RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/397/2022 **ATAS/1086/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 8 décembre 2022

5ème Chambre

En la cause

A_____ SA, sise _____, GENÈVE recourante

contre

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FÉDÉRATION DES ENTREPRISES ROMANDES FER CIAM 106.1, sise rue de Saint-Jean 98, GENÈVE intimée

Siégeant : Philippe KNUPFER, Président ; Toni KERELEZOV et Monique STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs.

EN FAIT

A. **a.** A_____ SA, (ci-après : la société, l'employeur ou la recourante) est une société anonyme inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) de Genève ayant pour but social les conseils et le courtage dans les domaines mobilier et immobilier et dont l'administrateur unique, avec signature individuelle, est Monsieur B_____.

b. En date du 24 juin 2016, la caisse interprofessionnelle AVS de la fédération des entreprises romandes FER CIAM 106.1 (ci-après : la caisse ou l'intimée) a effectué un contrôle d'employeur auprès de la société, portant sur la période allant du 1er janvier 2011 au 31 décembre 2014.

B. **a.** Par décision du 13 juillet 2016, la caisse a notifié à la société un décompte rectificatif s'élevant à CHF 39'187.90. Le détail de la rectification figurait dans un document annexé et se fondait sur les indications fournies par l'employeur et sur les documents mis à disposition lors du contrôle d'employeur.

b. Par courrier du 2 mars 2016 (recte : 2 août 2016), la société s'est opposée à la décision de la caisse au motif qu'il n'était pas certain que les montants repris par la caisse correspondaient à la réalité car, pendant la période contrôlée, plusieurs salaires n'avaient pas été payés et, par voie de conséquence, il n'y avait pas lieu qu'ils soient soumis à cotisations. Selon l'employeur, le contrôleur de la caisse avait multiplié les montants par douze pour effectuer son estimation. La société s'engageait à faire des recherches entre les salaires calculés et les salaires réellement payés.

c. Par réponse du 9 août 2016, la caisse a pris bonne note de l'opposition et a précisé que toutes les reprises effectuées reposaient sur des certificats de salaire adressés aux employés ainsi que sur les écritures comptables de la société. La caisse considérait que si la société arrivait à la conclusion que des salaires ayant fait l'objet de certificats de salaire n'avaient en réalité pas été payés, elle devait en apporter la preuve documentée, ajoutant que dans un tel cas, il n'était pas envisageable que les employés concernés ne reçoivent pas de certificats de salaires rectifiés, s'il y avait eu des erreurs. La caisse informait encore la société que l'opposition à la décision ne suspendait pas les intérêts moratoires de 5% l'an, qui continuaient donc de courir, à défaut de paiement pendant la procédure.

d. Plusieurs échanges de courriers ont eu lieu aux mois d'octobre et de novembre 2017 entre la société et la caisse. Par courrier du 30 novembre 2017, la société a confirmé à la caisse - en joignant le journal et les grands livres de comptes pour les années 2013, 2014 et 2015 - que des salaires avaient été pris en charge, provisionnés et/ou impayés comme suit ; pour l'année 2013 : prise en charge de CHF 122'000.- ; pour l'année 2014 : prise en charge de CHF 97'200.-, provisionnés et impayés CHF 62'100.- et pour l'année 2015 : provisionnés CHF 17'500.-, aucun salaire payé.

e. Par décision sur opposition du 27 décembre 2021, la caisse a rejeté l'opposition de la société au motif qu'après analyse du rapport de contrôle et des différentes reprises de salaire, la caisse avait constaté ce qui suit :

- Salaire de Madame C_____

  Un salaire avait été repris pour l'année 2012 car le salaire du mois de janvier 2012, par CHF 5'000.- n'avait pas été annoncé par la société, qui n'avait annoncé les salaires que pour les mois de février à décembre 2012, par CHF 55'000.- ;

- Salaire de Madame D_____

  Les salaires de juin à décembre 2012, par CHF 36'000.- ; puis de janvier à décembre 2013, par CHF 72'000.- ; puis de janvier à décembre 2014, par CHF 72'000.-, avaient été repris car non déclarés par la société, alors que selon le RC, ladite employée disposait d'une procuration collective à deux, depuis juin 2012 jusqu'au 23 janvier 2015. Le compte salaire 5200 démontrait qu'un salaire mensuel de CHF 6'000.- lui avait été payé et un certificat de salaire pour les années 2013 et 2014 faisait mention d'un salaire annuel brut de CHF 72'000.- ;

- Salaire de M. B_____

  Un salaire de CHF 15'000.- avait été repris pour l'année 2013 et de CHF 60'000.- pour l'année 2014 ; lesdits salaires n'avaient jamais été déclarés par la société, pour les années 2013 et 2014 mais il ressortait cependant du compte salaire 5200 que des salaires à hauteur de CHF 5'000.- par mois avaient été versés à partir d'octobre 2013 et que la société avait établi un certificat de salaire de CHF 15'000.- bruts pour 2013 et de CHF 60'000.- pour 2014.

- Salaire de Monsieur E_____

  Un salaire de CHF 5'000.- avait été repris pour l'année 2014. Aucun salaire n'avait été déclaré par la société mais il ressortait cependant du compte salaire 5200 qu'un salaire de CHF 1'000.- lui avait été versé en septembre, puis en octobre puis en novembre 2014, et deux fois CHF 1'000.- en décembre 2014. La société avait également établi un certificat de salaire pour l'année 2014 de CHF 5'000.- bruts.

En conclusion, les reprises effectuées par la caisse étaient justifiées au regard des documents qui avaient été analysés dans le cadre de la procédure d'opposition.

C. **a.** Par écriture postée le 2 février 2022, la société a recouru contre la décision sur opposition du 27 décembre 2021 auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la chambre de céans), tout en demandant de lui accorder un délai supplémentaire, au motif que « cette affaire a totalement été oubliée après cinq ans, (…) nous n'avons plus aucune pièce et (…) nous devons

reprendre connaissance des pièces que la FER CIAM vient de nous envoyer ce jour ». Un délai pour compléter la motivation du recours a été accordé à la recourante par la chambre de céans.

b. La société a complété la motivation de son recours par pli du 28 février 2022. Selon elle, il était impossible de vérifier les affirmations de la caisse car les salaires qui figuraient dans les charges n'étaient pas nominatifs et la société ne possédait aucune pièce bancaire qui pouvait confirmer nominativement et visiblement les salaires attribués. De mémoire, les salaires avaient été provisionnés en 2013 et en 2014 mais n'avaient pas été payés. En ce qui concernait les reprises, la société considérait que le contrôleur lui-même n'avait pas fait la preuve de ses écrits. S'agissant du salaire de Mme C_____, avec une reprise de CHF 5'000.-, la société, après avoir vérifié le grand livre 2012, confirmait que onze salaires seulement avaient été payés et non pas douze comme retenu par la caisse ; la reprise de salaire par CHF 5'000.- n'était donc pas justifiée. Les reprises pour les années 2013 et 2014 concernant Mme D_____ ne se justifiaient pas, selon la société, car la personne était employée par F_____ et non pas par A_____ SA. Il était ajouté que la société avait été victime d'une grave escroquerie en 2012, raison pour laquelle ses liquidités avaient été fortement impactées. Elle n'avait malheureusement plus aucune pièce qui pouvait lui permettre de mettre en doute la véracité des informations communiquées par la caisse mais elle constatait que lesdites informations étaient erronées et non étayées. Elle concluait à la contestation des prétentions de la caisse, qui n'étaient fondées que sur des copies partielles et ne reflétaient en aucun cas les salaires payés sur les années de redressement des cotisations.

c. Par réponse du 4 avril 2022, la caisse a résumé les faits tout en ajoutant qu'il avait été convenu avec la société qu'en raison du retard pris pour statuer sur l'opposition, aucun intérêt moratoire ne serait dû au-delà de l'année 2017. Après vérification, la caisse admettait que le salaire de Mme C_____, par CHF 5'000.-, ne devait pas faire l'objet d'une reprise car il y avait bel et bien eu onze mois de salaire payés et non pas douze. Dès lors, la caisse reconnaissait que cette reprise de salaire était erronée. S'agissant de Mme D_____, la caisse avait vérifié les faits auprès de la société F_____, dont M. B_____ était également administrateur, et il s'avérait que Mme D_____ ne faisait pas partie des employés salariés de F_____ ; de surcroît, les versements de salaire apparaissaient dans la comptabilité de la société, sous le compte interne salaire 5200, ainsi que dans le grand livre de la société. Il y avait donc lieu de confirmer cette reprise. Cela était également valable pour les reprises des salaires versés respectivement à M. B_____ et à M. E_____, les salaires de ces deux personnes n'avaient pas été déclarés par F_____ et ressortaient de la comptabilité de la société, sous le compte salaire 5200, ainsi que dans le grand livre. La caisse concluait donc au rejet du recours, sous réserve de l'admission que la reprise de salaire de Mme C_____, par CHF 5'000.-, était erronée.

d. Par réplique du 22 avril 2022, la société a persisté dans ses conclusions, confirmant que les salaires de Mme D_____ et de M. B_____ ne devaient pas être assujettis.

e. La réplique et ses annexes ont été transmises à l'intimée, qui n'a pas dupliqué.

f. Sur ce, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

g. Les autres faits seront mentionnés, en tant que de besoin, dans la partie « en droit » du présent arrêt.

EN DROIT

1. Conformément aux art. 134 al. 1 let. a ch. 1, 2 et 7 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) et 20 de la loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption du 21 avril 2005 (LAMat - J 5 07), la chambre des assurances sociales 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.

2. À teneur de l'art. 1 al. 1 LAVS, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'assurance-vieillesse, à moins que la loi n'y déroge expressément.

3. 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 la forme et le délai prévus par la loi, compte tenu de la suspension des délais pour la période du 15 juillet au 15 août inclusivement (art. 38 al. 4 let. b LPGA et art. 89C let. b LPA), le recours est recevable.

4. Le litige porte sur le bien-fondé de la décision de reprise de salaires de la société, pour les années 2013 et 2014.

5.

5.1 À teneur de l'art. 3 al. 1 LAVS, les assurés sont tenus de payer des cotisations tant qu'ils exercent une activité lucrative. Lesdites cotisations sont calculées en pour-cent du revenu provenant de l'exercice de l'activité dépendante (art. 4 al. 1 LAVS). Une cotisation de 4,35% est perçue sur le revenu provenant d'une activité dépendante, appelé salaire déterminant (art. 5 al. 1 LAVS).

Les cotisations d'employeurs s'élèvent également à 4,35% du total des salaires déterminants versés à des personnes tenues de payer des cotisations (art. 13 LAVS).

Les cotisations perçues sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité dépendante sont retenues lors de chaque paie. Elles doivent être versées périodiquement par l'employeur en même temps que la cotisation d'employeur (art. 14 al. 1 LAVS).

5.2. L'art. 5 al. 2 LAVS définit, de manière exemplative, ce qui est considéré comme du salaire déterminant, ces notions étant ensuite précisées aux art. 7 et 9 à 15 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS - RS 831.101), dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2008.

Le salaire déterminant comprend ainsi toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour 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).

5.3 Une rémunération peut ne pas être versée, mais seulement portée en compte. Un revenu appréciable en argent est considéré comme acquis au moment où il est comptabilisé, en tout cas si la rétribution portée en compte correspond à une créance ayant une valeur économique et dont le salarié peut disposer. Les rétributions portées en compte qui constituent un salaire éventuel ou une simple promesse de salaire ne sont pas réputées avoir été acquises (par exemple lorsque la valeur réelle de la rétribution n'apparaît que si les affaires de l'entreprise évoluent favorablement ; Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG [ci-après : DSD], ch. 1010, avec les références à la jurisprudence fédérale). Une fois effectivement versé et comptabilisé, un salaire ne peut pas être requalifié comptablement et a posteriori, en raison d'une mauvaise marche des affaires, comme un remboursement d'une créance de l'actionnaire contre la société qui l'emploie, via le compte-courant actionnaire. Il doit être pris en considération comme salaire déterminant pour fixer le montant des cotisations aux assurances sociales fédérales (arrêt du Tribunal fédéral 9C_202/2016 du 13 mai 2016 consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 328/00 du 26 juillet 2001 consid. 2b).

5.4 Lors de l'appréciation d'un cas particulier, les critères suivants ne sont notamment pas décisifs (ch. 1029 DSD) :

- la nature juridique du rapport établi entre les parties. La notion de salaire déterminant se définit exclusivement d'après le droit de l'AVS. C'est une notion propre à ce domaine du droit. La notion du salaire déterminant est notamment plus large que celle du salaire au sens des dispositions régissant le contrat de travail. Elle englobe certes celui-ci : le salaire selon le droit du travail sera de toute manière considéré comme du salaire déterminant (ch. 1030 DSD).

– Les conventions ou accords portant sur la situation juridique AVS des parties (salariée ou indépendante) ou sur la qualification juridique d'une rétribution dans l'AVS (ch. 1032 DSD).

6. La LAVS et son règlement s'appliquent également en ce qui concerne le calcul des cotisations dans les domaines de :

- l'assurance-invalidité : art. 3 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI - RS 831.20) ;
- l'assurance-chômage : art. 3 al. 1 de 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]) ;
- l'allocation fédérale pour perte de gain en cas de service et de maternité (art. 11 de 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]) ;
- l'allocation cantonale pour maternité (art. 10 al. 2 LAMat, lequel renvoie notamment à l'art. 11 al. 2 LAPG) ;
- l'allocation familiale (art. 16 al. 2 de la loi fédérale sur les allocations familiales du 24 mars 2006 [loi sur les allocations familiales, LAFam - RS 836.2]).

Dans tous ces domaines, les cotisations sont calculées sur la base du salaire déterminant au sens de l'art. 5 LAVS.

7.

7.1 Le juge des assurances sociales 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 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3, ATF 126 V 353 consid. 5b, ATF 125 V 193 consid. 2 et les références). 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 319 consid. 5a).

7.2 La procédure dans le domaine des assurances sociales est régie par le principe inquisitoire d'après lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par l'assureur (art. 43 al. 1 LPGA) ou, éventuellement, par le juge (art. 61 let. c LPGA). Ce principe n'est cependant pas absolu. Sa portée peut être restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation de ces dernières 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 193 consid. 2 ; VSI 1994, p. 220 consid. 4). Si le principe inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, il ne les libère pas du fardeau de la preuve, dans la mesure où, en cas d'absence de preuve, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences, sauf si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à la partie adverse. Cette règle ne s'applique toutefois que s'il se révèle impossible, dans le cadre de la maxime inquisitoire et en application du principe de la libre appréciation des preuves, d'établir un état de fait qui correspond, au degré de la vraisemblance, à la réalité (ATF 139 V 176 consid. 5.2 et les références).

8. En l'espèce, l'intimée fonde sa décision de reprise sur les documents examinés lors du contrôle d'employeur effectué en date du 24 juin 2016. L'examen des « déclarations des salaires versés par l'employeur à son personnel » pour les années 2013 et 2014, des certificats de salaire annuels, des décomptes de salaire mensuels et du compte interne 5200 concernant les salaires de la société documente, sur le plan scriptural, les éléments que la caisse a retenus pour justifier les reprises de salaires des années 2013 et 2014.

La recourante, de son côté, allègue dans son recours que cette affaire a totalement été oubliée après cinq ans et qu'elle n'a désormais plus aucune pièce. Confrontée aux pièces fournies par l'intimée dans le cadre de sa réponse, la recourante allègue ne plus avoir aucune pièce bancaire qui viendrait confirmer les salaires versés nominativement. En dépit du fait qu'elle allègue n'avoir plus aucune pièce lui permettant de mettre en doute les informations communiquées par l'intimée, la recourante soutient, malgré tout, que ces dernières sont erronées et non étayées.

8.1 Dans son ultime écriture du 22 avril 2012, la recourante joint un courrier du 30 novembre 2017 envoyé à l'intimée et produit dans le cadre de l'opposition et se référant au compte interne 5200 « salaires » pour les années 2013 et 2014. Or, ces éléments ont déjà été pris en compte par l'intimée, notamment dans les pièces de son chargé, soit pièce 5, comptes de la société, p. 11, faisant apparaître au 31 décembre 2013 le poste prise en charge des salaires impayés par CHF 122'000.-, puis sous pièce 6, comptes de la société, p. 12, faisant apparaître au 31 décembre 2014 prise en charge des salaires impayés par CHF 97'200.-. De même, toujours dans le chargé de l'intimée, sous pièce 7, compte de la société, p. 8, apparaît au 3 décembre 2015 le poste provision salaire par CHF 17'500.-.

En particulier, la recourante ne fournit aucun élément démontrant, comme elle le prétend, que deux des employés dont les salaires ont fait l'objet de reprises, auraient, en fait, été employés par une autre société.

Dès lors, les éléments mis en exergue par la recourante dans son courrier du 30 novembre 2017 et repris dans son courrier du 22 avril 2022 n'amènent rien de nouveau et ne sont pas susceptibles d'établir les griefs faisant l'objet de son recours.

8.2 Lesdits griefs apparaissent dès lors comme infondés et peu vraisemblables, ce d'autant plus qu'on peine à suivre les explications de la société selon lesquelles elle ne détiendrait plus aucune pièce bancaire démontrant les salaires prétendument versés.

En effet, à teneur de l'art. 958f al. 1 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS 220), « les livres et les pièces comptables ainsi que le rapport de gestion et le rapport de révision sont conservés pendant dix ans. Ce délai court à partir de la fin de l'exercice ».

Si l'on en croit l'argumentation de la recourante, non seulement celle-ci n'aurait pas respecté son devoir de conserver les pièces comptables pendant dix ans mais, de surcroît, la situation économique de l'entreprise n'aurait pas été correctement reflétée par les comptes, en violation de l'art. 957a CO.

Étant encore rappelé que, même si l'argumentation de l'intimée ne paraissait pas hautement vraisemblable, on ne pourrait que constater que la recourante - qui supporte le fardeau de la preuve - n'a pas été à même de prouver, ni même de rendre vraisemblable, ses allégations.

8.3 Il convient enfin de souligner que selon la jurisprudence, les décisions des caisses de compensation relatives à des cotisations paritaires doivent non seulement être notifiées à l'employeur, mais aussi aux salariés concernés. À défaut, la violation du droit d'être entendu en résultant peut être réparée par le Tribunal (ATF 113 V 1 consid. 3a et 4a). L'appel en cause n'est pas nécessaire si le nombre de salariés est élevé, si le domicile des salariés est à l'étranger et lorsqu'il s'agit de montants de cotisation de minime importance (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 144/05 du 6 septembre 2006 consid. 3.1 ; ATF 113 V 1).

À teneur de l'art. 71 al. 1 LPA, l'autorité peut, d'office ou sur requête, ordonner l'appel en cause de tiers dont la situation juridique est susceptible d'être affectée par l'issue de la procédure. La décision leur devient dans ce cas opposable.

En l'espèce, les salariés de la société n'ont pas été traités comme des indépendants et les cotisations sociales ont été retenues, selon les documents comptables figurant au dossier. Dès lors, leur situation juridique ne semble pas devoir être affectée par l'issue de la procédure et leur appel en cause n'apparaît pas nécessaire.

9. Eu égard à ce qui précède, le recours sera très partiellement admis sur la reprise de salaire de Mme C_____, par CHF 5'000.- pour le mois de janvier 2012, qui est erronée, comme cela a été reconnu par l'intimée, et qui sera annulée.

Les autres points de la décision querellée sont confirmés.

10. La recourante, qui obtient très partiellement gain de cause, mais qui n'est pas représentée en justice et qui n'a pas allégué ou démontré avoir déployé des efforts dépassant la mesure de ce que tout un chacun consacre à la gestion courante de ses affaires, n'a pas droit à des dépens.

11. Pour le surplus, en l'absence de loi spéciale prévoyant des frais judiciaires, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis LPGA).

PAR CES MOTIFS,

LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet très partiellement.
3. Annule la reprise de salaire, par CHF 5'000.-, pour le salaire du mois de janvier 2012 de Madame C_____.
4. Dit qu'il ne sera pas octroyé 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	Le président
Véronique SERAIN	Philippe KNUPFER

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