

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1579/2018

ATAS/43/2019

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 22 janvier 2019

2^{ème} Chambre

En la cause

HOTEL ET RESTAURANT A_____, sise à GENÈVE,
comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Jean-
Charles SOMMER

recourante

contre

HOTELA CAISSE DE COMPENSATION AVS, sise rue de la
Gare 18, MONTREUX

intimée

**Siégeant : Raphaël MARTIN, Président; Maria COSTAL et Christian PRALONG,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Hôtel et Restaurant A_____ SA (ci-après : la société ou la société recourante) est une société anonyme ayant son siège à Genève et pour but social l'acquisition, la création, l'exploitation et la direction d'hôtels, restaurants, cafés ou autres commerces similaires. Elle est affiliée, depuis plusieurs décennies, à la caisse de compensation Hotela (ci-après : la caisse ou l'intimée).
2. Cette dernière a fait faire auprès de la société des contrôles de l'employeur par la B_____ (ci-après : B_____), en 2005 pour les années 2001 à 2004, en 2009 pour les années 2005 à 2008, et les 20 juillet et 15 août 2017 pour la période du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2015.
3. À teneur du rapport de contrôle de la B_____ du 14 septembre 2017, des compléments d'allocations familiales et des participations aux primes d'assurance-maladie obligatoire avaient été versées aux collaborateurs de la société sans être déclarés comme des revenus pour un total de CHF 97'546.95 durant les années 2012 à 2015 et, partant, sans être soumis à cotisations.
4. Par décision de cotisations du 21 septembre 2017, la caisse a fait obligation à la société de s'acquitter des cotisations dues sur lesdits salaires bruts AVS non décomptés, à savoir, intérêts moratoires compris, un total de CHF 19'994.70, à payer jusqu'au 20 octobre 2017. Cette somme représentait CHF 6'156.55 (dont CHF 974.05 d'intérêts moratoires) pour l'année 2012, CHF 5'190.95 (dont CHF 662.10 d'intérêts moratoires) pour l'année 2013, CHF 4'433.05 (dont CHF 426.80 d'intérêts moratoires) pour l'année 2014 et CHF 4'214.15 (dont CHF 294.35 d'intérêts moratoires) pour l'année 2015. Une opposition à cette décision n'empêcherait pas les intérêts moratoires de courir, sauf paiement à titre préventif des montants réclamés dans le délai prescrit.
5. Le 20 octobre 2017, la société a formé opposition à l'encontre de cette décision. S'agissant des compléments d'allocations familiales, elle a indiqué que certaines allocations familiales patronales pouvaient concerner des rattrapages de mois ou d'année antérieurs, qu'elle avait également rémunéré des employés dont les allocations familiales étaient perçues par le conjoint, et que certaines allocations patronales pouvaient concerner des rattrapages ou des corrections lors de transferts d'employés d'une entité à une autre ; une responsable de la gestion des salaires engagée depuis juillet 2017 allait mettre à jour les données du personnel, en sorte que les confusions soient rectifiées et les éventuelles erreurs corrigées. Concernant les participations aux primes d'assurance-maladie obligatoire, la société a invoqué qu'elle les avait payées de bonne foi directement aux employés depuis de nombreuses années sans jamais faire l'objet d'une reprise de cotisation malgré plusieurs contrôles effectués pour la caisse ; la société avait mis un terme à cette pratique.
6. Le 20 décembre 2017, sur la base des explications fournies par la société, B_____ a préconisé qu'il soit renoncé à exiger la reprise des compléments d'allocations

familiales versés, pour autant que la société formalise pour le futur les règles d'attribution confirmant une égalité de traitement entre collaborateurs.

7. Par décision sur opposition du 16 avril 2018, la caisse a renoncé à considérer les compléments d'allocations familiales comme faisant partie du salaire déterminant AVS, mais, rejetant l'opposition sur ce point, elle a confirmé la reprise à ce titre-ci des participations à l'assurance-maladie obligatoire qui avaient été versées directement aux collaborateurs sans prélèvement des cotisations sociales, pour un total de salaires bruts de CHF 69'994.50. Les cotisations sociales réclamées à la société sur ces derniers se montaient, intérêts moratoires compris, à CHF 4'142.95 pour l'année 2012, CHF 3'630.15 pour l'année 2013, CHF 3'281.40 pour l'année 2014 et CHF 3'149.45 pour l'année 2015, soit un total de CHF 14'203.95. La pratique suivie par la société n'existait que depuis avril 2005, donc n'avait pas encore cours lors du contrôle de 2005 ayant porté sur les années 2001 à 2004 ; ce n'était que lors du contrôle de 2009 concernant les années 2005 à 2008 que le réviseur n'avait pas relevé le problème, sans que cela ne mette la société au bénéfice d'une assurance de ne pas devoir payer des cotisations sociales sur ces participations pour les années 2012 à 2015.
8. Par acte du 8 mai 2018, la société a recouru par-devant la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS) contre cette décision sur opposition, en concluant à son annulation et à celle des décisions concernant les années 2012, 2013, 2014 et 2015, sous suite de dépens. Invoquant le principe de la bonne foi, elle se prévalait de promesses quant au traitement des participations à l'assurance-maladie obligatoire, du fait que la caisse avait mis plus de dix ans pour réagir tant lors de la précédente révision qu'au vu des fiches de paie mensuelles mentionnant ces suppléments.
9. Le 18 mai 2018, la société a versé à la caisse les montants réclamés de CHF 4'142.95, CHF 3'630.15, CHF 3'281.40 et CHF 3'149.45, en l'informant qu'elle persistait à contester les devoir ; elle les payait afin d'éviter de s'acquitter d'intérêts moratoires et se réservait de réclamer la restitution de ces montants.
10. Par mémoire du 1^{er} juin 2018, la caisse a conclu au rejet du recours. Si une pratique contraire au droit avait été suivie durablement sans que la caisse et/ou le réviseur ne réagissent, à aucun moment ni d'une quelconque façon la société n'avait été mise au bénéfice d'une assurance de pouvoir suivre cette pratique de verser lesdites participations directement aux collaborateurs sans qu'elles ne soient soumises à cotisations sociales. Les versements considérés faisaient partie du salaire déterminant AVS, ce que la société ne contestait d'ailleurs pas, pas plus qu'elle ne contestait la quotité des montants réclamés.
11. Par réplique du 13 juillet 2018, la société a persisté dans les conclusions de son recours. En cas de confirmation des reprises sur les participations aux primes d'assurance-maladie, des intérêts moratoires ne devraient pas être mis à sa charge sur les montants dus à ce titre, car de tels intérêts n'auraient pas été dus si la caisse

avait effectué correctement les contrôles nécessaires ; un dommage avait été causé à la société du fait des erreurs des contrôleurs de la caisse ; lui faire payer des intérêts moratoires sur les cotisations le cas échéant dues revenait à lui infliger une sanction administrative.

12. Par duplique du 14 août 2018, la caisse a contesté avoir commis de faute dans l'exercice de ses contrôles. Les intérêts moratoires dus en matière de cotisations sociales étaient des intérêts compensatoires, destinés à compenser le bénéfice réalisé par le débiteur en payant tardivement ses cotisations avec le préjudice subi par le créancier ; ils étaient dus même en l'absence de faute.
13. Le 22 août 2018, la société a indiqué à la CJCAS n'avoir pas d'observations complémentaires à formuler.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la CJCAS connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie, dès lors que le recours est dirigé contre une décision sur opposition rendue en application de la LAVS.

Le recours a été interjeté en temps utile (art. 60 LPGA), dans le respect des exigences de forme et de contenu prescrites par la loi (art. 61 let. b LPGA ; cf. aussi art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

Touchée par la décision attaquée et ayant un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification, la société recourante a qualité pour recourir (art. 59 LPGA).

Le recours est donc recevable.

2. Le litige porte sur la soumission à cotisations sociales des participations aux primes d'assurance-maladie que la société recourante a versées directement à ses collaborateurs pour la période du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2015, ainsi que sur le prélèvement d'intérêts moratoires sur lesdites cotisations. Il n'est pas contesté que lesdites participations se sont montées au total à CHF 69'994.50 pour ladite période, soit à CHF 19'682.10 pour l'année 2012, CHF 17'376.- pour l'année 2013, CHF 15'750.35 pour l'année 2014 et CHF 17'186.05 pour l'année 2015. Il n'est pas non plus contesté qu'en conséquence (et comme les pièces du dossier permettent de l'établir) les cotisations sociales dues le cas échéant sur ces montants seraient de CHF 3'521.20 pour l'année 2012, CHF 3'194.40 pour l'année 2013, CHF 2'986.70 pour l'année 2014 et CHF 2'952.30 pour l'année 2015, et que, s'ils sont dus, des intérêts moratoires calculés sur ces sommes seraient respectivement de CHF 621.75, CHF 435.75, CHF 294.70 et CHF 197.15.

-
3. La LAVS définit très largement le champ des personnes assurées obligatoirement à l'AVS, conformément à une conception universaliste voulant que ladite assurance sociale couvre en principe l'ensemble de la population active et non-active professionnellement. Dès les débuts de l'AVS, ont été notamment assurées obligatoirement les personnes physiques domiciliées en Suisse, exerçant ou non une activité lucrative, et les personnes physiques exerçant en Suisse une activité lucrative (art. 1a LAVS, à l'origine art. 1 LAVS ; art. 1 ss du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 31 octobre 1947 - RAVS - RS 831.101). Les assurés sont tenus de payer des cotisations, tant qu'ils exercent une activité lucrative s'agissant de ceux qui en exercent une et, s'agissant de ceux qui sont sans activité lucrative, à compter du 1^{er} janvier de l'année qui suit la date à laquelle elles ont eu 20 ans jusqu'à la fin du mois où les femmes atteignent l'âge de 64 ans et les hommes l'âge de 65 ans (art. 3 al. 1 LAVS). Les cotisations des assurés qui exercent une activité lucrative sont calculées en pour-cent du revenu provenant de l'activité lucrative dépendante et indépendante (art. 4 al. 1 LAVS). Elles sont respectivement de 4.2 % du revenu provenant d'une activité dépendante (art. 5 al. 1 LAVS) – et s'y ajoutent alors les cotisations d'employeurs, également de 4.2 % (art. 12 s. LAVS) – et en principe de 7.8 % du revenu provenant d'une activité indépendante (art. 8 al. 1 LAVS).

La LAVS s'applique par analogie à la fixation et la perception des cotisations de l'assurance-invalidité (art. 3 al. 1 phr. 1 de la loi sur l'assurance-invalidité - LAI - RS 831.20), des cotisations dues pour les allocations pour perte de gain (art. 27 al. 2 phr. 1 de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952 - LAPG - RS 834.1) et des cotisations dues pour les prestations de l'assurance-chômage (art. 6 de la loi fédérale sur l'assurance chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 - LACI - RS 837.0). Il incombe aux caisses de compensation pour allocations familiales admises de fixer et prélever les cotisations (art. 15 al. 1 let.b de la loi fédérale sur les allocations familiales du 24 mars 2006 - LAFam – RS 836.2), au nombre desquelles figurent celles qui sont gérées par des caisses de compensation AVS (art. 14 let. c LAFam).

4. a. Le revenu provenant d'une activité dépendante, appelé salaire déterminant, comprend toute rétribution pour un travail dépendant effectué dans 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 (art. 5 al. 2 LAVS).

L'art. 7. du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS - RS 831.101) détaille les éléments constitutifs du salaire déterminant, et l'art. 8 RAVS énonce des exceptions. Ne sont pas compris dans le salaire déterminant notamment les cotisations de l'employeur aux assureurs maladie et

accidents de leurs salariés et aux caisses de compensation pour allocations familiales, si tous les salariés sont traités de la même manière (art. 8 let. b RAVS). Encore faut-il, pour qu'elles ne fassent pas partie du salaire déterminant, que l'employeur les verse directement auxdits assureurs pour ses salariés (ch. 2161 des Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG [DSD]). En effet, comme le Tribunal fédéral des assurances l'a jugé dans un arrêt du 22 août 2000 (ATF 126 V 221 ; cf. VSI 2001 p. 49), l'art. 8 let. b RAVS, dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1997, doit être interprété en ce sens que l'exclusion des prestations sociales du salaire déterminant suppose (outre l'égalité de traitement entre les salariés) que les cotisations de l'employeur soient versées directement aux assureurs-maladie ou aux assureurs-accidents des salariés, et cette disposition réglementaire est conforme à la loi.

b. En l'espèce, la société recourante versait les participations aux primes d'assurance-maladie de ses collaborateurs directement à ses employés, et non à leurs assureurs-maladies. Aussi faisaient-elles partie du salaire déterminant et devaient-elles donner lieu à perception des cotisations sociales.

La décision attaquée est bien fondée sur ce premier point.

5. a. La société recourante estime qu'elle était au bénéfice d'une assurance donnée, prévalant sur le respect du droit, que lesdites participations ne donneraient pas lieu à perception des cotisations sociales.

b. Aux termes de l'art. 5 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), les organes de l'État et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi. Cela implique notamment qu'ils s'abstiennent d'adopter un comportement contradictoire ou abusif (ATF 136 I 254 consid. 5.3 p. 261 et les références citées). De ce principe général découle notamment le droit fondamental du particulier à la protection de sa bonne foi dans ses relations avec l'État (y compris les assureurs sociaux), consacré à l'art. 9 Cst. (ATF 138 I 49 consid. 8.3.1 p. 53 et les références citées). Le principe de la bonne foi protège le citoyen, à certaines conditions, dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités. Ainsi, l'autorité qui fait une promesse, donne une information ou une assurance, doit satisfaire les attentes créées, même si la promesse ou l'attente sont illégales, pour autant que, cumulativement, l'autorité soit intervenue dans une situation concrète à l'égard de personnes déterminées, qu'elle ait agi ou soit censée avoir agi dans les limites de sa compétence, que l'administré n'ait pu se rendre compte immédiatement de l'inexactitude du renseignement obtenu, qu'il se soit fondé sur celui-ci pour prendre des dispositions qu'il ne saurait modifier sans subir un préjudice, et que la loi n'ait pas changé depuis le moment où le renseignement a été donné (ATF 131 II 627 consid. 6 ; 129 I 161 consid. 4.1 , 126 II 377 consid. 3a ; 121 V 66 consid. 2a ; ATAS/136/2017 du 21 février 2017 consid. 5b ; ATAS/1060/2016 du 8 décembre 2016 consid. 7 ; ATAS/40/2015 du 20 janvier 2015 consid. 11c ;

Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^{ème} éd, 2018, n. 568 ss, 578 s. ; Jacques DUBEY, Droits fondamentaux, 2018, vol. II, n. 3510 ss).

c. L'art. 68 al. 2 LAVS dispose que l'application des dispositions légales par les employeurs affiliés à une caisse de compensation doit être contrôlée périodiquement. Pour ce faire, l'organe de révision de la caisse de compensation procède à des contrôles sur place, afin de vérifier si l'employeur s'acquitte correctement de ses tâches. Il doit examiner tous les éléments qui permettent de constater les lacunes éventuelles et, le cas échéant, faire rapport à la caisse de compensation s'il s'avère qu'ils s'écartent d'une application correcte de la loi (art. 162 et 163 RAVS ; cf. également les Instructions de l'OFAS aux bureaux de révision sur l'exécution des contrôles d'employeur [IRE]).

Comme le Tribunal fédéral l'a déjà jugé dans un contexte relativement similaire au présent cas (arrêt 9C_717/2015 du 22 mars 2016 consid. 4.3), ce n'est pas parce qu'une caisse AVS aurait admis une solution différente lors d'un précédent contrôle qu'un employeur pourrait se prévaloir avec succès du principe de la bonne foi pour obtenir le maintien de la précédente appréciation le cas échéant erronée. Le principe de la bonne foi ne saurait protéger le justiciable contre une nouvelle appréciation de la situation, sous réserve de l'hypothèse où celui-ci aurait reçu des assurances particulières et expresses de la caisse de compensation et où les autres conditions prévues par la jurisprudence seraient réunies (sur les conditions posées par la jurisprudence à ce propos, cf. ATF 137 I 69 consid. 2.5.1 p. 73; 131 II 627 consid. 6.1 p. 636 et les références).

d. En l'espèce, il est vrai que lors du contrôle effectué en 2009 pour les années 2005 à 2008 le réviseur mandaté par la caisse n'a pas prêté attention au fait que, faute d'être versées directement aux assureurs-maladies des collaborateurs de la société recourante, les participations de cette dernière au paiement des primes d'assurance-maladie obligatoire devaient donner lieu à prélèvement des cotisations sociales. Nonobstant des fiches de paie mensuelles qu'ils peuvent avoir eu entre les mains, ni ledit réviseur ni l'intimée ne s'en sont rendu compte, très vraisemblablement par ignorance de l'interprétation précitée donnée à l'art. 8 let. b RAVS.

Ce n'est pas pour autant que des assurances ont été données à la société recourante, que ce soit spontanément ou en réponse à une question de cette dernière, que ladite pratique serait poursuivie en ce qui la concerne nonobstant sa non-conformité au droit. D'ailleurs, la société recourante ne démontre ni même ne prétend le contraire.

Aussi est-ce à tort que la société recourante se prévaut du principe de la bonne foi. Elle doit verser à l'intimée les cotisations dues sur lesdites participations, étant précisé que c'est l'employeur qui est débiteur des cotisations sociales (tant de la part salariale que de la part patronale) vis-à-vis de la caisse de compensation (art. 14 al. 1 LAVS). Son recours est également mal fondé sur ce point.

6. a. La société recourante conteste devoir des intérêts moratoires sur les montants des cotisations dues.

b. Selon l'art. 41bis al. 1 let. b RAVS, des intérêts dits moratoires doivent être payés par les personnes tenues de payer des cotisations sur les cotisations arriérées réclamées pour des années antérieures, dès le 1^{er} janvier qui suit la fin de l'année civile pour laquelle les cotisations sont dues. Cette disposition a été jugée conforme à la loi par le Tribunal fédéral par un arrêt 9C_202/2007 du 9 avril 2008 (ATF 134 V 202) ; elle trouve appui, au demeurant, sur l'art. 26 al. 1 phr. 1 *in initio* LPGA, aux termes duquel les créances de cotisations échues sont soumises à la perception d'intérêts moratoires. Comme l'indiquent les Directives sur la perception des cotisations dans l'AVS, AI et APG (DP), à leur ch. 4004, une sommation du débiteur ne représente pas une condition préalable dont dépendrait l'obligation de payer de tels intérêts (RCC 1985 p. 274), et une faute non plus (RCC 1992 p. 177). Lesdites directives expliquent, à leur ch. 4001, que dans le domaine des cotisations, les intérêts moratoires sont des intérêts compensatoires ; ils sont destinés à compenser le bénéfice que le débiteur réalise en payant tardivement ses cotisations avec le préjudice subi par le créancier ; ils sont dus même si le retard n'est imputable ni à une faute de la caisse de compensation ni à une faute de l'assuré (cf. Sylvie PERRENOUD, in Commentaire de la loi sur la partie générale des assurances sociales, éd. par Anne-Sylvie DUPONT / Margit SZELESS, 2018, n. 20 ss ad art. 26).

c. C'est donc également à tort que la société recourante conteste devoir payer de tels intérêts.

7. Entièrement mal fondé, le recours doit être rejeté.

8. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

Vu l'issue donnée au recours, il ne doit pas être alloué d'indemnité de procédure à la société recourante (art. 61 let. g LPGA).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure.
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

Le président

Marie NIERMARÉCHAL

Raphaël MARTIN

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