

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/50/2009

ATAS/1283/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 20 octobre 2009

En la cause

X_____ SA, sise à GENEVE

recourante

contre

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION
DES ENTREPRISES ROMANDES - FER CIAM 106.1, sise rue de
Saint-Jean 98, 1211 GENEVE 11

intimée

et

Madame B_____, domiciliée à Onex,

appelés en
cause

Monsieur C_____, domicilié Cranves Sales,

Monsieur D_____, domicilié c/o M. E_____, à Plan-
les-Ouates

**Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Evelynne BOUCHAARA et Norbert HECK,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Lors d'un contrôle d'employeur effectué auprès de la société X_____ SA (ci-après la société) le 20 février 2008, portant sur la période du 1^{er} janvier 2003 au 31 décembre 2006, la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES - FER CIAM 106.1 (ci-après la caisse) a constaté que les salaires suivants n'avaient pas été déclarés :

- Pour Madame B_____ :

la somme de 3'371 fr., représentant la différence entre le salaire ressortant du compte "salaires" de juillet à décembre 2003 (22'117 fr. 30) et le salaire déclaré à l'AVS pour la même période (20'846 fr.), ainsi que des frais forfaitaires pour 2'100.-. Des frais forfaitaires à hauteur de 2'128 fr. 35 n'ont pas non plus été admis.

- Pour Monsieur C_____ :

un salaire de 10'600 fr., versé de 2003 à 2006, a été repris, parce que correspondant à des frais forfaitaires dépassant le montant admis, soit 5% du revenu annuel, y compris les frais payés jusqu'à un salaire de 250'000 fr., et 10% sur une tranche de salaire qui dépasse 250'000 fr. (18'000 fr. versés par année ./ 7'400 fr. admis = 10'600 fr.).

- Pour Monsieur E_____ :

les honoraires indiqués sur le compte "honoraires extérieurs" versés de 2003 à 2006 ont été convertis en brut, soit 4'535 fr. pour 2003, 4'986 fr. pour 2004, 5'982 fr. pour 2005 et 4'065 fr. pour 2006.

2. La caisse a soumis à cotisations ces salaires repris et a dès lors réclamé à la société, par décision du 15 septembre 2008, des cotisations paritaires AVS/AI/AF et AMat complémentaires, s'élevant à la somme totale de 10'202 fr. 10.
3. La société a formé opposition le 7 octobre 2008. Elle ne comprend pas comment le montant de 3'371 fr. concernant Madame B_____ a été calculé par la caisse. Elle explique qu'une somme de 2'086 fr. a été versée à cette employée pour la rembourser de frais de transport et de repas. Les indemnités versées à Monsieur C_____, directeur général de la société, comprennent les frais de déplacement, celui-ci habitant sur France, les frais de repas et d'assurance-maladie, une partie du logement et le téléphone portable. Monsieur E_____, administrateur, perçoit quant à lui des honoraires en tant que "consultant externe" et non en tant que "fonction". Ces honoraires couvrent ses frais de déplacement à la société pour signature de divers documents, sa présence aux assemblées générales et diverses réunions dans l'année avec la direction ou l'organe de révision. Il

intervient aussi de temps en temps sur demande spéciale de la direction. Ces honoraires sont donc des frais généraux et non des charges du personnel.

4. Par décision du 5 décembre 2008, la caisse a rejeté l'opposition. Elle considère que les frais forfaitaires accordés à Madame B _____ ne sont pas justifiés, que ceux versés à Monsieur C _____ dépassent le montant admis, étant précisé que les 1'500 fr. par mois, admis par le fisc comme frais des "expatriés", ne sont pas pris en considération en matière AVS. Enfin, les indemnités concernant Monsieur E _____ figurent dans le compte "honoraires extérieurs" et sont versés plusieurs fois par année régulièrement. La nature de ces frais n'est pas indiquée.
5. La société a interjeté recours le 6 janvier 2009 contre ladite décision. Elle précise encore que :

- Pour Madame B _____ : ses frais (repas et transport) ont été déterminés au moment de son engagement sur une base de frais effectifs en estimant en moyenne le montant de repas journalier ainsi que ses frais de transports publics de son domicile à son lieu de travail et retour. Ses frais sont usuels à la profession considérée -elle est assistante de direction-. Les circonstances spéciales empêchent d'en apporter la preuve stricte.

- Pour Monsieur C _____ : celui-ci cumule la fonction de directeur général et de directeur commercial. Ses indemnités forfaitaires de 18'000 fr. ont été déterminées sur une base moyenne estimée de frais effectifs depuis plusieurs années. Ce montant est resté fixe malgré le coût de la vie. Le montant mensuel de 1'500 fr. couvre les frais de repas, de transport, de téléphone portable, de représentation et une petite participation pour les frais de logement. Enfin, l'administration fiscale a accepté ces frais en tant que «frais généraux» depuis 1998.

- Pour Monsieur E _____ : celui-ci effectue des déplacements dans le courant de l'année à la société pour signature, assiste aux assemblées et est sollicité par la direction dans des cas particuliers. Ses honoraires ont été déterminés d'un commun accord sur une moyenne annuelle estimée. Ce montant est révisé d'année en année en fonction du volume d'activité. Le fait de percevoir des montants réguliers est dû notamment à la trésorerie de l'entreprise.

La société sollicite l'annulation des décisions des 15 septembre et 5 décembre 2008.

6. Dans sa réponse du 3 février 2009, la caisse a conclu au rejet du recours. Elle relève que lors du dernier rapport de contrôle effectué le 16 octobre 2002, et portant sur une période allant du 1^{er} janvier 1997 au 31 décembre 2001, les frais pour Monsieur C _____ et les honoraires d'administrateur de Monsieur E _____ avaient déjà été repris, et ce rapport n'avait pas été contesté.

7. Par ordonnance du 13 février 2009, le Tribunal de céans a appelé en cause Madame B_____ et Messieurs C_____ et E_____ et leur a imparti un délai au 16 mars 2009 pour se déterminer.
8. Par courrier du 23 février 2009, la société a informé le Tribunal de céans qu'elle persistait dans ses conclusions.
9. Le 13 mars 2009, Monsieur C_____ a déclaré faire siennes les conclusions de la société.
10. Madame B_____ et Monsieur E_____ ne se sont pas manifestés.
11. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS).

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

2. Le recours a été interjeté en temps utile (art. 56 et ss LPGA).
3. Le litige porte sur les reprises de salaires effectuées par la caisse.
4. Aux termes de l'art. 14 al. 1 LAVS, les cotisations perçues sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité dépendante doivent être retenues lors de chaque paie et être versées périodiquement par l'employeur en même temps que la cotisation de l'employeur.

Le salaire déterminant, au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Font partie du salaire déterminant, par définition, toutes les sommes touchées par le salarié, si leur versement est économiquement lié au contrat de travail; peu importe, à ce propos, que les rapports de service soient maintenus ou aient été résiliés, que les prestations soient versées en vertu d'une obligation ou à titre bénévole (ATF 128 V 176 consid. 3c p. 180, 126 V 221 consid. 4a p. 222, 124 V 100 consid. 2 p. 101 et la jurisprudence citée).

A cet égard, les articles 7 et ss. RAVS, dans leur teneur au 31 décembre 2008, définissent ce qu'il faut entendre par salaire déterminant soumis à cotisations.

5. Dans le domaine des assurances sociales notamment, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties 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 p. 195 et les références; cf. ATF 130 I 180 consid. 3.2 p. 183).

Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (Kummer, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 4e éd., Berne 1984, p. 136; Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2e éd., p. 278 ch. 5). Dans le domaine des assurances sociales, le juge 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 126 V 353 consid. 5b p. 360, 125 V 193 consid. 2 p. 195 et les références; cf. ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 pp. 324 ss). 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 p. 322).

6. Aux termes de l'art. 9 RAVS, les frais généraux sont les dépenses résultant pour le salarié de l'exécution de ses travaux. Les frais généraux peuvent être déduits du salaire déterminant s'il est prouvé qu'ils s'élèvent à au moins 10 pour cent du salaire versé. Les frais décomptés séparément du salaire peuvent dans tous les cas être déduits.

Par ailleurs, les frais généraux que font valoir les salariés doivent être prouvés ou rendus vraisemblables (RCC 1983 p. 310) et ils doivent être déduits à concurrence de leur montant effectif (Directives concernant le salaire déterminant – DSD n°3005). Là où il est établi que des frais généraux ont été encourus mais où des circonstances spéciales en empêchent la preuve stricte, ils doivent être estimés par la caisse de compensation (RCC 1990 p. 41). La caisse de compensation retient les frais que l'employeur et/ou le salarié rendent vraisemblables et qui sont usuels dans la profession considérée. Les frais généraux sont les dépenses résultant pour le salarié de l'exécution de ses travaux. Ces dépenses incombent au salarié en sus de ses frais d'entretien courant. Il peut s'agir de frais de voyages de service, soit le transport, la nourriture et le logement, frais de représentation et de dépenses pour la clientèle, les frais de matériel et de vêtements de travail, les frais d'utilisation de

locaux affectés à l'exercice de l'activité lucrative, les frais de déménagement pour raison professionnelle, les frais de formation ou de perfectionnement professionnel lorsqu'ils se trouvent en relation étroite avec l'activité professionnelle du salarié (DSD n°3005).

7. En l'espèce, des frais de représentation d'un montant de 18'000 fr ont été accordés à Monsieur C_____. Ils n'ont été admis par la caisse qu'à hauteur de 7'400 fr., ce à juste titre au regard des dispositions légales et réglementaires applicables et des principes susmentionnés.
8. Les frais d'entretien courants qui sont encourus de manière identique ou analogue également sans exercice d'une activité lucrative ne sont pas considérés comme des dépenses au sens ci-dessus (RCC 1982 p. 354). Ne font ainsi pas partie des frais généraux les indemnités accordées régulièrement pour le déplacement du domicile au lieu de travail habituel et pour les repas courants pris au domicile ou au lieu de travail habituel; ces indemnités font en principe partie du salaire déterminant.

A ce propos, le TFA, appliquant les principes susmentionnés, a jugé que les frais de déplacement usuels entre les lieux de domicile et de travail constituaient en principe un emploi normal du salaire et non pas des frais généraux déductibles du salaire soumis à cotisations. Aussi la pratique administrative dispose-t-elle que les frais supplémentaires de transport du lieu de domicile au lieu de travail ne constituent des frais généraux que si ces lieux sont notablement éloignés l'un de l'autre. Dans un cas d'espèce, le TFA a considéré que les frais de déplacement entre les lieux de domicile et de travail distants respectivement de 55 et 47 km ne constituaient pas des frais généraux déductibles du salaire soumis à cotisations (cf. RCC 1994 p. 84). Exceptionnellement, lorsque la distance entre les lieux de domicile et de travail est au moins égale à une centaine de kilomètres, ou s'il existe le cas échéant d'autres motifs d'importance, les caisses peuvent, après un examen du cas particulier, admettre une partie de l'indemnité de déplacement au titre de frais, si le salarié n'a pas choisi son lieu de domicile pour des motifs « de convenance personnelle » (cf. VSI 1994 p. 197).

9. En l'espèce, les frais de déplacement de Madame B_____ et de Monsieur C_____ de leur domicile à leur lieu de travail et retour ne peuvent dès lors être pris en considération pour le calcul du salaire déterminant, étant rappelé que Madame B_____ habite à Genève (Onex) et Monsieur C_____ en France voisine (Cranves Sales).
10. Les frais de repas accordés à Madame B_____ ne peuvent pas non plus être retenus au sens de l'art. 9 RAVS, puisqu'en sa qualité d'assistante de direction, elle n'est en principe pas particulièrement amenée à prendre ses repas ailleurs que sur son lieu de travail habituel.

11. La société a par ailleurs considéré qu'il fallait déduire du salaire déterminant de Monsieur C_____ une participation à ses frais de logement. Tel n'est pas l'avis du Tribunal de céans, les frais de logement n'étant pas dans le cas particulier nécessaires à l'acquisition du revenu du fait par exemple de l'éloignement du domicile du lieu de travail.

Dès lors, force est de reconnaître que la participation de la société aux frais de logement de Monsieur C_____ ne constituent pas des frais professionnels nécessaires à l'acquisition du revenu et qu'elle ne peut, à ce titre, être déduite de son salaire déterminant.

12. Le remboursement à Monsieur C_____ de ses primes d'assurance-maladie doit également être considéré comme faisant partie du salaire déterminant, les primes devant être acquittées indépendamment de l'exercice d'une activité lucrative.
13. Selon l'art. 7 let. h RAVS, le salaire déterminant pour le calcul des cotisations comprend notamment, dans la mesure où il ne s'agit pas d'un dédommagement pour frais encourus, les tantièmes, les indemnités fixes et les jetons de présence des membres de l'administration et des organes dirigeants des personnes morales (teneur en vigueur depuis le 1er janvier 1999, la modification du 16 septembre 1998 n'ayant aucune incidence dans le cas d'espèce; sur l'art. 7 let. h RAVS dans son ancienne teneur, cf. ATF 123 V 161 consid. 2, 4b et 5a pp. 163 ss).

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 (RCC 1983 p. 22 consid. 2; Greber/Duc/Scartazzini, Commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS], note 40 ad art. 5). C'est le cas même si les indemnités sont proportionnelles à l'activité et à l'état des affaires (RCC 1952 p. 272).

Cette présomption peut être renversée en établissant que les honoraires versés ne font pas partie du salaire déterminant; c'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 (ATF 105 V 113 consid. 3 p. 114; RCC 1953 p. 442).

14. Il appert de ce qui précède que les honoraires versés à Monsieur E_____ le sont pour des tâches étroitement liées à son mandat d'administrateur et appartiennent par conséquent à son salaire déterminant.
15. Il y a ainsi lieu de constater que les reprises de salaires effectuées par la caisse l'ont été à juste titre. Aussi le recours ne peut-il être que rejeté.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL 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); 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

Nathalie LOCHER

Doris WANGELER

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