

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1814/2002

ATAS/329/2003

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 10 DECEMBRE 2003

4ème Chambre

En la cause

**EMS X _____ SA, comparant par Me Filippo RYTER,
en l'étude duquel elle élit domicile.**

RECOURANTE

contre

**CAISSE CANTONALE
GENEVOISE DE COMPENSATION**
54, Route de Chêne
1211 GENEVE 29

INTIMÉE

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente,

M. Roger LOZERON et Mme Florence BRUTSCH, juges assesseurs.

EN FAIT

1. L'EMS X_____ SA (ci après l'EMS) est une société anonyme inscrite au registre du commerce de Genève depuis le 9 février 1998. Son but est l'exploitation d'une pension pour personnes âgées. L'unique administrateur en est Me Filippo RYTER, avocat à Lausanne.
2. Pour la période du 1^{er} janvier 1999 au 31 décembre 2001, l'EMS a fait l'objet d'un contrôle d'employeur lors duquel un réviseur de la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la Caisse) a effectué plusieurs reprises sur les rémunérations versées à Me RYTER pour son activité d'administrateur. Ainsi, pour l'année 2001, un montant de CHF 7'000.- a été repris (pièce 2, fourre Caisse).
3. Par décision du 2 juillet 2002, la Caisse a réclamé le paiement de CHF 2'157,65 à titre de cotisations complémentaires AVS/AI/APG/AC à l'EMS, dont CHF 716.- correspondant aux honoraires de l'administrateur.
4. Le 29 juillet 2002, l'EMS a interjeté recours soit pour elle son conseil, contre cette décision en faisant valoir que l'administrateur est un avocat indépendant inscrit à la caisse d'assurance-vieillesse et survivants des groupements patronaux vaudois et qu'il avait fait l'objet de ce fait d'une perception en qualité d'indépendant. Ainsi, la décision de la Caisse était erronée dans la mesure où elle impliquait une double perception de l'AVS, raison pour laquelle elle devait être annulée sur ce point.
5. Par préavis du 8 octobre 2002, la Caisse a proposé le rejet du recours. Elle a produit plusieurs pièces, dont un courrier de l'administrateur du 8 octobre 2001 adressé à l'EMS dans lequel il reconnaissait que le montant de ses honoraires forfaitaires annuels s'élevait à CHF 7'000.- (pièce 1, fourre Caisse).
6. La Commission cantonale de recours en matière AVS/AI/APG (ci-après la Commission, actuellement le Tribunal de céans) a imparti à la recourante un délai au 10 novembre 2002 pour lui faire part de ses remarques et joindre toutes pièces utiles. Le 11 novembre 2002, la recourante a sollicité un premier délai, qui lui a été accordé par la Commission, au 29 novembre 2002. La recourante a requis un nouveau délai que la Commission a fixé au 15 décembre 2002. La recourante n'a pas fait valoir ses déterminations dans le nouveau délai imparti.

7. Pour le surplus, les faits et allégués pertinents des parties seront repris, en tant que besoin, dans la partie « en droit » ci-après.

EN DROIT

1. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003 et qui a entraîné des modifications de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS ; RS 831.10) et de son règlement (RAVS ; RS 831.101), 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 .
2. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ ; 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 ont été 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.
3. En outre, interjeté en temps utile, le recours est recevable conformément à l'art. 84 al. 1 LAVS alors applicable.
4. Le litige porte sur la question de savoir si la rétribution perçue par l'administrateur fait partie du salaire déterminant soumis à cotisations.
 - 4.1 L'art. 1 al.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 al. 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'art. 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 ; ATF 121 I 259).

- 4.2 En l'espèce, les honoraires d'un montant de CHF 7'000.- perçus par l'administrateur font partie du salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 1 LAVS et 7 al. 1 lit. h RAVS. Il a d'ailleurs lui-même reconnu recevoir ce montant en tant qu'honoraires forfaitaires annuels découlant de sa fonction d'administrateur (pièce 1, fourre Caisse). Le montant litigieux est ainsi en relation directe avec son activité d'administrateur unique de l'EMS et n'a pas été payé pour la liquidation d'affaires juridiques qu'il aurait traitées même s'il n'avait été administrateur de l'EMS.

Pour tous ces motifs, le recours doit être rejeté et la décision de la Caisse du 2 juillet 2002 confirmée.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable ;

Au fond :

2. Le rejette ;
3. 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 qu'elle 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).

Le greffier :

Walid BEN AMER

La Présidente :

Juliana BALDE

La secrétaire-juriste : Flore PRIMAULT

Le présent arrêt est notifié aux parties ainsi qu'à l'office fédéral des assurances sociales par le greffe