

EN FAIT

1. Monsieur G_____ a été administrateur, employé et actionnaire unique de X_____ SA, société active, notamment, dans la vente et la gestion d'immeubles et dont le siège est à Vernier. Son actif principal était un immeuble industriel sis à Vernier, vendu en 2011 pour un montant de 14,5 millions de francs.
2. La gestion de l'immeuble était assurée par la régie Z_____.
3. L'administrateur déployait une activité de conseils en matière immobilière et financière pour la holding XA_____, société de famille, pour laquelle il se déplaçait tous les trois mois en Espagne et deux fois par année aux Etats-Unis. En 2009, les derniers services de X_____ SA ont été facturés à la holding.
4. En 2010, le dividende versé à l'actionnaire a passé de 200'000 fr. (versé en 2009) à 300'000 fr. et son salaire a baissé de 162'000 fr. (en 2009) à 84'000 fr.
5. Dans sa déclaration fiscale de 2010, l'actionnaire a indiqué être employé à 100% de X_____ SA.
6. Par le truchement de sa fiduciaire, il a expliqué avoir, de fait, eu en 2010 une activité de 30% seulement, correspondant au contrôle et à la prise de décisions stratégiques. Le dividende de 300'000 fr. comprenait un dividende de substance de 125'370 fr. et un dividende ordinaire de 174'630 fr.
7. La valeur fiscale des actions de X_____ SA était, en 2010, de 1'913'000 fr.
8. L'administration fiscale fédérale a prélevé un impôt sur le dividende de 300'000 fr.
9. Considérant que le dividende présentait une disproportion par rapport au salaire, la Caisse de compensation a converti une partie du dividende en salaire, à concurrence du montant usuel dans la branche. Se référant aux données fournies par l'Office fédéral des statistiques, elle a retenu un salaire annuel brut de 105'624 fr., usuel dans la région lémanique pour des activités immobilières. Elle a ainsi perçu une somme de 3'091 fr. 95 à titre de cotisations sociales complémentaires, intérêts de 94 fr. 90 compris.
10. Par décision du 16 octobre 2012, la Caisse a rejeté l'opposition formée par X_____ SA.
11. Par acte expédié le 14 novembre 2012 à la Cour de justice, la société recourt contre cette décision, dont elle demande l'annulation. Elle fait valoir que seul le revenu du travail est soumis aux cotisations AVS. Par ailleurs, la caisse de compensation n'est habilitée à s'écarter des décisions prises par l'administration fiscale qu'aux conditions cumulatives qu'il existe une disproportion manifeste entre le salaire et la

prestation fournie et entre la rémunération et le capital investi. En l'espèce, l'administrateur n'avait déployé qu'une activité réduite, de 30%, en 2010. En outre, la rémunération annuelle de 84'000 fr. ne paraissait pas en disproportion manifeste avec le salaire articulé par l'administration. Le bénéfice en 2009 ayant été de 174'630 fr., seule la partie supérieure à ce montant constituait un dividende de substance, qui constituait ainsi du revenu de capital. Or, la somme de 125'470 fr. versée à ce titre n'avait rien de disproportionné par rapport au capital; ce dernier montant ne dépassait pas 10% de la valeur fiscale de la société. Ce raisonnement valait a fortiori par rapport aux fonds propres, de 9'840'000 fr. en 2011.

12. L'intimée conclut au rejet du recours. Elle relève la contradiction entre les déclarations faites par l'administrateur à l'administration fiscale et à elle-même s'agissant de son taux d'activité. En outre, la baisse drastique du salaire versé en 2010 semble avoir été compensée par un versement augmenté du dividende.
13. La recourante a souligné que seul était déterminant le taux effectif d'activité de l'employé. La surveillance du travail effectué par autrui ne dépassait guère un taux d'activité de 30%. Ne requérant pas de connaissances particulières, une telle activité pouvait être qualifiée de simple et répétitive. Selon le calculateur de salaire établi pour le canton de Genève, le salaire pour une telle activité s'élevait à 7'230 fr. au minimum pour un plein temps. Le salaire versé à l'administrateur ne s'écartait pas de ce chiffre.
14. L'intimée a indiqué ne pas très bien suivre l'argumentation de la recourante quant à l'activité à plein temps de son administrateur, exercée à 30%. Elle ne comprenait pas non plus pour quelle raison la recourante et son administrateur avaient déclaré aux autorités administratives des chiffres ne correspondant pas à la réalité.
15. Lors de l'audience, qui s'est tenue le 29 avril 2012 devant la Cour, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

L'administrateur a précisé qu'il n'avait plus eu d'activité opérationnelle pour X_____ SA depuis 2010; depuis fin 2012, il n'occupait plus les locaux de la société. C'était la régie qui avait conduit les négociations avec l'acquéreur; son rôle s'était limité à un contrôle. A compter de 2009, il avait progressivement cessé les services de XA_____; les derniers services pour la holding avaient été facturés en 2009. Les frais de représentation apparaissant dans les comptes de la recourante s'expliquaient par le fait que l'immeuble industriel comportait une quarantaine de locataires avec qui il convenait d'entretenir de bons rapports commerciaux, en vue notamment de la vente du bien immobilier.

Le représentant de la fiduciaire, qui agit au nom de la société, a expliqué que la valeur fiscale de la société en 2010 se confondait avec la valeur des actions, à savoir 1'913'000 fr. Le salaire de l'administrateur en 2012 avait été de 24'000 fr. L'activité de celui-ci se résumait à la gestion de l'avoir résultant de la vente de

l'immeuble. L'augmentation du dividende de 200'000 fr. à 300'000 fr. avait pour objectif de réduire progressivement les fonds propres de la société. Dans la mesure où les pourparlers avec les acquéreurs progressaient alors bien, il était à prévoir que l'administrateur allait réduire son activité; tel avait ensuite effectivement été le cas.

Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 LOJ (RS/GE E 2 05), la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 LPGA (RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

Interjeté dans le délai et la forme prescrits (art. 60 et 61 let. b LPGA), le recours est recevable.

2. Le litige porte sur la question de savoir si le dividende versé à l'administrateur en 2010 constitue partiellement du salaire et est, à ce titre, soumis aux cotisations sociales.
 - a. Conformément aux art. 4 et 5 LAVS, les cotisations AVS sont perçues uniquement sur les revenus provenant d'une activité lucrative, mais non sur le rendement du capital (ATF 122 V 178 consid. 3b). Les dividendes sont en principe des revenus provenant de la fortune qui ne sont pas soumis à cotisation. Lorsqu'une société anonyme alloue des prestations à des employés qui sont en même temps actionnaires de celle-ci, il s'agit, pour déterminer l'impôt fédéral direct comme les contributions de l'assurance sociale, de savoir si et dans quelle mesure ces prestations correspondent à une rémunération du travail (salaire déterminant) ou à une distribution (cachée) du bénéfice (revenu du capital), laquelle est en principe soumise à l'impôt fédéral direct au sens de l'art. 20 al. 1 let. c LIFD, puisqu'elle est fondée sur la qualité d'actionnaire du bénéficiaire. Les versements ou rémunérations qui représentent un pur rendement du capital ne font pas partie du salaire déterminant.

Pour opérer une telle délimitation entre le revenu du capital et le salaire déterminant, il faut se fonder sur la nature et la fonction de l'avantage concédé, la qualification juridique ou économique donnée par les parties n'étant à cet égard pas décisive. Selon les circonstances, les sommes prélevées sur le bénéfice net d'une société anonyme peuvent être considérées comme un salaire déterminant, par exemple si elles sont distribuées aux administrateurs sous forme de tantièmes (art. 7 let. h RAVS). Il s'agit d'une rémunération qui trouve un fondement suffisant dans les rapports de travail. Les prestations qui ne peuvent être justifiées par les rapports de travail ne font pas partie du salaire déterminant. De telles distributions de

bénéfice sont considérées comme des prestations pécuniaires, c'est-à-dire des prestations qu'une société fournit à ses sociétaires, à elle-même ou à des personnes proches de ses sociétaires sans contrepartie correspondante, mais qu'elle ne fournirait pas à des tiers non concernés dans des circonstances identiques (ATF 134 V 297 consid. 2.1; 103 V 3; cf. aussi arrêt du Tribunal fédéral 9C_302/2011 du 22 juin 2011).

Pour les personnes soumises à cotisation, il n'est pas nécessairement avantageux de déclarer un dividende élevé et un salaire bas. Un tel procédé est avantageux du point de vue de l'AVS parce qu'aucune cotisation AVS n'est due sur les dividendes. L'inverse est cependant applicable en droit fiscal: à la différence des salaires, les dividendes ne constituent pas des charges justifiées par l'usage commercial, de sorte qu'ils sont soumis tant à l'impôt sur le bénéfice (art. 58 al. 1 let. b LIFD, art. 24 al. 1 LHID) qu'à l'impôt sur le revenu auprès du destinataire, qui est ainsi doublement imposé (ATF 134 V 297 consid. 2.2, traduit in RDAF 2009 II p. 19). A l'instar des autorités fiscales, les autorités AVS peuvent s'écarter de la répartition choisie par la société lorsqu'elles constatent une disproportion manifeste entre le salaire et le travail, respectivement entre la fortune investie et le dividende. Elles peuvent ainsi qualifier une prestation déclarée comme distribution de bénéfice de salaire déterminant lorsqu'elle n'aurait pas été versée à un actionnaire, qui n'est pas simultanément salarié.

Il appartient aux caisses de compensation de juger de la question de savoir si une partie du revenu doit être qualifiée de salaire déterminant ou de revenu de capitaux. Elles sont cependant liées par les données de l'administration fiscale cantonale (art. 23 RAVS). Il convient, en effet, d'éviter que les différentes administrations aboutissent à des points de vue différents, à moins que des raisons impératives ne l'exigent. Il a ainsi été admis qu'en droit fiscal et au regard du droit des obligations, les tantièmes constituent du bénéfice, alors qu'en droit des assurances sociales, ils représentent du salaire.

Dans l'arrêt publié aux ATF 134 V 297, le Tribunal fédéral a estimé qu'un dividende correspondant à un revenu de fortune allant jusqu'à 5,9% ne constituait pas un rendement manifestement trop élevé du capital d'une société anonyme

- b. Dans le domaine des assurances sociales, le juge ne peut pas considérer un fait comme prouvé seulement parce qu'il apparaît comme une hypothèse possible. Il fonde bien plutôt 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. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 324 s. consid. 3.2 et 3.3; 126 V 360 consid. 5b; 125 V 195 consid. 2).

- c. En l'espèce, l'activité de l'administrateur consistait, d'une part, en la surveillance de la gestion effectuée par la régie mandatée par la recourante. D'autre part, il prodiguait des conseils en matière immobilière et financière à la société de famille XA _____, constituée en holding.

L'immeuble industriel de la recourante, qui constituait son seul actif, n'a été vendu qu'en 2011. En 2010, l'administrateur devait donc toujours contrôler la gestion faite par la régie, en charge de celle-ci depuis plusieurs années. En outre, il a expliqué en audience que les frais de représentation figurant dans les comptes 2010 de la recourante s'expliquaient par le fait qu'en vue de la vente de l'immeuble industriel qui comportait une quarantaine de locataires, il avait tenu à entretenir de bons rapports commerciaux avec ceux-ci. Il apparaît donc, au degré de la vraisemblance prépondérante, que, contrairement aux affirmations contenues dans le recours, l'activité de l'administrateur en relation avec la gestion de l'immeuble n'a pas diminué en 2010. Au contraire, elle semble avoir requis un plus grand investissement de la part de l'administrateur, en vue de la vente escomptée de l'immeuble.

L'activité de conseils déployée pour la holding a, selon les indications données par l'administrateur, diminué progressivement à compter de 2007; les derniers services ont été facturés de ce chef par la recourante en 2009. La diminution de l'activité de conseils s'est donc faite de manière progressive; il n'apparaît ainsi pas qu'entre 2009 et 2010 il y ait eu une baisse drastique.

Au vu de ces éléments, il n'est pas vraisemblable que l'activité de l'administrateur ait connu une baisse de 70% entre 2009 et 2010, comme l'a fait valoir la recourante. Cette affirmation est d'autant moins vraisemblable que l'un des motifs principaux invoqué par la recourante pour justifier la baisse importante du salaire versé à l'employé en 2010, à savoir le fait que l'administrateur avait confié la gestion de l'immeuble à une régie à partir de 2010, est erroné. En effet, l'administrateur a déclaré en audience qu'à la suite de l'acquisition de l'immeuble en 1998 par la société, il avait suivi la gestion avec la régie Z _____. Il n'a donc pas abandonné, en 2010, l'activité de gestion de l'immeuble; cette importante activité a continué à être assurée par la régie.

La baisse de près de 50% du salaire d'administrateur en 2010 n'apparaît ainsi, au degré de la vraisemblance prépondérante, pas justifiée par des motifs liés à la charge de travail de celui-ci.

En outre, l'importante diminution (non justifiée) du salaire et l'augmentation simultanée de 50% du dividende laisse à penser que la société a ainsi cherché à compenser la baisse de salaire.

Par ailleurs, le dividende de 300'000 fr. versé à l'actionnaire unique représente une part de 15,68% de la valeur fiscale des actions de 1'913'000 fr.; un tel revenu de

fortune constituée, au regard de la jurisprudence, une rémunération excessive du capital risque. La jurisprudence n'opère, dans le domaine des assurances sociales, pas de distinction entre le dividende de substance et le dividende ordinaire, comme le soutient la recourante; le rendement (global) du capital s'examine au regard de la valeur fiscale des actions (ATF 134 V 297 consid. 2.8 et 3.1).

La rémunération excessive du capital risque ainsi que la baisse importante non justifiée du salaire justifient la reprise d'une partie du dividende à titre de salaire.

Pour fixer le salaire déterminant, l'intimée s'est fondée sur les données de l'Office fédéral des statistiques, dont il ressort qu'une personne travaillant dans la région lémanique, indépendante et très qualifiée dans le domaine immobilier, se situe à environ 105'624 fr. par année. Cette manière de faire ne prête pas le flanc à la critique; elle repose sur des données qu'aucun élément ne permet de remettre en cause. Contrairement à ce que fait valoir la recourante, le contrôle de l'activité de la régie ainsi que le suivi des relations avec les locataires de locaux commerciaux ne représentent pas une activité simple et répétitive, mais fait appel à des compétences spécifiques au domaine immobilier. Le salaire retenu par l'administration est, au demeurant, bien inférieur à celui que la recourante versait en 2009 à son administrateur pour une activité, qui ne différait pas substantiellement de celle déployée en 2010.

En outre, la différence d'environ 20'000 fr. entre le salaire versé par la société en 2010 et celui imputé par l'intimée représente un montant suffisamment important pour retenir une disproportion manifeste entre le salaire usuel dans la branche et le salaire versé. Il s'agit, en effet, d'une différence de 25%.

En conclusion, ayant constaté une disproportion manifeste entre la fortune investie et le dividende, respectivement entre le salaire et le travail, l'intimée était habilitée à s'écarter de la qualification effectuée par l'administration fiscale. Le montant réclamé à titre de cotisations sur le salaire rectifié n'est pas contesté. Il est, au demeurant, conforme aux dispositions légales applicables.

Mal fondé, le recours est rejeté.

3. La procédure est gratuite (art. 89 H LPA).

* * *

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. 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

Brigitte BABEL

Florence KRAUSKOPF

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