

# **BGer 9C\_633/2023 vom 24. April 2024**

Bundesgericht, 2024-04-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_9C\\_633\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_633_2023)

FR: TF 9C\_633/2023 du 24 avril 2024

IT: TF 9C\_633/2023 del 24 aprile 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1**

La recourante forme dans le même acte un recours en matière de droit public et un recours constitutionnel subsidiaire. Dans la mesure où l'arrêt attaqué est une décision finale ( art. 90 LTF ) rendue en dernière instance cantonale par un tribunal supérieur ( art. 86 al. 1 let . d et al. 2 LTF) dans une cause de droit public ( art. 82 let. a LTF ) qui n'est pas visée par les exceptions de l' art. 83 LTF , la voie du recours en matière de droit public est ouverte et, par conséquent, celle du recours constitutionnel subsidiaire est exclue ( art. 113 LTF ). Il n'y a dès lors pas lieu d'entrer en matière sur le recours constitutionnel subsidiaire.

### **E. 2.1**

Même si la société se limite à prendre des conclusions cassatoires et en renvoi (à ce sujet, cf. ATF 137 II 313 consid. 1.3 et les références), son recours en matière de droit public, qui se caractérise comme un recours en réforme ( art. 107 al. 2 LTF ), est recevable. Les motifs du recours permettent de comprendre qu'elle entend être libérée de son obligation de s'acquitter des cotisations sociales sur les rémunérations qu'elle a versées à B. \_\_\_\_\_ entre 2012 et 2015, de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le recours.

### **E. 2.2**

Le recours en matière de droit public peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF . Le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). Il statue par ailleurs sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ), sauf s'ils ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ). Le recourant qui entend s'en écarter doit expliquer de manière circonstanciée en quoi les conditions de l' art. 105 al. 2 LTF sont réalisées sinon un état de fait divergent ne peut pas être pris en considération ( art. 97 al. 1 LTF ).

### **E. 3.1**

Le litige porte sur le droit de l'intimée de prélever des cotisations paritaires, par reprises de salaires des mois de janvier 2012 à décembre 2015, auprès de la recourante s'agissant de l'activité déployée par B. \_\_\_\_\_, singulièrement sur la question de la qualification de ladite activité.

### **E. 3.2**

On rappellera, à la suite de la juridiction de première instance, que le salaire déterminant pour la perception des cotisations comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé ( art. 5 al. 2 LAVS ). Selon l' art. 7 let . h RAVS, le salaire déterminant pour le calcul des cotisations comprend notamment les tantièmes, les indemnités fixes et les jetons de présence des membres de l'administration et

des organes dirigeants des personnes morales.

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 réputé provenir d'une activité salariée ( ATF 105 V 113 consid. 3; arrêt 9C\_727/2014 du 23 mars 2015 consid. 4.1 et les références). Cette présomption peut être renversée en établissant que les honoraires versés ne font pas partie du salaire déterminant. Tel est le cas lorsque les indemnités n'ont 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 assumée même sans appartenir au conseil d'administration; en pareille hypothèse, l'intéressé agit en qualité de tiers vis-à-vis de la société et le gain découlant d'une telle activité se caractérise comme un revenu d'une activité indépendante ( ATF 105 V 113 consid. 3; arrêts 9C\_727/2014 précité consid. 4.1; 9C\_365/2007 du 1er juillet 2008 consid. 5.1).

### **E. 3.3**

La qualification, au regard des dispositions légales sur les cotisations à l'assurance-vieillesse et survivants, relève d'une question de droit, que le Tribunal fédéral examine librement. Les éléments de fait sur lesquels se fondent les conclusions en droit constituent en revanche des questions de fait soumises au pouvoir d'examen limité du Tribunal fédéral ( ATF 144 V 111 consid. 3; arrêt 9C\_64/2019 du 25 avril 2019 consid. 2.1).

### **E. 4.1**

À l'appui de son recours, A. \_\_\_\_\_ SA se prévaut d'une constatation manifestement inexacte des faits et d'une violation du droit fédéral. Elle reproche en substance à la juridiction cantonale d'avoir admis que B. \_\_\_\_\_ était l'un de ses organes et d'avoir qualifié de dépendantes les activités qu'il avait déployées pour son compte et pour lesquelles elle lui avait versé des rémunérations en application de la convention de consultant qu'ils avaient conclue en 2012.

### **E. 4.2**

La recourante ne conteste pas les constatations cantonales selon lesquelles elle avait payé des honoraires à B. \_\_\_\_\_ pour les activités qu'il avait effectuées entre 2012 et 2015, en application de la convention de consultant du 5 novembre 2012 (à hauteur de 2'500'000 fr. en 2012, 2'500'000 fr. en 2013, puis 1'250'000 fr. dès 2014). Elle ne prétend pas que ces honoraires auraient été soumis à des cotisations sociales à Monaco.

### **E. 5.1**

L'instance précédente a considéré que durant la période litigieuse (de 2012 à 2015), en sa qualité d'organe (formel) de la recourante, une société anonyme ayant son siège en Suisse, B. \_\_\_\_\_ avait exercé une activité lucrative en Suisse et était obligatoirement assuré au sens de la LAVS (cf. art. 1a al. 1 let. b LAVS ). Elle a ensuite admis que l'activité de consultant déployée par le prénommé selon la convention conclue le 5 novembre 2012 avait été exercée en sa qualité d'organe de la société, si bien que les rémunérations versées en contrepartie correspondaient à un salaire déterminant d'une activité dépendante.

### **E. 5.2**

La recourante conteste d'abord l'obligation d'assurance de B. \_\_\_\_\_ durant la période litigieuse. Elle fait valoir à cet égard que le prénommé avait démissionné de son conseil d'administration le 5 novembre 2012, si bien qu'il avait perdu la qualité d'organe formel ou de fait de A. \_\_\_\_\_ SA. En conséquence, et dans la mesure où B. \_\_\_\_\_ était domicilié à Monaco depuis 2010 et avait essentiellement exercé ses activités pour le compte de la société hors de Suisse, la recourante allègue qu'un éventuel assujettissement à la LAVS ne saurait entrer en ligne de compte.

#### **E. 5.2.1**

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, dûment rappelée et appliquée par les premiers juges, est considéré comme exerçant une activité lucrative en Suisse (au sens de l'art. 1a al. 1 let. b LAVS) et doit payer des cotisations sur les revenus en découlant celui qui est inscrit au registre du commerce comme administrateur, comme directeur ou au titre d'une autre fonction dirigeante d'une personne morale ayant son siège en Suisse et se trouve en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'activité de la société suisse, même s'il a son domicile à l'étranger; peu importe qu'il n'use pas effectivement de ses compétences et que la gestion effective de la société soit déléguée à d'autres personnes (ATF 119 V 65 consid. 3b; cf. aussi arrêt 9C\_105/2011 du 12 octobre 2011 consid. 4.2).

#### **E. 5.2.2**

L'argumentation de la recourante relative à "la date de remise à A. \_\_\_\_\_ SA de la lettre de démission [de B. \_\_\_\_\_] du 5 novembre 2012" et quant au "caractère effectif de la démission" est mal fondée. En effet, la juridiction cantonale a considéré que même à admettre que la démission donnée par le prénommé le 5 novembre 2012 ait été effective, il avait conservé la qualité d'organe de la société durant toute la période litigieuse (de 2012 à 2015), dès lors que la radiation, au registre du commerce, de sa qualité d'administrateur de A. \_\_\_\_\_ SA, n'était intervenue qu'au mois d'octobre 2017.

A ce propos, on rappellera, à la suite de l'instance précédente et comme le reconnaît la recourante, que l'inscription au registre du commerce n'a pas un effet constitutif pour la fin des fonctions, la manifestation de volonté qui met un terme à celles-ci produisant ses effets dès qu'elle est parvenue dans la sphère de puissance de son destinataire, indépendamment de l'inscription (cf. GUILLAUME VIANIN, in: Commentaire romand, CO II, 2e éd. 2017, n. 2 ad art. 938b CO et les références). Or en l'occurrence, la recourante se contente d'affirmer qu'à partir du 5 novembre 2012, B. \_\_\_\_\_ n'était plus "ni organe formel, ni organe de fait" de A. \_\_\_\_\_ SA, en se référant aussi aux procès-verbaux de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires de la société des années 2013 et suivantes, qui ne faisaient plus mention du prénommé. Ce faisant la société ne démontre pas que et en quoi la considération de la juridiction précédente, selon laquelle elle avait un intérêt - évident - à ce que B. \_\_\_\_\_ figure toujours comme un administrateur au registre du commerce, serait arbitraire ou autrement contraire au droit. Les juges précédents ont exposé à ce propos que l'inscription du prénommé au registre du commerce en tant qu'administrateur montrait aux tiers, afin de maintenir leur confiance envers la marque et la société elle-même, que B. \_\_\_\_\_ n'était pas seulement un consultant pour elle mais également un organe (formel) partie prenante aux décisions la concernant. La juridiction cantonale n'a ainsi pas opéré un "amalgame" entre, d'une part, la représentation d'un point de vue marketing à des fins de communication et de publicité découlant de la convention conclue entre B. \_\_\_\_\_ et la société et, d'autre part, la représentation juridique découlant de la fonction

d'administrateur du prénommé, contrairement à ce qu'allègue la recourante. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de s'écarter de la conclusion des premiers juges, quant au maintien - volontaire - de la qualité d'administrateur de la société de B.\_\_\_\_\_ durant toute la période litigieuse.

### **E. 5.2.3**

En conséquence, compte tenu de la qualité de B.\_\_\_\_\_ d'administrateur de A.\_\_\_\_\_ SA, inscrit au registre du commerce de 2007 à 2017, les revenus en découlant sont soumis à la perception des cotisations sociales. Le fait que le prénommé n'aurait pas exercé une influence déterminante sur la marche des affaires de la société, comme le prétend la recourante, n'est pas déterminant puisqu'il suffit que l'intéressé en eût eu la possibilité conformément à sa position d'organe formel de la société anonyme (consid. 5.2.1 supra). Dans la mesure où la Principauté de Monaco - où est domicilié B.\_\_\_\_\_ depuis 2010 - n'est pas partie à l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681), ni à l'Association européenne de libre-échange (AELE) ni à une autre convention bilatérale avec la Suisse, la législation suisse - notamment l' art. 1a al. 1 let. b LAVS - est applicable, comme l'a dûment exposé la juridiction cantonale. Le recours est mal fondé sur ce point.

### **E. 5.2.4**

Le fait qu'une partie des activités de B.\_\_\_\_\_ se soit déroulée à l'étranger ne joue pas de rôle non plus. Comme l'a indiqué le Tribunal cantonal, un membre du conseil d'administration d'une société qui a son siège en Suisse est réputé exercer son activité en Suisse (consid. 5.2.1 supra).

### **E. 5.3**

La recourante conteste ensuite que les rémunérations qu'elle avait versées à B.\_\_\_\_\_ l'avaient été en sa qualité d'organe de A.\_\_\_\_\_ SA. Elle fait en substance valoir que l'activité exercée par le prénommé en vertu de la convention de consultant du 5 novembre 2012 ne pouvait en aucun cas entrer dans le cadre de sa fonction d'administrateur et que cette activité de consultant devait être qualifiée d'indépendante au vu de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce.

### **E. 5.3.1**

En ce que la société se contente d'affirmer que B.\_\_\_\_\_ "ne disposait d'aucun pouvoir de représentation au sens des art. 716 ss CO ", elle n'expose pas en quoi la qualification de salaire opérée par les premiers juges serait contraire au droit. Ceux-ci ont en particulier constaté que selon la convention conclue le 5 novembre 2012, l'activité de consultant consistait à assister la société pour la représentation et la promotion de la marque - dont le nom est celui de B.\_\_\_\_\_ de même que de la recourante avec les initiales -, en particulier lors d'événements internationaux. La juridiction cantonale a admis que cette activité entrerait dans le cadre de la fonction de B.\_\_\_\_\_ d'administrateur de A.\_\_\_\_\_ SA et qu'il importait peu que cette activité de représentation eût le cas échéant été limitée à la promotion de la marque, au marketing et au prestige, domaines qui ne sont du reste pas exclus de la fonction d'administrateur d'une société anonyme (cf. art. 716 à 721 CO a contrario). Dans ce contexte, c'est en vain que la recourante se prévaut de l'art. 2.4 de la convention de consultant, selon lequel l'activité de représentation de B.\_\_\_\_\_ n'inclut pas le pouvoir de conclure des contrats ou de prendre d'une autre façon un engagement à

son nom et pour son compte. En effet, conformément à l' art. 718a al. 2 CO , une limitation des pouvoirs de représentation d'un membre du conseil d'administration d'une société anonyme n'a aucun effet envers les tiers de bonne foi, à l'exception des clauses inscrites au registre du commerce qui concernent la représentation exclusive de l'établissement principal ou d'une succursale ou la représentation commune de la société. Or en l'occurrence, la restriction des pouvoirs de représentation de B.\_\_\_\_\_ découlant de l'art. 2.4 de la convention du 5 novembre 2012 n'a pas été inscrite au registre du commerce, ce que la recourante ne conteste pas. Par ailleurs, en ce qu'elle affirme que les honoraires qu'elle a versés à B.\_\_\_\_\_ conformément à la convention de consultant du 5 novembre 2012 l'ont été pour "une activité sans lien avec une hypothétique et contestée activité d'organe", la recourante n'établit nullement que le prénommé aurait exercé les activités en cause indépendamment de sa fonction d'organe. Elle ne parvient dès lors pas à renverser la présomption découlant des art. 5 al. 2 LAVS et 7 RAVS selon laquelle les honoraires versés à un organe d'une personne morale constituent un salaire déterminant (consid. 3.2 supra).

### **E. 5.3.2**

C'est également en vain que la société se prévaut encore de certaines autres clauses de la convention de consultant la liant à B.\_\_\_\_\_ pour affirmer que celui-ci aurait exercé une activité indépendante. Elle allègue en particulier à ce propos que l'intéressé disposait d'une très grande liberté quant aux événements auxquels il pouvait prendre part. L'argumentation de la société est mal fondée, dès lors déjà qu'en ce qui concerne le critère de la dépendance à un employeur quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise, le fait invoqué par la société n'apparaît pas à lui seul déterminant (concernant les critères permettant de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée, cf. ATF 149 V 57 consid. 6; 123 V 161 consid. 1 et les références).

Quant à la clause de la convention selon laquelle B.\_\_\_\_\_ exécutait "ses services en tant que mandataire indépendant", en assumant "tous risques de maladie, accident, etc." et en supportant seul "toute perte, frais ou dommage en résultant", la recourante ne saurait rien en tirer non plus en sa faveur. Elle n'explique en effet pas en quoi la considération de la juridiction de première instance, selon laquelle cette clause ne constitue qu'une déclaration générale des parties à la convention, à vérifier avec les autres clauses, serait arbitraire ou d'une autre manière contraire au droit. Au demeurant, sous l'angle du risque économique, la société ne conteste pas la considération des juges précédents selon laquelle de par l'exécution de ses missions de consultant, B.\_\_\_\_\_ n'avait pas été obligé de consentir à des investissements importants ou de supporter un risque de pertes financières, ce d'autant moins que ses frais principaux de voyages (frais d'hôtel et billets d'avions) étaient payés à l'avance par A.\_\_\_\_\_ SA. Partant, la considération de la juridiction cantonale, selon laquelle les éléments en faveur d'une activité dépendante prédominaient dans le cas présent, doit être confirmée. Le recours est mal fondé sur ce point également.

### **E. 6**

Eu égard à ce qui précède, il n'y a pas lieu de s'écarter des considérations de la juridiction de première instance, selon lesquelles les rémunérations perçues par B.\_\_\_\_\_ durant la période litigieuse (de 2012 à 2015) constituaient un salaire déterminant provenant d'une activité dépendante et étaient soumises à cotisations sociales. Pour le surplus, la recourante n'a pas contesté que les salaires tels que rapportés par l'intimée étaient établis par pièces, si

bien que les premiers juges étaient fondés à confirmer la quotité du montant réclamé à titre de cotisations sociales.

**E. 7**

La recourante, qui succombe, supportera les frais judiciaires afférents à la présente procédure ( art. 66 al. 1 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.