste : Flore PRIMAULT

Le présent arrêt est communiqué pour notification aux parties, à l'Office fédéral des assurances sociale ainsi qu'à Monsieur C_____ par le greffe