

GE_GERICHTE ATAS/174/2021 vom 1. März 2020

GE Cour de justice, 2020-03-01, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_174_2021

FR: GE_GERICHTE ATAS/174/2021 du 1 mars 2020

IT: GE_GERICHTE ATAS/174/2021 del 1 marzo 2020

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 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). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

Aux termes de l'art. 70 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA-GE - E 5 10), l'autorité peut, d'office ou sur requête,

A/2233/2020 - 6/14 - joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation identique ou à une cause juridique commune. En l'espèce, au vu de la connexité matérielle des causes, il se justifie de joindre les causes A/2233/2020 et A/2455/2020, sous la cause A/2233/2020.

E. 3

Les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'AVS, à moins que la loi n'y déroge expressément (art. 1 al. 1 LAVS). Le 1er janvier 2021 est entrée en vigueur la modification du 21 juin 2019 de la LPGA. Toutefois, dans la mesure où le recours était, au 1er janvier 2021, pendant devant la chambre de céans, il reste soumis à l'ancien droit (cf. art. 83 LPGA).

E. 4

Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, les recours sont recevables (art. 56 et ss LPGA).

E. 5

A ce stade de la procédure et tel que circonscrit par les conclusions des recours, le litige porte exclusivement sur les reprises de salaire perçus par M. C_____ et le recourant entre 2011 et 2014, en particulier sur la question de savoir si les versements à la pension britannique, effectués par la recourante en faveur de ces derniers, étaient soumis à cotisations sociales.

E. 6

En préambule, la chambre de céans constate que bien que les reprises de salaire de M. C_____ ne lui aient pas été notifiées, son appel en cause n'est pas nécessaire, puisque son domicile se trouve à l'étranger (cf. arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 144/05 du 6 septembre 2006 consid. 3.1).

E. 7

La chambre de céans relève ensuite que la présente cause révèle un élément d'extranéité puisque tant M. C _____ que le recourant, s'ils étaient domiciliés en Suisse pendant les périodes en cause, sont tous deux de nationalité britannique (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_156/2010 du 20 avril 2011 consid. 3). Dans ces circonstances, le juge examine d'office la question du droit applicable au litige (cf. ATF 130 I 312 consid. 1.2). L'art. 153a LAVS prévoit pour les personnes qui sont ou qui ont été soumises à la législation sur la sécurité sociale de la Suisse ou d'un ou de plusieurs États de l'Union européenne et qui sont des ressortissants suisses ou des ressortissants de l'un des États de l'Union européenne, que les actes ci-après, dans leur version qui lie la Suisse en vertu de l'annexe II, section A, de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681) sont applicables aux prestations comprises dans le champ d'application de la présente loi : le règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (RS 0.831.109.268.1 ; ci-après : règlement n° 883/2004) (let. a) ; le règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (RS 0.831.109.268.11)

A/2233/2020 - 7/14 - (let. b) ; le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (RO 2004 121 ; ci-après : règlement n° 1408/71) (let. c) ; le règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (let. d).

E. 8

En l'espèce, la Grande-Bretagne, dont sont originaires M. C _____ et le recourant, était un pays membre de l'Union européenne durant la période litigieuse (années 2011 à 2014). Partant, l'ALCP ainsi que les règlements précités s'appliquent au présent litige.

E. 9

a. Jusqu'au 31 mars 2012, les parties contractantes appliquaient entre elles le règlement n° 1408/71. L'art. 2 § 1 du règlement n° 1408/71 prévoit son application aux travailleurs salariés ou non salariés et aux étudiants qui sont ou ont été soumis à la législation d'un ou de plusieurs États membres et qui sont des ressortissants de l'un des États membres ou bien des apatrides ou des réfugiés résidant sur le territoire d'un des États membres ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants. Les art. 13 à 17a du règlement n° 1408/71 contiennent les règles de coordination générales pour déterminer le droit applicable. Selon l'art. 13 § 1 du règlement n° 1408/71, sous réserve des art. 14quater et 14septies, les personnes auxquelles le règlement est applicable ne sont soumises qu'à la législation d'un seul État membre. Cette législation est déterminée conformément aux dispositions du titre II. L'art. 13 § 2 let. a du règlement n° 1408/71 dispose que sous réserve des art. 14 à 17, la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un État membre est soumise à la législation de cet État, même si elle réside sur le territoire d'un autre État membre ou si

l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre Etat membre. Les art. 14quater et 14septies du règlement n° 1408/71 définissent la législation applicable aux personnes exerçant simultanément une activité salariée et une activité non salariée sur le territoire de différents Etats membres, contiennent certaines dispositions spéciales non pertinentes en l'espèce et définissent les règles applicables à certains fonctionnaires. b. Une décision n° 1/2012 du Comité mixte du 31 mars 2012 (RO 2012 2345) a actualisé le contenu de l'annexe II ALCP avec effet au 1er avril 2012 en prévoyant, en particulier, que les Parties appliqueraient désormais entre elles le règlement n° 883/2004, modifié par le règlement (CE) n° 988/2009. Le règlement n° 883/2004 - qui a donc remplacé le règlement n° 1408/71 - n'ouvre toutefois aucun droit pour la période antérieure à la date de son application (ATF 138 V 392 consid. 4.1.3 p. 396).

A/2233/2020 - 8/14 - Aux termes de l'art. 2 § 1 du règlement n° 883/2004, le présent règlement s'applique aux ressortissants de l'un des Etats membres, aux apatrides et aux réfugiés résidant dans un Etat membre qui sont ou ont été soumis à la législation d'un ou de plusieurs Etats membres, ainsi qu'aux membres de leur famille et à leurs survivants. Selon l'art. 11 du règlement n° 883/2004, les personnes auxquelles le règlement est applicable ne sont soumises qu'à la législation d'un seul Etat membre. Cette législation est déterminée conformément au titre II (§ 1). Pour l'application de ce titre, les personnes auxquelles est servie une prestation en espèces du fait ou à la suite de l'exercice de son activité salariée ou non salariée sont considérées comme exerçant cette activité. Cela ne s'applique pas aux pensions d'invalidité, de vieillesse ou de survivant, ni aux rentes pour accident de travail ou maladie professionnelle, ni aux prestations de maladie en espèces couvrant des soins à durée illimitée (§ 2). Sous réserve des art. 12 à 16 la personne qui exerce une activité salariée ou non salariée dans un Etat membre est soumise à la législation de cet Etat membre (let. a § 3). c. Les règles de conflit contenues dans le règlement n° 883/2004 diffèrent peu de celles du règlement n° 1408/71 (ATF 140 V 98 consid. 6.3). Le règlement n° 883/2004 maintient le principe de l'unicité du droit et consacre également le principe de la *lex loci laboris* à son art. 11 § 3 let. a (arrêt du Tribunal fédéral 9C_105/2016 du 5 avril 2016 consid. 3.1).

E. 10

En l'espèce, lorsque M. C _____ et le recourant ont travaillé en Suisse, entre 2011 et 2014, ceux-ci étaient soumis, en matière de sécurité sociale, au droit suisse, ce qui au demeurant n'est pas contesté par les parties.

E. 11

Selon la législation suisse, toute personne physique domiciliée en Suisse est en principe assujettie à l'AVS, conformément à l'art. 1a al. 1 LAVS. L'art. 5 LAVS dispose qu'une cotisation de 4.2 % est perçue sur le revenu provenant d'une activité dépendante, appelé ci-après salaire déterminant (al. 1). Le salaire déterminant comprend 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 (al. 2). Le Conseil fédéral peut excepter du salaire déterminant les prestations sociales, ainsi que les prestations d'un employeur à ses employés ou ouvriers lors d'événements particuliers (al. 4). Font partie de la rémunération

au sens de cette disposition toutes les sommes touchées par le salarié si leur versement est économiquement lié au contrat de travail, peu importe 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. On considère donc comme revenu d'une activité salariée soumise à

A/2233/2020 - 9/14 - cotisations non seulement les rétributions versées pour un travail effectué, mais en principe toute indemnité ou prestation ayant une relation avec les rapports de travail, pour autant qu'elle ne soit pas exonérée de cotisations en vertu de dispositions légales expresses (ATF 133 V 153 consid. 3.1). En d'autres termes, tous les revenus en lien avec des rapports de travail et qui n'auraient pas été perçus sans ces rapports entrent dans la définition du salaire déterminant (ATF 131 V 444 consid. 1.1). Pour déterminer si un élément fait partie du salaire déterminant, il y a lieu de se fonder sur l'objet de la prestation. Ainsi, l'obligation de cotiser peut également être donnée lorsque l'auteur de la libéralité n'est pas l'employeur. À titre d'exemple, les libéralités d'un fonds patronal de bienfaisance sont fondamentalement soumises à cotisations en tant que prestations discrétionnaires (ATF 137 V 321 consid. 2.2.1, 2.2.2 et 3.1).

E. 12

a. L'art. 7 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS - RS 831.101) énumère plusieurs rémunérations entrant dans le salaire déterminant, parmi lesquelles le salaire au temps, aux pièces (à la tâche) et à la prime, y compris les indemnités pour les heures supplémentaires, le travail de nuit et en remplacement (let. a), les gratifications, les primes de fidélité et au rendement (let. c), les prestations accordées par les employeurs pour compenser les pertes de salaire par suite d'accident ou de maladie (let. m), les prestations de l'employeur consistant à prendre en charge la cotisation due par le salarié à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, au régime des allocations pour perte de gain et à l'assurance-chômage et les impôts; est exceptée la prise en charge des cotisations dues par le salarié sur les revenus en nature et les salaires globaux (let. p); les prestations versées par l'employeur lors de la cessation des rapports de travail, si elles ne sont pas exceptées du salaire déterminant en vertu des art. 8bis ou 8ter; les rentes sont converties en capital; l'OFAS établit à cet effet des tables de conversion dont l'usage est obligatoire (let. q). La liste contenue à l'art. 7 RAVS n'est qu'exemplative (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 220/99 du 2 juillet 2001 consid. 6). b. L'art. 8 RAVS exclut du salaire déterminant certaines prestations de l'employeur. Ne sont ainsi pas comprises dans ledit salaire notamment les cotisations réglementaires versées par l'employeur à des institutions de prévoyance qui remplissent les conditions d'exonération fiscale de la LIFD [loi fédérale sur l'impôt fédéral direct - RS 642.11] (let. a) et les cotisations de l'employeur aux assureurs maladie et accidents de leurs salariés et aux caisses de compensation pour allocations familiales, si tous les salariés sont traités de la même manière (let. b). La liste des prestations figurant dans cette disposition est exhaustive (ATF 106 V 133 consid. 1). Pour que des prestations tombent sous le coup de l'exception prévue à l'art. 8 let. a RAVS, il doit ainsi s'agir de cotisations réglementaires, à savoir des versements à la prévoyance professionnelle qui, comme l'indique leur caractère d'assurance, ont été fixés de manière contraignante (de par la loi ou par contrat) avant la survenance du

A/2233/2020 - 10/14 - risque assuré et qui doivent être versés par l'employeur pendant les rapports de prévoyance ou plus tard lors de la survenance du cas d'assurance (ATF 133 V 556 consid. 7.6). Il ne suffit notamment pas que le règlement autorise de tels versements, mais il doit les prescrire (arrêt du Tribunal fédéral 9C_157/2009 du 6 juillet 2009 ; arrêt du

Tribunal fédéral des assurances H 152/06 du 19 décembre 2006 consid. 3.1). Pour qu'une prestation tombe sous le coup de l'exception prévue à l'art. 8 let. a RAVS, il doit s'agir d'une prestation réglementaire, soit d'une prestation que l'employeur est tenu de verser en vertu de dispositions normatives qu'il ne peut modifier (ATF 133 V 556 consid. 7.4).

L'exonération suppose, d'une part, que les contributions de l'employeur soient affectées exclusivement et irrévocablement à la prévoyance professionnelle en faveur des salariés ou de leurs survivants et, d'autre part, que les principes d'adéquation, de collectivité, d'égalité de traitement et de planification ainsi que le principe d'assurance soient respectés conformément aux art. 1 ss OPP 2 (Michel VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance- invalidité [AI], 2011, n° 375 p. 120).

E. 13

Les Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (ci-après DSD), publiées par l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après l'OFAS), dans leur version valable dès le 1er janvier 2008, précisent que les contributions (cotisations périodiques et sommes de rachat) versées par l'employeur à des institutions de prévoyance en faveur des salariés ne sont exceptées du salaire déterminant que si et dans la mesure où les statuts ou le règlement de l'institution de prévoyance les prescrivent obligatoirement. Une règle non-contraignante ne suffit pas. S'il est prévu que l'employeur prenne à sa charge les cotisations courantes du salarié et/ou qu'il prenne part au rachat, sans que soit toutefois fixée l'étendue (pourcentage ou montant) de sa contribution, celle-ci n'est pas obligatoirement prescrite. Il faut, par ailleurs, que ces institutions de prévoyance remplissent les critères d'exonération fiscale de la LIFD (DSD n° 2165). L'exonération fiscale selon la LIFD implique que les contributions de l'employeur soient affectées exclusivement et irrévocablement à la prévoyance professionnelle en faveur des salariés ou de leurs survivants (DSD n° 2166). Les principes d'adéquation, de collectivité, d'égalité de traitement et de planification ainsi que le principe d'assurance sont réglés dans le droit de la prévoyance professionnelle (art. 1 et ss OPP 2). L'autorité de surveillance des institutions de prévoyance professionnelle compétente examine si ces principes sont respectés (DSD n° 2167). Les cotisations versées par les employeurs qui ne sont pas prescrites ou ne le sont pas obligatoirement par les statuts ou le règlement de l'institution de prévoyance professionnelle font partie du salaire déterminant (DSD n° 2168).

E. 14

Selon l'art. 56 let. e LIFD, sont exonérés de l'impôt les institutions de prévoyance professionnelle d'entreprises qui ont leur domicile, leur siège ou un établissement

A/2233/2020 - 11/14 - stable en Suisse et d'entreprises qui ont avec elles des liens étroits, à condition que les ressources de ces institutions soient affectées durablement et exclusivement à la prévoyance en faveur du personnel. Cette disposition correspond sur le plan matériel à l'art. 80 al. 2 LPP, dont elle reprend ainsi le principe (Message du Conseil fédéral du 1er mai 1984 concernant l'adaptation de l'impôt fédéral direct à la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, FF 1984 II 749, 757). L'exonération fiscale est liée au domicile en Suisse, non seulement de l'institution de prévoyance, mais aussi de l'entreprise fondatrice (propre fondation de prévoyance) ou des entreprises affiliées (fondation commune ou collective), l'art. 56 lit. e se référant toutefois également aux entreprises étrangères dans la mesure où elles ont des liens étroits avec l'entreprise suisse affiliée à l'institution de prévoyance en Suisse (cf. Message du Conseil fédéral du 1er mai 1984

concernant l'adaptation de l'impôt fédéral direct à la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, FF 1984 II 749, 757 ; Gladys LAFFELY MAILLARD, Commentaire romand de la LIFD, Bâle 2017, n° 28 ad art. 56).

E. 15

a. En l'espèce, les recourants s'opposent à la reprise des salaires de M. C _____ et du recourant, estimant que les versements effectués à la caisse de pension britannique doivent être exemptés du salaire déterminant soumis à cotisations sociales, puisqu'en tant que cotisations à une caisse de pension, ils sont exonérés fiscalement en Angleterre et que ce système devrait être le même en Suisse, conformément à la Convention. En outre, ils allèguent que ces cotisations sont obligatoires, contrairement à ce qu'indique l'intimée, et n'ont pas été payées aux employés, de sorte qu'elles ne font pas partie de leur rémunération.

b. L'intimée considère quant à elle que ces versements constituent de la rémunération soumise à cotisation et ne remplissent pas les conditions d'exemption du salaire déterminant.

c. En l'occurrence, les versements litigieux sont des cotisations à la caisse de pension britannique en faveur de certains employés de la recourante, tels que M. C _____ et le recourant. Contrairement à ce que semblent penser les recourants, les questions de coordinations en matière de sécurité sociale entre l'Angleterre et la Suisse étaient, durant la période litigieuse, exclusivement réglées par les règlements européens susmentionnés, et non par la Convention, qui ne trouve pas application en matière de soumission à cotisations sociales. L'art. 8 let. a RAVS opère certes un renvoi à la LIFD, mais uniquement pour la question de savoir si des institutions de prévoyance, auxquelles les cotisations réglementaires sont versées par l'employeur, remplissent les conditions d'exonération fiscale. Ce renvoi aux règles fiscales ne concerne ainsi que les institutions de prévoyance, et non de manière générale toutes les questions de

A/2233/2020 - 12/14 - soumission à cotisations sociales. Or les recourants semblent faire un amalgame entre notions fiscales et assurances sociales. Comme relevé précédemment, le droit suisse, qui s'applique en l'espèce, prévoit que le salaire perçu par M. C _____ et le recourant, alors qu'ils exerçaient leur activité en Suisse, est soumis à cotisations sociales. Il convient donc d'examiner si les versements effectués par la recourante à la caisse de pension britannique constituent du salaire soumis à cotisations sociales. Ces versements ont été effectués par la recourante, mais ils l'ont été en faveur de ses deux employés, en lien avec les rapports de travail qui les liaient, et ce, à titre de cotisation de l'employeur à la caisse de pension de ses employés. A défaut de tels rapports de travail, ces versements ne seraient pas intervenus puisqu'ils sont intimement liés aux rapports de travail. Certes les employés n'ont pas directement touché les montants en cause, cependant, au moment de leur retraite, ils pourront prétendre à des prestations de la caisse de pension britannique, pour laquelle la recourante aura cotisé en leurs noms. Force est donc de constater que ces versements font bel et bien partie de la rémunération de M. C _____ et du recourant et, donc, du salaire déterminant soumis à cotisation au sens de l'art. 5 LAVS. Il convient encore d'examiner si, comme le prétendent les recourants, ces versements seraient exemptés du salaire déterminant. Les exceptions du salaire déterminant sont listées à l'art. 8 RAVS et la lettre a de cette disposition prévoit l'exemption des cotisations réglementaires versées par l'employeur à des institutions de prévoyances qui remplissent les conditions d'exonération fiscale de la LIFD. La question de savoir si les cotisations litigieuses sont réglementaires peut rester en suspens, puisque la caisse de pension britannique, à laquelle la recourante a versé lesdites cotisations, ne remplit clairement pas les conditions d'exonération fiscale de

la LIFD. Cette loi prévoit expressément que pour être exonérée d'impôt, l'institution de prévoyance doit avoir son domicile, son siège ou un établissement stable en Suisse (cf. art. 56 let. e LIFD), ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En effet, il n'est nullement établi et les recourants ne le prétendent pas, que la caisse de pension britannique, à qui les versements ont été effectués, aurait son domicile, son siège ou un établissement stable en Suisse. L'art. 8 RAVS liste de manière exhaustive les exceptions du salaire déterminant, or aucune autre hypothèse prévue à cette disposition n'est pertinente ici. En conséquence, les versements effectués par la recourante à la caisse de pension britannique ne peuvent être exemptés du salaire déterminant et la décision de l'intimée devra être confirmée.

E. 16

Eu égard à ce qui précède, les recours, mal fondés, sont rejetés.

A/2233/2020 - 13/14 - Pour le surplus la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/2233/2020 - 14/14 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES
SOCIALES : Statuant Préalablement :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.