RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2007/2022 **ATAS/333/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 16 mai 2023

Chambre 8

En la cause

A_____ SÀRL, EN LIQUIDATION recourante

représentée par Maître Boris HEINZER

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION intimée

Siégeant : Maya CRAMER, Présidente suppléante; Andres PEREZ et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs

EN FAIT

A. **a.** La société A_____ Sàrl (ci-après : la société) a été inscrite au registre du commerce le 25 avril 2008. Son but était l'exploitation de centres de soins médicaux et paramédicaux ainsi que le développement, la fabrication et le commerce de produits dans le domaine pharmacologique, cosmétique et alimentaire.

b. Par courrier du 7 mai 2008, la caisse cantonale genevoise de compensation (CCGC) a adressé à la société un formulaire d'affiliation des personnes morales à une caisse de compensation AVS, AI, APG, AC.

c. Par courrier du 8 octobre 2008, la CCGC a accusé réception du questionnaire d'affiliation pour personnes morales rempli par la société en date du 8 septembre 2008 et a pris note du fait que cette dernière n'occupait pas de personnel. Selon ledit questionnaire, la société n'était pas active, n'avait pas de personnel ni d'administrateur rémunéré. Compte tenu de ces éléments, la CCGC informait la société qu'elle classait son dossier. Elle laissait à la société le soin de reprendre contact avec elle en cas d'engagement de personnel afin de procéder à l'affiliation auprès de la caisse.

d. La société est en liquidation depuis le 19 avril 2021, après avoir été dissoute par décision de l'assemblée des associés le 15 avril 2021.

e. Par courrier du 26 avril 2021, la CCGC a écrit à la société en liquidation qu'elle avait constaté que cette dernière n'était pas affiliée à sa caisse AVS. Elle lui demandait de remplir un formulaire d'affiliation ou de lui adresser une annonce d'affiliation auprès d'une autre caisse.

f. Le 29 avril 2021, la société en liquidation a renvoyé un questionnaire rempli et a joint à son envoi le courrier du 8 octobre 2008 selon lequel le dossier avait été classé.

B. **a.** Par décision du 20 mai 2021, la CCGC a affilié la société en liquidation à sa caisse dès le 1er mai 2021.

b. Par courrier du 28 mai 2021, Monsieur B_____, pour le compte de la société, a formé opposition à la décision d'affiliation, au motif que la société était en liquidation, n'avait jamais été active depuis sa création et n'avait jamais employé de personnel.

c. Par décision sur opposition du 18 mai 2022, la CCGC a confirmé sa décision du 20 mai 2021.

C. **a.** Par acte du 17 juin 2022, la société en liquidation a fait recours contre la décision sur opposition. Aucune disposition légale ne postulait que toute personne morale devait être affiliée en qualité d'employeur au sens de la LAVS. Dans le cas d'espèce, la recourante n'avait jamais employé de personnel, ni versé de salaire ou

d'autres avantages à quiconque y compris à son associé-gérant. À défaut de salaire déterminant, la recourante n'était pas tenue de payer des cotisations ni d'être affiliée à la CCGC. La recourante s'est prévalue en outre dans un second moyen de la violation du principe de l'autorité de la chose décidée. Aucun fait nouveau pertinent n'était intervenu depuis que la caisse avait décidé, le 8 octobre 2008, de classer le dossier de la recourante. Les conditions de la révision et de la reconsidération n'étaient ainsi pas réalisées. Elle concluait dès lors à l'annulation de la décision du 18 mai 2022.

b. Par acte du 1er juillet 2022, l'intimée a conclu au rejet du recours. Elle a affirmé que l'OFAS partageait son avis sur le fond. Si l'on devait considérer que la décision du 20 mai 2021 revenait sur celle 8 octobre 2008, il fallait retenir qu'il s'agissait d'une reconsidération et non d'une révision. Elle visait à corriger une erreur manifeste dont la rectification revêtait une importance notable pour la bonne application du droit des assurances sociales.

c. Le 11 juillet 2022, la recourante a persisté dans ses conclusions. Elle peinait à voir quelle importance notable justifiait une reconsidération, dans la mesure où elle n'avait jamais employé personne et était désormais en liquidation.

d. Une audience s'est tenue devant la chambre de céans le 1er novembre 2022. La recourante a alors déclaré ce qui suit :

« J'ai fondé la société A_____ SÀRL en avril 2008. Son but social était l'exploitation de centres de soins médicaux et para-médicaux ainsi que le développement, la fabrication et le commerce de produits dans le domaine pharmacologique, cosmétique et alimentaire et les conseils en rapport. J'ai créé la société et elle est restée au stade de projet malheureusement. Je n'ai pas développé d'activités. Je suis associé-gérant, associé unique et unique actionnaire.
La société n'a jamais eu d'employés, de revenus ou de charges.
Je n'ai pas pu mener à bien ce projet, parce que mon activité principale est chronophage. Je suis dentiste, spécialisé en chirurgie orale. J'espérais pouvoir développer cette activité en parallèle avec mon activité principale, mais ça s'est révélé impossible. Je suis salarié. La société qui m'emploie paie les cotisations sociales. Je travaille à la Clinique dentaire de Malombré, à celle de la Servette, à la Permanence dentaire de Lausanne et à la Clinique dentaire de Vevey. Mon salaire m'est versé par les trois dernières citées.
Je reçois des déclarations d'impôts que mon fiduciaire remplit chaque année. La société n'a pas à proprement parler de bilans. Mon fiduciaire indique dans la déclaration que la société n'a pas de revenus et mentionne les quelques sorties liées aux frais de l'administration fiscale. Je m'engage à vous fournir dans le délai que vous m'indiquerez tout à l'heure les déclarations fiscales de la société pour 2020 et 2021.
Je ne suis pas rémunéré ou dédommagé pour mon activité d'associé-gérant.
À ma connaissance, mes employeurs sont affiliés à la FER CIAM.

Le registre du commerce mentionne une décision de dissolution prise par l'assemblée des associés du 15 avril 2021. C'était ma décision.
Je n'ai pas décidé de dissoudre la société avant, car pendant un certain temps, j'espérais pouvoir la développer. En fin de compte, ma charge de travail ne me l'a pas permis. Le temps a passé, mon intérêt pour le projet également et j'ai fini par décider de liquider cette société.
Notre groupe, j'entends par là les cabinets pour lesquels je travaille, s'est beaucoup développé. La Clinique de Lausanne a dû quitter ses anciens locaux, cela a engendré beaucoup de travail. En 2008, le groupe de cliniques pour lequel je travaille a également développé une clinique à Nyon, puis en 2012, une à Vevey, ce qui a également engendré beaucoup de travail.
J'ai formalisé la décision du 15 avril 2021 en me rendant chez le notaire afin de dissoudre et liquider la société. J'ai reçu ensuite la décision que je conteste, alors que la société était sur le point d'être radiée. Actuellement, la société est encore inscrite.
Sur question de M. C_____, j'ai effectivement l'intention de radier la société. J'ai d'ailleurs l'acte de radiation avec moi. Si je conteste la décision d'affiliation de 2021, c'est parce que je considère avoir rempli mes obligations en remplissant les documents qui m'avaient été envoyés par la Caisse en 2008. À la suite de quoi, la Caisse m'avait indiqué qu'en l'absence d'employés, mon dossier était classé. Par la suite, lorsque j'ai décidé de liquider la société, j'ai reçu la décision que je conteste aujourd'hui, dans la mesure où je ne vois pas l'intérêt de m'affilier à une caisse alors que la société qui n'a jamais eu d'activités et désormais en liquidation et que j'entends la radier du registre du commerce. (…)
Je produis copie du courrier de mon notaire et de la réquisition de radiation dans laquelle on constate qu'il y a eu des appels aux créanciers les 30 avril, 3 mai et 4 mai 2021.
Je n'ai pas signé la radiation jusqu'à la décision définitive de l'intimée, car je craignais dans le cas contraire de devoir réinscrire la société en raison d'une décision subséquente de l'OFAS ou de la Caisse, et les frais que cela aurait potentiellement engendrés ».

Quant à l'intimée, elle a déclaré :

« Il y avait une pratique avant 2021 selon laquelle la Caisse acceptait de ne pas affilier les sociétés qui n'avaient pas d'employés ni d'activités. Ce fut le cas de la société recourante.
Il y a eu beaucoup d'abus de la part de sociétés qui n'étaient pas affiliées auprès de notre Caisse, de sorte que nous avons changé de pratique et nous avons automatiquement affilié toutes les sociétés auprès de la Caisse quand bien même elles n'avaient ni employés ni activités. Je pense que ce changement de pratique a eu lieu en 2021. Il y avait des sociétés à statut hybride qui n'avaient pas d'activités, mais n'étaient pas liquidées ou radiées.

Dans le cas précis, je ne remets pas en cause l'honnêteté de la société recourante. Je pense néanmoins qu'il est nécessaire que toutes les sociétés en liquidation soient affiliées jusqu'à leur radiation. On ne peut jamais savoir quand la radiation aura réellement lieu et notre nouvelle pratique tend à éviter des abus que nous avons connus dans le passé.
Il n'y a pas d'intérêt financier à affilier la société recourante à notre Caisse dès le 1er août 2021, mais il y a un intérêt à appliquer la loi à toutes les sociétés en liquidation selon notre nouvelle pratique afin d'éviter des abus.
S'agissant de la reconsidération, je considère que la société n'a pas de droit acquis.
C'est mon collègue qui a fait la réponse au recours dans laquelle il mentionne que l'OFAS partage son avis sur le dossier. J'ignore s'il y a une pièce écrite à ce sujet et je poserai la question à mon collègue afin de vous l'indiquer ».

e. Le 11 novembre 2022, la recourante a produit ses déclarations d'impôts 2020 et 2021, ainsi que des décisions de taxation pour ces années. Elle a par ailleurs allégué encourir régulièrement des frais en lien avec le retard de sa radiation.

f. Par écriture du 5 décembre 2022, l'intimée a maintenu ses conclusions en se fondant sur une prise de position des autorités administratives fédérales et un jugement du Tribunal administratif du canton de Berne.

g. Le 16 décembre 2022, la recourante a fait valoir que les documents produits ne liaient pas la chambre de céans.

h. Le 16 décembre 2022, l'intimée a produit le courriel de l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après : OFAS) reçu en août 2019 concernant la problématique d'affiliation de sociétés sans personnel.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 2 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice 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), à la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI - 831.20), à la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952 (loi sur les allocations pour perte de gain, LAPG - RS 834.1), à la loi fédérale sur les allocations familiales du 24 mars 2006 (loi sur les allocations familiales, LAFam - RS 836.2), à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (loi sur l'assurance-chômage, LACI - RS 837.0), ainsi qu'à la LAMat.

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA ; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable.

3. Est litigieuse en l'espèce la question de savoir si l'affiliation d'une société, sans salariés et qui n'a pas l'intention de déployer une activité, à une caisse de compensation est conforme à la loi, respectivement le cas échéant si l'intimée était en droit de reconsidérer sa décision précédente.

4. En premier lieu, il convient de déterminer si la décision querellée constitue une décision initiale ou une reconsidération d'une précédente décision.

4.1 L'art 49 LPGA prescrit que l'assureur doit rendre par écrit les décisions qui portent sur des prestations, créances ou injonctions importantes ou avec lesquelles l'intéressé n'est pas d'accord (al. 1). Si le requérant rend vraisemblable un intérêt digne d'être protégé, l'assureur rend une décision de constatation (al. 2). Selon l'art. 51 LPGA, les prestations, créances et injonctions qui ne sont pas visées à l'art. 49 al. 1 LPGA peuvent être traitées selon une procédure simplifiée (al. 1). L'intéressé peut toutefois exiger une décision formelle (al. 2).

La procédure simplifiée demeure néanmoins une procédure de type décisionnel et la prise de position de l'assureur revêt en principe les qualités matérielles d'une décision. Si une décision formelle n'est pas demandée, le prononcé de l'assureur entre en force et déploie ses effets au même titre qu'une décision (CR LPGA Valérie DÉFAGO GAUDIN, ad art. 51 ch. 2).

4.2 En l'espèce, l'intimée a classé le 8 octobre 2008 le dossier de la recourante, après avoir pris bonne note que celle-ci n'occupait pas de personnel. Ce faisant, elle a constaté que la recourante n'était pas tenue de s'affilier à une caisse de compensation.

Bien que rendue selon la procédure simplifiée, cette constatation revêt le caractère d'une décision matérielle, conformément à ce qui précède. Par conséquent, la procédure relative à la reconsidération est applicable à sa modification.

5.

5.1 En vertu de l'art. 53 al. 2 LPGA, l'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable. Cette réglementation l'emporte sur celle de la révision au sens de l'art. 17 LPGA (ATF 130 V 343 consid. 3.5).

Par le biais de la reconsidération, on corrigera une application initiale erronée du droit, de même qu'une constatation erronée résultant de l'appréciation des faits. Un changement de pratique ou de jurisprudence ne saurait en principe justifier une reconsidération (ATF 117 V 8 consid. 2c ; ATF 115 V 308 consid. 4a/cc). Une

décision est sans nul doute erronée non seulement si elle a été rendue sur la base de normes fausses ou non pertinentes, mais encore lorsque les dispositions pertinentes n'ont pas été appliquées ou qu'elles l'ont été de manière erronée (arrêt du Tribunal fédéral 9C_187/2007 du 30 avril 2008 consid. 4.3).

Pour des motifs de sécurité juridique, l'irrégularité doit être manifeste, de manière à éviter que la reconsidération devienne un instrument autorisant sans autre limitation un nouvel examen des conditions à la base des prestations de longue durée. En particulier, les organes d'application ne sauraient procéder en tout temps à une nouvelle appréciation de la situation après un examen plus approfondi des faits. Le caractère inexact de l'appréciation doit bien plutôt résulter de l'ignorance ou de l'absence – à l'époque – de preuves de faits essentiels (arrêt du Tribunal fédéral 9C_76/2010 du 24 août 2011 consid. 4.2).

S'il subsiste des doutes raisonnables sur le caractère erroné de la décision initiale, les conditions de la reconsidération ne sont pas remplies (arrêt du Tribunal fédéral 9C_71/2008 du 14 mars 2008 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances U 5/07 du 9 janvier 2008 consid. 5.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_575/2007 du 18 octobre 2007 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances I 907/06 du 7 mai 2007 consid. 3.2.1).

5.2 En l'espèce, même en admettant que la décision du 8 octobre 2008 est erronée, il y a lieu de constater que cette inexactitude n'est guère manifeste. En effet, l'obligation d'affilier une société sans employés et qui déclare ne pas avoir l'intention d'en engager, ne résulte pas sans équivoque des dispositions légales. Cela est au demeurant admis par l'OFAS dans son courriel du 8 août 2019, dans lequel il indique que les différents articles de loi ne répondent pas explicitement à cette question et peuvent être interprétés différemment. Les directives évitent également d'y répondre.

De surcroît, l'intimée n'a pas démontré en quoi la rectification de la décision initiale revêt une importance notable dans le cas présent. En effet, la société est en liquidation et n'attend que l'entrée en force de la décision de l'intimée concernant son obligation de s'affilier à une caisse de compensation, pour requérir sa radiation. Au vu de la durée limitée de l'existence de la recourante qui est restée inactive depuis sa fondation, il est difficilement compréhensible en quoi la bonne application du droit des assurances sociales commande son affiliation à une caisse de compensation.

Les conditions pour une reconsidération ne sont ainsi pas remplies.

6. Par conséquent, le recours sera admis et la décision du 18 mai 2022 annulée.

7. La recourante étant assistée par un avocat, l'intimée sera condamnée à lui verser un montant de CHF 800.- à titre de participation à ses honoraires d'avocat.

8. La procédure est gratuite.

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision du 18 mai 2022.
4. Condamne l'intimée à verser à la recourante une indemnité de CHF 800.- à titre de dépens.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. 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	La présidente suppléante
Nathalie LOCHER	Maya CRAMER

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