

# **GE\_GERICHTE ATAS/578/2016 vom 11. Juli 2016**

GE Cour de justice, 2016-07-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_578\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_578_2016)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/578/2016 du 11 juillet 2016

IT: GE\_GERICHTE ATAS/578/2016 del 11 luglio 2016

## **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) en vigueur dès le 1er janvier 2011, 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**

À teneur de l'art. 1 al. 1 LAVS, les dispositions de la LPGA s'appliquent aux art. 1 à 97 LAVS, à moins que la loi n'y déroge expressément. Toutefois, les modifications légales contenues dans la LPGA constituent, en règle générale, une version formalisée dans la loi de la jurisprudence relative aux notions correspondantes avant l'entrée en vigueur de la LPGA ; il n'en découle aucune modification du point de vue de leur contenu, de sorte que la jurisprudence développée à leur propos peut être reprise et appliquée (ATF 130 V 343 consid. 3).

### **E. 3**

Le délai de recours est de 30 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, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA et 62 ss LPA).

### **E. 4**

Le litige consiste à déterminer si c'est à juste titre que l'intimée a prélevé des cotisations sociales sur le montant de la part « employé » des cotisations de prévoyance professionnelle de M. D\_\_\_\_\_ pour les années 2010, 2011 et 2012, étant relevé que les montants retenus par l'intimée ne sont pas contestés en tant que tels.

A/489/2015 - 7/12 - On notera encore que les décisions portant sur les intérêts moratoires ne font pas formellement l'objet du litige, dès lors que l'intimée ne s'est pas prononcée à ce sujet dans la décision sur opposition. Cela étant, les décisions relatives aux intérêts moratoires ont un caractère accessoire par rapport aux décisions de cotisations (ATF 119 V 233 consid. 4). Les intérêts sont donc indissolublement liés aux cotisations (ATF 131 V 4 consid. 3.2). Partant, les décisions y relatives devront suivre le sort de la créance principale.

### **E. 5**

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). Pour les membres de la famille travaillant dans l'entreprise familiale, seul le salaire en espèces est considéré comme salaire déterminant : jusqu'au 31 décembre de l'année où ils ont 20 ans révolus (al. 3 let. a) ; après le dernier jour du mois où les femmes atteignent l'âge de 64 ans, les hommes l'âge de 65 ans (al. 3 let. b). 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 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. 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. 7**

Selon l'art. 1 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP - RS 831.40), la prévoyance professionnelle comprend l'ensemble des mesures prises sur une base collective pour permettre aux personnes âgées, aux survivants et aux invalides, ensemble avec les prestations de l'assurance vieillesse, survivants et invalidité fédérale (AVS/AI), de maintenir leur niveau de vie de manière appropriée, lors de la réalisation d'un cas d'assurance vieillesse, décès ou invalidité (al. 1). Le salaire assuré dans la prévoyance professionnelle ou le revenu assuré des travailleurs indépendants ne doit pas dépasser le revenu soumis à la cotisation AVS (al. 2). Le Conseil

fédéral précise les notions d'adéquation, de collectivité, d'égalité de traitement, de planification et le principe d'assurance. Il peut fixer un âge minimal pour la retraite anticipée (al. 3). Les principes mentionnés à l'art. 1 al. 3 LPP sont définis aux art. 1 à 1h de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2 - RS 831.441.1). L'art. 66 LPP stipule que l'institution de prévoyance fixe dans ses dispositions réglementaires le montant des cotisations de l'employeur et de celles des salariés. La somme des cotisations (contributions) de l'employeur doit être au moins égale à la somme des cotisations de tous les salariés. La contribution de l'employeur ne peut être fixée plus haut qu'avec son assentiment (al. 1). L'employeur est débiteur

A/489/2015 - 9/12 - de la totalité des cotisations envers l'institution de prévoyance. Celle-ci peut majorer d'un intérêt moratoire les cotisations payées tardivement (al. 2). L'employeur déduit du salaire les cotisations que les dispositions réglementaires mettent à la charge du salarié (al. 3).

### **E. 8**

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 fixé 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. 9**

a. En l'occurrence, la recourante a produit un contrat de travail, document qui n'est ni daté ni signé. Toutefois, rien ne permet de considérer que les cocontractants auraient en définitive signé une autre version, ce que les intéressés ne prétendent au demeurant pas. Le contrat de travail prévoit à son art. 10 : « Sont déduites du salaire brut et des primes, toutes les cotisations sociales obligatoires prévues par la législation suisse ». L'art 11 mentionne : « L'employé est assuré conformément à la loi sur la prévoyance professionnelle (LPP) ». Ainsi, force est de constater que ce document ne prévoit nullement la prise en charge intégrale par l'employeur des cotisations de prévoyance professionnelle.

A/489/2015 - 10/12 - b. S'agissant du plan de prévoyance professionnelle, la recourante et M. D\_\_\_\_\_ ont signé le 12 mai 2011 le contrat n° 1\_\_\_\_\_, prenant effet au 1er janvier

2011, lequel stipule notamment sous chiffre 4.2 : « Les contributions nécessaires au financement des mesures de prévoyance sont versées conjointement par l'employeur et par les personnes assurées. La personne assurée verse annuellement : - 50% des contributions pour les prestations de vieillesse - 50 % des contributions pour les prestations de risque - 50% des contributions aux coûts - 50% des contributions pour le fonds de garantie »

Bien que les parties n'aient pas produit le contrat de prévoyance de M. D\_\_\_\_\_ pour 2010, la chambre de céans relèvera que le document d'AXA intitulé « Etat des assurances au 1.6.2010 » concernant M. D\_\_\_\_\_ fait référence au contrat n° 1\_\_\_\_\_, soit le même que celui qui a pris effet au 1er janvier 2011, et mentionne clairement le montant de la contribution du salarié pour 2010. Enfin, le certificat personnel de M. D\_\_\_\_\_, dès le 1er janvier 2011, indique que sa contribution totale pour 2011 est de CHF 5'480.20, dont CHF 2'740.10 pour la prévoyance vieillesse. c. Les pièces produites dans le cadre de la présente procédure attestent qu'aucun contrat ou règlement ne contraignait la recourante à prendre en charge la part de M. D\_\_\_\_\_ à la prévoyance professionnelle. C'est donc de son plein gré que la recourante a versé les cotisations afférentes à la prévoyance professionnelle, et non en vertu d'une obligation réglementaire ou légale.

#### **E. 10**

Dans ces conditions, force est de conclure que la part « employé » des cotisations versées par la recourante ne peut pas être exemptée du salaire. Il n'est dès lors pas nécessaire d'examiner si les principes d'assurance, d'adéquation, de collectivité, d'égalité de traitement et de planification sont respectés. Partant, la décision de l'intimée devra être confirmée.

#### **E. 11**

La chambre de céans rappellera encore qu'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. Lorsqu'une caisse de compensation fixe le montant des cotisations paritaires par voie de décision, elle crée une obligation aussi bien à l'égard de l'employeur que du salarié (voir les art. 4 et 5, ainsi que les art. 12 et 13 LAVS). Ces derniers sont touchés de la même manière par la décision, si bien que celle-ci doit être notifiée tant à l'employeur qu'au salarié. À cet égard, la jurisprudence a précisé que le droit d'être entendu des salariés concernés par une décision relative à des cotisations

A/489/2015 - 11/12 - paritaires et, par conséquent, celui d'obtenir la notification d'une telle décision, doit, sous réserve d'exceptions admises pour des raisons pratiques, être respecté tant lorsque la qualification de l'activité des travailleurs est en cause que lorsque c'est la nature de certains versements qui est litigieuse. D'une manière générale, cette procédure doit être appliquée chaque fois que l'on est en présence d'une reprise de salaires déterminants. Lorsqu'il apparaît que le salarié doit être mis en mesure de recourir lui-même contre la décision de cotisations paritaires, c'est d'abord à la caisse de compensation qu'il incombe de lui notifier cette dernière. L'autorité de recours qui s'aperçoit de l'omission peut, mais ne doit pas nécessairement y remédier elle-même, en invitant le salarié intéressé à intervenir dans la procédure de recours. Des exceptions à cette règle sont toutefois admises, par exemple lorsque le nombre des salariés est élevé, quand le domicile des salariés se trouve à l'étranger ou n'est pas connu, ou encore lorsqu'il s'agit de montants de cotisations de minime importance (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 144/05 du 6

septembre 2006 consid. 3.1 et les références). En l'espèce, compte tenu des sommes litigieuses, la chambre de céans a renoncé à appeler M. D\_\_\_\_\_ en cause. Cette solution est également motivée par les déclarations conformes de la recourante et de l'intéressé, lesquels ont insisté sur le fait qu'il avait été convenu entre eux que les cotisations seraient prises en charge par la recourante. Il apparaît donc tout à fait improbable que cette dernière décide de demander à M. D\_\_\_\_\_ le remboursement de sa part des contributions.

**E. 12**

Eu égard à ce qui précède, le recours, mal fondé, est rejeté et la décision sur opposition du 13 janvier 2015 confirmée. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/489/2015 - 12/12 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES  
SOCIALES : Statuant À la forme :

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