



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 630, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00

www.fr.ch/tc

608 2023 15

Arrêt du 26 janvier 2024

II^e Cour des assurances sociales

Composition

Présidente : Daniela Kiener
Juges : Johannes Frölicher, Anne-Sophie Peyraud
Greffier-rapporteur : Michel Bays

Parties

A._____ SÀRL, recourante, représentée par Me Suat Ayan,
avocate

contre

**CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FÉDÉRATION
DES ENTREPRISES ROMANDES (FER CIFA), autorité intimée**

Objet

Assurance-vieillesse et survivants – Cotisations, sous-traitance

Recours du 27 février 2023 contre la décision sur opposition du
26 janvier 2023

considérant en fait

A. A. _____ Sàrl (ci-après: l'employeur) est affiliée en tant qu'employeur auprès de la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des entreprises romandes FER CIFA 106.2 (ci-après: la Caisse).

La Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (ci-après: CNA) a procédé à un contrôle de la comptabilité de cet employeur pour la période allant du 1^{er} janvier 2017 au 31 décembre 2021. Il ressort du rapport établi le 6 octobre 2022 que, dans le courant de l'année 2020, l'employeur a opéré différents versements en espèces en faveur de la société B. _____ Sàrl, pour un montant total de CHF 138'868.-, sans pouvoir produire de justificatifs détaillés; des doutes quant à l'authenticité de la signature de l'associé-gérant de la société précitée étaient également soulevés. En substance, le réviseur considérait que les montants en question avaient été "*versés à des employés dépendants de A. _____ Sàrl*", raison pour laquelle ils devaient être assimilés à des salaires versés à des employés dépendants de cette dernière.

Informée des éléments rappelés ci-avant, la Caisse, par le biais d'une décision rendue le 20 octobre 2022, a établi un décompte rectificatif et demandé à l'employeur le paiement de CHF 21'371.75, correspondant au montant des cotisations AVS/AI/APG/AC/AF dues sur le montant précité.

L'employeur s'est opposé à cette décision le 23 novembre 2022, en faisant valoir qu'il avait été contraint de recourir aux services d'un sous-traitant en raison des retards causés par la pandémie de COVID-19. Il a indiqué que les factures établies dans ce contexte mentionnaient le chantier concerné. Il a également joint une copie de la pièce d'identité de l'associé-gérant en question, démontrant s'être assuré du fait qu'il disposait des droits d'engager la société sous-traitante. Sur demande de la Caisse, l'employeur a ensuite fourni des devis et factures relatifs aux différents chantiers concernés.

Par décision sur opposition du 26 janvier 2023, la Caisse a confirmé sa position, en réitérant sa précédente motivation.

B. Le 27 février 2023, A. _____ Sàrl, représentée par Me Suat Ayan, avocate à Fribourg, interjette recours au Tribunal cantonal contre la décision sur opposition susmentionnée. Elle conclut, sous suite de dépens, principalement, à constater qu'elle n'est pas débitrice du montant réclamé par la Caisse et, subsidiairement, au renvoi du dossier à cette dernière pour instruction complémentaire et nouvelle décision.

A l'appui de son recours, elle invoque tout d'abord ne pouvoir être tenue pour responsable du manque de précision des factures établies par B. _____ Sàrl, à laquelle elle a fait appel de manière très restreinte pendant une période de surcharge importante. S'agissant de la signature de l'associé-gérant de cette dernière, elle constate que le réviseur indique avoir comparé des documents mais sans préciser lesquels; elle ajoute avoir procédé à certaines vérifications (inscription au registre du commerce, permis de séjour) et comprend mal se voir reprocher, après coup, un comportement négligent. Le fait qu'elle ne connaisse pas le nombre de travailleurs que la sous-traitante a engagé ne saurait en outre lui être opposé, dès lors que cette dernière agit de manière indépendante. Elle conteste également l'application d'une jurisprudence fédérale relative aux personnes morales dépendantes, en avançant différents éléments pour démontrer que la société sous-traitante n'avait pas été fondée uniquement pour des motifs liés aux assurances

sociales, respectivement que celle-ci n'était pas une personne morale dépendante d'elle-même. Elle refuse en substance d'assumer la responsabilité des agissements de l'associé-gérant de B. _____ Sàrl, voire celle découlant de l'inaction des autorités chargées de contrôler cette dernière.

Dans une seconde argumentation, la recourante invoque une violation crasse de l'art. 5 al. 2 de la loi du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10). Au moment où elle a recouru aux services de B. _____ Sàrl, cette dernière existait depuis plus d'une année, elle disposait de travailleurs et d'un chef d'entreprise. Elle estime qu'il incombait à son associé-gérant, qui était au demeurant actif dans plusieurs autres sociétés, de faire le nécessaire auprès des assurances sociales, respectivement aux autorités compétentes de contrôler que les obligations en la matière étaient respectées. La recourante indique également que les salaires horaires versés à la sous-traitante (CHF 60.-/h) étaient bien supérieurs à ceux habituellement payés dans la branche, ce qui devait permettre à cette dernière de dégager une marge suffisante pour payer des salaires et les cotisations y relatives. Elle termine en relevant l'absence de lien de dépendance de la sous-traitante envers elle et insiste sur le fait qu'elles se trouvaient sur un pied d'égalité au moment des faits.

La société recourante s'est acquittée d'une avance de frais de CHF 800.- le 8 mars 2023.

Par observations du 13 avril 2023, l'autorité intimée relève que, contrairement aux déclarations de la recourante, les relations entre les deux sociétés ont duré plus de 5 mois, en se référant à une facture établie en mai 2020. S'agissant du salaire horaire de CHF 60.- payé à la société sous-traitante, la Caisse précise qu'il correspondrait aux travaux de peinture avec matériel, raison pour laquelle il est plus élevé que le salaire horaire usuel dans cette branche. Elle termine en indiquant avoir tenté d'obtenir des renseignements complémentaires comme des preuves d'adjudication des chantiers, des contrats avec le maître d'ouvrage ou l'architecte, ou encore des accords avec le sous-traitant, sans succès.

Par courrier du 24 avril 2023, la recourante annonce avoir pris connaissance d'un courriel adressé par la CNA à la Caisse. Tout en s'étonnant du fait que cette pièce ne figure pas au dossier remis par cette dernière, elle souligne que ce document démontre que c'est bien B. _____ Sàrl qui est redevable des cotisations sociales et que, celle-ci s'étant dérobée à ses obligations, les assureurs sociaux ont entrepris de les facturer à elle (*i.e.* A. _____ Sàrl), sans véritable fondement autre que le fait que les versements ont été effectués en liquide.

En réponse du 17 mai 2023, la Caisse confirme avoir omis, par mégarde, de joindre ses échanges de mails avec la CNA, en confirmant que ceux-ci faisaient partie intégrante du dossier et en précisant qu'elle avait eu besoin de sa prise de position pour établir sa décision sur opposition.

Dans le cadre de l'instruction de la cause, l'Instance de céans s'est fait produire, en date du 28 décembre 2023, le dossier constitué par la CNA pour la société recourante. Ce dossier a été versé au dossier de la cause, ce dont les parties ont été informées.

Un recours est également pendante devant la 1^{ère} Cour des assurances sociales du Tribunal de céans (605 2023 176), en matière d'assurance-accidents. La recourante conteste la décision sur opposition rendue le 3 août 2023 par la CNA, qui requiert le paiement de CHF 10'029.65, correspondant aux primes d'assurance contre les accidents professionnels et non professionnels dues sur un montant

de CHF 138'868.-. Cette procédure a été suspendue par ordonnance du 24 octobre 2023, jusqu'à droit connu sur la présente procédure.

C. Il sera fait état des arguments développés par celles-ci à l'appui de leurs conclusions respectives, dans les considérants de droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige.

en droit

1.

Interjeté en temps utile et dans les formes légales auprès de l'autorité judiciaire compétente par une recourante affiliée en tant qu'employeur auprès de l'autorité intimée, touchée par la décision attaquée et dûment représentée, le recours est recevable.

2.

2.1. Aux termes de l'art. 12 al. 1 LAVS, est considéré comme employeur quiconque verse à des personnes obligatoirement assurées une rémunération au sens de l'art. 5 al. 2. Sont tenus de payer des cotisations tous les employeurs ayant un établissement stable en Suisse ou occupant dans leur ménage des personnes obligatoirement assurées (al. 2).

Chez une personne qui exerce une activité lucrative, l'obligation de payer des cotisations dépend, notamment, de la qualification du revenu touché dans un certain laps de temps; il faut se demander si cette rétribution est due pour une activité indépendante ou pour une activité salariée (cf. art. 5, 8 et 9 LAVS, art. 6ss du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants [RAVS; RS 831.101]; cf. arrêt TF 9C_213/2016 du 17 octobre 2016 consid. 3 et les références).

Selon l'art. 5 al. 2 LAVS, on considère comme salaire déterminant toute rétribution pour un travail dépendant effectué dans un temps déterminé ou indéterminé; quant au revenu provenant d'une activité indépendante, il comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante (art. 9 al. 1 LAVS).

2.2. Le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé (art. 5 al. 2 LAVS). N'est donc pas uniquement réputé revenu provenant d'une activité lucrative dépendante soumis à cotisations la rémunération directe pour un travail fourni, mais, en principe, toute indemnité ou allocation perçue autrement, au titre du contrat de travail, dans la mesure où elle n'est pas exemptée de cotisations en vertu d'une disposition légale explicite (ATF 126 V 221 consid.4a; 123 V 5 consid. 1).

2.3. Si des personnes sont appelées par une entreprise dans l'exécution de travaux ou si une entreprise confie à des personnes des travaux en sous-traitance, celles-ci sont considérées comme des tâcherons ou des sous-traitants. Selon la jurisprudence, les tâcherons sont, en règle générale, considérés comme exerçant une activité dépendante. Ils peuvent uniquement être qualifiés de travailleurs indépendants lorsque les caractéristiques des activités de libre entreprise prédominent clairement et que les circonstances laissent supposer qu'ils entretiennent une relation commerciale

non subordonnée avec leur mandataire (ATF 114 V 69 consid. 2b; arrêt TFA H 191/05 ou U 499/05 du 30 juin 2006 consid. 2.2.1).

Lorsqu'un travail a été attribué à une personne morale, ce n'est en principe pas l'indemnité en découlant qui est soumise à l'obligation de cotiser, mais le salaire versé par la personne morale à la personne physique. Cependant, lorsque, d'une manière générale, il existe des circonstances amenant à conclure que le statut juridique de la personne morale a été uniquement adopté pour des motifs liés au droit des assurances, ce afin d'économiser des cotisations, et que la personne morale n'exerçait pas d'activité entrepreneuriale proprement dite - du moins par rapport au donneur d'ordre - , l'indépendance juridique de la personne morale ne produit pas ses effets du point de vue du droit des assurances sociales (arrêt TF 8C_218/2019 du 15 octobre 2019 consid. 4.1.1 et 4.2.2).

Ainsi, en cas de recours à des prestations de tiers, leur indemnisation ne pourrait pas être considérée comme le versement d'un salaire soumis aux cotisations et aux primes s'il était prouvé qu'elle a été versée à une personne morale active qui, dans le cadre de sa propre activité, paie des salaires en lien avec l'indemnité et s'acquitte dans ce cadre des cotisations relevant du droit des assurances sociales. En présence d'indices laissant penser que des indemnités liées à un travail n'ont pas été versées à un employeur comme décrit précédemment, il convient de vérifier si ces paiements peuvent être considérés comme de véritables versements de salaire. Si la personne qui perçoit l'indemnité n'est pas en mesure de fournir de tels documents pouvant prouver au degré de vraisemblance prépondérante le versement de paiements à des personnes morales, il convient d'en conclure qu'il s'agit de versements de salaire à des personnes physiques. Et ce, surtout si des montants élevés ont été versés en espèces et que, dans le domaine d'activité concerné, le recours à des tâcherons est fréquent, car on peut présumer qu'il s'agit d'employés (*ibidem*).

2.4. Selon l'art. 28 de la loi du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; RS 830.1), applicable par le renvoi prévu à l'art 1 al. 1 LAVS, les assurés et les employeurs doivent collaborer gratuitement à l'exécution des différentes lois sur les assurances sociales (al. 1). Quiconque fait valoir son droit à des prestations doit fournir gratuitement tous les renseignements nécessaires pour établir ce droit, fixer les prestations dues et faire valoir les prétentions récursoires (al. 2). Si l'assuré ou d'autres requérants refusent de manière inexcusable de se conformer à leur obligation de renseigner ou de collaborer à l'instruction, l'assureur peut se prononcer en l'état du dossier ou clore l'instruction et décider de ne pas entrer en matière. Il doit leur avoir adressé une mise en demeure écrite les avertissant des conséquences juridiques et leur impartissant un délai de réflexion convenable (art. 43 al. 3 LPGA).

2.5. Dans le domaine des assurances sociales, la décision se fonde, 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, il faut retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 350 consid. 5b; 125 V 195 consid. 2 avec renvois respectifs).

3.

Est en l'espèce litigieuse la question de savoir si c'est à raison que la Caisse intimée a imputé à la société recourante les cotisations sur les versements en espèces effectués par celle-ci en faveur de B._____ Sàrl. Il ressort du dossier que l'on se trouve dans une situation de sous-traitance de chantiers entre deux entreprises actives dans le domaine de la construction. Comme cela a été

exposé plus haut (cf. consid. 2), le fait qu'une personne morale, en l'occurrence une société à responsabilité limitée, délègue la réalisation de certains travaux à une autre société du même type ne présente en soi rien de répréhensible. Toutefois, pour que ce procédé soit admissible sous l'angle des assurances sociales, il faut que l'entreprise sous-traitante paie les salaires dus à ses propres employés et s'acquitte des cotisations y relatives. En revanche, en présence de certains indices caractéristiques (montants élevés versés en espèce, recours à des tâcherons fréquent dans la branche), il incombe alors à la société donneuse d'ordre de renverser la présomption selon laquelle le versement à une autre personne morale a été effectué pour des motifs liés au droit des assurances, dans l'unique but d'économiser des cotisations, au moyen de documents pouvant prouver, au degré de vraisemblance prépondérante, les versements litigieux. A défaut, les versements en question doivent être assimilés à des salaires versés par la donneuse d'ordre à des employés (personnes physiques).

En l'occurrence, la Cour relève la présence d'indices permettant de nourrir certains doutes: la recourante admet avoir versé, au total, plus de CHF 138'000.- en espèces à la société sous-traitante, en l'espace de quelques mois et sur la base de factures très peu détaillées. Celle-là ne s'est en outre jamais acquittée de ses primes et cotisations, à tout le moins pour l'année 2020, selon les informations fournies par la CNA. Finalement, il convient d'admettre que le recours à des tâcherons dans le domaine du bâtiment est courant. Les conditions étaient donc remplies pour que la Caisse exige de la recourante qu'elle démontre, au moyen de documents *ad hoc*, avoir versé les montants en question à une personne morale active de manière indépendante. Elle a notamment requis la production de "*preuves d'adjudication, des contrats avec les maîtres d'ouvrage ou les architectes, ou encore de contrats ou accords avec le sous-traitant*". Or, les seuls documents que celle-ci a été en mesure de produire en lien avec ces chantiers sont trois factures établies par ses soins à l'attention de ses clients et trois autres factures établies par la société sous-traitante à l'attention de la recourante.

La surcharge de travail découlant de la pandémie permet certes d'expliquer le recours à une société tierce pour pouvoir achever à temps certains chantiers, mais en aucun cas l'impossibilité de sa part de fournir des documents suffisamment probants. Ce n'est en soi pas le fait de faire appel à une société sous-traitante qui lui est reproché, mais bien les conditions dans lesquelles cette sous-traitance s'est déroulée. Selon une feuille de calcul datant du 16 août 2021, figurant au dossier de la CNA, la masse salariale de la recourante a été en moyenne d'environ CHF 367'000.- entre 2013 et 2019. Le montant ici litigieux (CHF 138'868.-) constitue indéniablement une part non négligeable de son chiffre d'affaires, ce qui justifie d'être d'autant plus exigeant quant à la démonstration, par ses soins, de la nature des liens qu'elle entretenait avec la sous-traitante.

La recourante se défause en substance de sa responsabilité en imputant tous les torts à la société à qui elle a délégué l'exécution de certains chantiers, respectivement à l'associé-gérant de cette dernière. Or, cette simple allégation ne peut suffire à renverser la présomption découlant des indices rappelés ci-avant (cf. supra consid. 2.3). En particulier, le fait que la société sous-traitante n'a pas rempli ses obligations auprès des assurances sociales, en ne s'acquittant pas des primes et cotisations dues, ne dispense pas la recourante de sa propre responsabilité, dont notamment celle d'être en mesure de démontrer, au degré de la vraisemblance prépondérante, qu'elle a bien versé sa rétribution à un employeur. Si cette solution peut certes sembler sévère, elle n'en demeure pas moins appropriée dans la mesure où elle vise à garantir la perception des cotisations sociales.

C'est dès lors à juste titre que la Caisse a retenu que des cotisations étaient dues par la recourante sur les montants versés à B. _____ Sàrl.

Dans la mesure où le calcul desdites cotisations n'est pas formellement remis en cause par la recourante, la Cour ne voit nul motif de remettre en question le montant du décompte établi par la Caisse intimée.

4.

Partant, le recours doit être rejeté et la décision sur opposition du 26 janvier 2023 confirmée.

Depuis le 1^{er} janvier 2021, les procédures ne concernant pas les prestations ne sont plus soumises au principe de la gratuité et deviennent également payantes pour les assureurs (cf. Message du Conseil fédéral du 2 mars 2018 concernant la modification de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, FF 2018 1597, 1616). Les frais de procédure sont fixés à CHF 800.- et mis à la charge de la recourante qui succombe. Ils sont compensés par l'avance de frais versée le 8 mars 2023.

Succombant, la recourante n'a pas droit à des dépens.

(dispositif en page suivante)

la Cour arrête :

- I. Le recours est rejeté.
- II. Des frais de procédure, par CHF 800.-, sont mis à la charge de A. _____ Sàrl. Ils sont compensés par l'avance de frais versée par cette dernière.
- III. Il n'est pas alloué de dépens.
- IV. Notification.

Un recours en matière de droit public peut être déposé auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans un délai de 30 jours dès sa notification. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi le jugement attaqué viole le droit. Les moyens de preuve en possession du (de la) recourant(e) doivent être joints au mémoire de même qu'une copie du jugement, avec l'enveloppe qui le contenait. La procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite.

Fribourg, le 26 janvier 2024/mba

La Présidente

Le Greffier-rapporteur