Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Cour des assurances sociales
du Tribunal fédéral

Cause
{T 7}
H 125/04

Arrêt du 7 mars 2005
IVe Chambre

Composition
MM. les Juges Ferrari, Président, Meyer et Boinay, suppléant. Greffier : M. Wagner

Parties
Office fédéral des assurances sociales, Effingerstrasse 20, 3003 Berne, recourant,

contre

S._____ SA, intimée, représentée par G._____,

Instance précédente
Tribunal cantonal des assurances sociales, Genève

(Jugement du 19 mai 2004)

Faits:
A.
La société S._____ SA (ci-après : la société), dont le siège est à L._____, a pour but « les services dans le domaine scientifique et industriel, 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 ». Le conseil d'administration est composé de R._____, citoyen britannique, domicilié à V._____ (GB), président avec signature individuelle, de G._____ et de A._____, membres avec signature collective à deux.
Le 12 mars 2001, la Caisse interprofessionnelle d'assurance vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux, actuellement Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des Entreprises Romandes (ci-après : la caisse), à laquelle la société est affiliée, a procédé à un contrôle d'employeur. Dans un rapport du 29 mai 2001, elle a constaté que des rémunérations versées durant les années 1996 à 1999 à R._____ n'avaient pas été déclarées par S._____ SA et fixé les cotisations arriérées dues à ce titre pour la période du 1er janvier 1996 au 31 décembre 1999 à 19'369 fr. 75 en matière d'AVS/AI/APG (y compris les frais d'administration) et à 5'585 fr. 75 en matière d'assurance-chômage, et les intérêts moratoires dus à partir de 1997 jusqu'au 29 mai 2001 à 4'027 fr. 40. Le même jour, la caisse a rendu deux décisions, l'une par laquelle elle a réclamé à la société le montant total de 28'982 fr. 90 (19'369 fr. 75 + 5'585 fr. 75 + 4'027 fr. 40) en ce qui concerne les cotisations AVS/AI/APG/AC et les intérêts moratoires et l'autre par laquelle elle lui a réclamé la somme de 2'932 fr. 55 en ce qui concerne les cotisations au régime d'allocations familiales (y compris les frais d'administration et de contrôle).
B.
Le 28 juin 2001, la société S._____ SA a formé recours devant la Commission cantonale de recours en matière d'AVS/AI du canton de Genève contre la décision du 29 mai 2001 par laquelle la caisse lui réclamait le versement de 28'982 fr. 90 en ce qui concerne les cotisations arriérées AVS/AI/APG/AC et les intérêts mo-

ratoires. Elle en demandait l'annulation pour le motif que R._____ était bien administrateur de la société mais qu'il ne touchait aucune rémunération à ce titre. Les montants versés représentaient des honoraires de consultant, car la société lui demandait régulièrement des avis en qualité d'expert. Elle les lui payait sur la base d'un contrat de consultant. L'activité de celui-ci était exercée au Royaume-Uni.
Le Tribunal cantonal des assurances sociales de la République et canton de Genève, entré en fonction le 1er août 2003, a repris les compétences exercées jusque-là par la Commission de recours. Lors d'une audience du 14 janvier 2004, il a procédé à l'audition de G._____ et de A._____. Par jugement du 19 mai 2004, il a annulé la décision attaquée et condamné la caisse à verser à la société une indemnité de 1'000 fr. à titre de dépens. La juridiction cantonale a considéré qu'il résultait de l'ensemble des éléments du dossier que la rémunération de R._____ constituait la contre-prestation de travaux effectués pour la société en dehors de son activité d'administrateur. De plus, ces activités avaient été exercées ailleurs qu'en Suisse, ce qui excluait la perception de charges sociales.
C.
L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) interjette recours de droit administratif contre ce jugement, dont il requiert l'annulation.
Le Tribunal cantonal des assurances sociales déclare qu'il persiste dans les termes et le dispositif de son arrêt. Il fournit une détermination au sujet de sa compétence. La société S._____ SA conclut au rejet du recours. De son côté, la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des Entreprises Romandes s'en rapporte au recours de l'OFAS et propose que la décision attaquée du 29 mai 2001 soit maintenue.

Considérant en droit:
1.
Le litige a trait au statut de R._____ en matière d'AVS et porte sur le point de savoir si des cotisations personnelles sont dues sur les rémunérations que la société S._____ SA à L._____ lui a versées entre 1996 et 1999. Il concerne la somme de 28'982 fr. 90, réclamée par la caisse dans la décision administrative du 29 mai 2001 relative aux cotisations AVS/AI/APG/AC et aux intérêts moratoires.
2.
La décision litigieuse n'ayant pas pour objet l'octroi ou le refus de prestations d'assurance, le Tribunal fédéral des assurances doit se borner à examiner si les premiers juges ont violé le droit fédéral, y compris par l'excès ou par l'abus de leur pouvoir d'appréciation, ou si les faits pertinents ont été constatés d'une manière manifestement inexacte ou incomplète, ou s'ils ont été établis au mépris de règles essentielles de procédure (art. 132 en corrélation avec les art. 104 let. a et b et 105 al. 2 OJ ).
Il faut en outre tenir compte de l'art. 114 al. 1 OJ, selon lequel le Tribunal fédéral des assurances n'est pas lié par les conclusions des parties en matière de contributions publiques, lorsque le litige porte sur la violation du droit fédéral ou sur la constatation inexacte ou incomplète des faits.
3.
La décision administrative litigieuse a été rendue avant l'entrée en vigueur (le 1er juin 2002) de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes. Cet accord, en particulier son annexe II qui règle la coordination des systèmes de sécurité sociale, ne s'applique dès lors pas à la présente procédure (ATF 128 V 315).
4.
La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans les divers secteurs des assurances sociales. Conformément au principe général de droit transitoire, selon lequel - même en cas de changement des bases légales - les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits, le cas d'espèce reste régi par les règles applicables jusqu'en 2001, puisque le contrôle d'employeur a eu lieu le 12 mars 2001, qu'il portait sur les années 1996 à 1999, et que la décision de la caisse du 29 mai 2001 prend en compte les intérêts moratoires calculés jusqu'à cette date (ATF 130 V 445 et les références; cf. aussi ATF 130 V 329).
5.
Sont notamment assurées obligatoirement les personnes physiques qui exercent en Suisse une activité lucrative (art. 1 al. 1 let. b aLAVS). Les assurés au sens de l'art. 1 al. 1 aLAVS sont tenus de payer des cotisations tant qu'ils exercent une activité lucrative (art. 3 al.1 première phrase LAVS).

Aux termes de l'art. 5 al. 1 première partie de la phrase de la Convention de sécurité sociale entre la Suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord du 21 février 1968 (RS 0831.109.367.1), à moins que la convention n'en dispose autrement, les ressortissants de l'une des Parties contractantes qui exercent une activité professionnelle salariée ou autre sur le territoire de l'une des Parties sont soumis à la législation de cette Partie. La Convention institue par conséquent, en ce qui concerne l'assujettissement à l'assurance et l'obligation de cotiser qui en découle, le principe dit de la « soumission à la législation du lieu de travail » (ATF 114 V 132 consid. 4a et l'arrêt cité). Elle ne définit pas avec plus de précision ce qu'il faut entendre par lieu de travail au sens de cette disposition. On n'a toutefois pas d'indices permettant de croire que la Convention ait cherché à instituer des règles s'écartant du droit national. De ce fait, il y a lieu d'examiner à la lumière des prescriptions du droit de l'AVS si le professeur R._____ exerce en Suisse dans le cadre de la société intimée une occupation ou activité au sens de l'art. 5 al. 1 de la convention (ATF 119 V 68 consid. 3a et les références; VSI 1999 p.
18 s. consid. 2a, 1994 p. 141 consid. 6a).
6.
6.1 Le litige porte sur le point de savoir si des cotisations AVS/AI doivent obligatoirement être perçues sur les rémunérations versées à R._____ par l'intimée. A cet égard, il est établi que celui-ci n'a pas de domicile civil en Suisse, raison pour laquelle il faut rejeter la qualité d'assuré du point de vue de l'art. 1 al. 1 let. a aLAVS. En revanche, il s'agit de savoir s'il a exercé une activité professionnelle en Suisse et se trouve de ce fait soumis à l'assurance obligatoire (art. 1 al. 1 let. b aLAVS).
6.2 La caisse a retenu que R._____ avait perçu des honoraires d'administrateur à raison de 30'000 fr. en 1996 et de 48'000 fr. par an en 1997, 1998 et 1999. Ces montants, convertis en valeurs brutes (32'102 fr. et 51'364 fr.), ont servi de base au calcul des cotisations réclamées.
6.3 La société S._____ SA admet l'exactitude des montants versés mais conteste que R._____ ait perçu une quelconque rémunération pour son activité au conseil d'administration. Le professeur R._____ travaille pour l'intimée à la demande de celle-ci sur la base d'un contrat de consultant dans le domaine de la spectrométrie de masse. Son activité est exercée à O._____ et ses honoraires sont calculés en fonction des travaux effectués.
6.4 Le recourant se prévaut de la présomption d'honoraires attachée aux versements faits par une société à un administrateur et estime que cette présomption n'a pas été renversée. Au contraire, les éléments du dossier sont plutôt de nature à faire admettre le paiement d'honoraires d'administrateur.
7.
7.1 Le salaire déterminant, au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Font partie de ce salaire déterminant, par définition, toutes les sommes touchées par le salarié, si leur versement est économiquement lié au contrat de travail ; peu importe, à ce propos, que les rapports de service soient maintenus ou aient été résiliés, que les prestations soient versées en vertu d'une obligation ou à titre bénévole (ATF 128 V 180 consid. 3c, 126 V 222 consid. 4a, 124 V 101 consid. 2 et la jurisprudence citée).
Selon l'art. 7 let. 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 (teneur en vigueur depuis le 1er janvier 1999, la modification du 16 septembre 1998 n'ayant aucune incidence dans le cas d'espèce; sur l'art. 7 let. h RAVS dans son ancienne teneur, cf. ATF 123 V 163 s. consid. 2, 4b et 5a).
Lorsque des honoraires sont versés par une société anonyme à un membre du conseil d'administration, il est présumé qu'ils lui sont versés en sa qualité d'organe d'une personne morale et qu'ils doivent être, par conséquent, considérés comme salaire déterminant (RCC 1983 p. 22 consid. 2; Greber/Duc/Scartazzini, Commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS], note 40 ad art. 5). C'est le cas même si les indemnités sont proportionnelles à l'activité et à l'état des affaires (RCC 1952 p.272).
Il est possible de renverser la présomption en établissant que les honoraires versés ne font pas partie du salaire déterminant car il s'agit d'indemnités n'ayant aucune relation directe avec le mandat de membre du conseil d'administration, mais qu'elles sont payées pour l'exécution d'une tâche que l'administrateur aurait assumé même sans être membre du conseil d'administration (ATF 105 V 114 s. consid. 3; RCC 1953 p. 442 s.).
7.2 Dans le cas particulier, il n'est pas prétendu que les montants versés à R._____ constituent un dédommagement pour frais encourus. Ils sont donc présumés être du salaire déterminant.

7.3 Dans le domaine des assurances sociales notamment, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 195 consid. 2 et les références; cf. ATF 130 I 183 consid. 3.2).
Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4e éd., Berne 1984, p. 136; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e éd., p. 278 ch. 5). Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références; cf. ATF 130 III 324 sv. consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).
7.4 Il appartient en l'espèce à l'intimée, qui allègue que les versements faits à R._____ constituent une rémunération pour ses travaux de consultant, de le rendre vraisemblable compte tenu de l'obligation qu'elle a de collaborer à l'établissement des faits. Il lui appartient donc de renverser la présomption posée par la jurisprudence (supra, consid. 7.1 in fine).
Les éléments suivants ressortent du dossier. Les travaux effectués par R._____ pour le compte de l'intimée n'ont fait l'objet d'aucune facture. L'intimée n'a pas été en mesure de produire un compte des heures que celui-ci a consacrées à ses expertises, alors qu'aux termes du contrat de consultant, la rémunération se fait sur une base horaire. Par ailleurs, à l'audience devant les premiers juges, les représentants de l'intimée ont déclaré que le montant des honoraires était largement en dessous de ceux normalement dus et que, dans la mesure où il n'était pas possible de payer tous les honoraires, ceux-ci étaient calculés en fonction de l'évolution prévisible du chiffre d'affaires. En outre, sur les quatre années en cause, les honoraires, dont le montant est un chiffre rond, sont identiques 3 années de suite, ce qui paraît surprenant si l'on considère qu'ils sont fixés sur la base de l'activité effectivement déployée en faveur de l'intimée chaque année.
Les juges cantonaux ont admis qu'on était en présence d'une rémunération pour des travaux de consultant en se fondant sur le fait que le montant des honoraires de R._____ étaient élevés pour une petite société qui ne génère aucun bénéfice, d'une part, et, d'autre part, que S._____ SA avait établi qu'elle recourait régulièrement aux services d'experts extérieurs, ce qui rendait plausible le recours à R._____ pour des conseils rémunérés.
Le premier élément retenu par l'autorité cantonale n'est guère probant, car il ressort des déclarations de A._____ et de G._____ que les honoraires étaient précisément fixés en fonction de l'évolution prévisible du chiffre d'affaires.
Le second élément n'est pas suffisant pour faire admettre à lui seul que les montants versés à R._____ constituaient des honoraires de consultant. En effet, s'il est établi que l'intimée a consulté R._____ - dans une mesure réduite à en croire les pièces produites en procédure -, il apparaît bien plus que celui-ci a fourni des services à l'intimée, qui est une société dont il possède 75 à 80 % du capital social et pour laquelle le fait de pouvoir bénéficier des conseils de R._____, scientifique mondialement reconnu, est un argument commercial de premier plan. C'est ainsi que peut s'expliquer la manière dont R._____ a fixé sa rémunération.
Il résulte de ce qui précède que l'intimée n'a pas établi au degré de la vraisemblance prépondérante que les montants versés à R._____ concernaient des honoraires n'ayant aucun lien avec le mandat de président du conseil d'administration. La présomption n'est ainsi pas renversée. L'intimée ayant échoué dans sa preuve, il faut reconnaître que les sommes versées à R._____ constituent du salaire déterminant, soumis à cotisations. Le recours doit dès lors être admis.
8.
Le litige n'ayant pas pour objet l'octroi ou le refus de prestations d'assurance, la procédure est onéreuse (art. 134 OJ a contrario). L'intimée, qui succombe, supportera les frais judiciaires (art. 156 al. 1 en corrélation avec l'art. 135 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances prononce:
1.
Le recours est admis et le jugement du Tribunal cantonal des assurances sociales de la République et canton de Genève, du 19 mai 2004, est annulé.
2.
Les frais de justice, d'un montant de 2'500 fr., sont mis à la charge de l'intimée.
3.
Le présent arrêt sera communiqué aux parties, à la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des Entreprises Romandes, Genève, et au Tribunal cantonal genevois des assurances sociales.
Lucerne, le 7 mars 2005
Au nom du Tribunal fédéral des assurances
Le Président de la IVe Chambre: Le Greffier: