

GE_GERICHTE ATAS/782/2013 vom 19. August 2013

GE Cour de justice, 2013-08-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_782_2013

FR: GE_GERICHTE ATAS/782/2013 du 19 août 2013

IT: GE_GERICHTE ATAS/782/2013 del 19 agosto 2013

Erwägungen

E. 1

La Chambre des assurances sociales de la Cour de justice statue en instance unique conformément à l'art. 22 de la loi fédérale sur les allocations familiales du 24 mars 2006 (LAFam; RS 836.2) en matière d'allocations familiales fédérales et conformément à l'art. 134 al. 3 let. e de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en matière d'allocations familiales cantonales. Il en va de même des contestations. La Chambre des assurances sociales statue également en instance unique sur les contestations relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit ainsi qu'aux prétentions en responsabilité (art. 52, 56a, al. 1, et art. 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 ; art. 142 code civil; art. 134 al. 1 let. b LOJ). Sa compétence matérielle pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

A/3928/2012 - 8/13 - La Cour est également compétente à raison du lieu, au vu du lieu d'exploitation de la recourante (art. 73 al. 3 LPP). Interjetés dans le délai et la forme prescrits, les recours sont recevables (art. 60 al. 1 et art. 61 let. b LPGA).

E. 2

En premier lieu, il convient de déterminer si la réplique formée par la recourante le 11 mars 2013 peut être considérée comme un recours contre la décision sur opposition du 18 février 2013. Dans sa réplique, la recourante indique qu'un délai lui avait été octroyé pour répliquer et que la Cour lui avait transmis la décision du 18 février 2013, en rappelant ce délai. Elle ne précise, certes, pas expressément dans sa réplique qu'elle recourt également contre la décision sur opposition. La recourante prend cependant position sur les arguments de l'intimée, y compris ceux contenus dans la décision du 18 février 2013. Par ailleurs, le principe de soumettre à cotisation sociale les débits opérés par les actionnaires au travers de leur compte courant ouvert auprès de la recourante a été admis dans l'ensemble des décisions rendues. En outre, dans ses déterminations dans la présente procédure, la Caisse s'est toujours prononcée sur l'ensemble des cotisations sociales qu'elle réclame pour les années 2008 et 2009. Partant et afin d'éviter de tomber dans un formalisme excessif, la Cour retiendra qu'elle a également été saisie d'un recours contre la décision sur opposition se rapportant aux autres cotisations sociales pour lesquelles la voie de l'opposition était ouverte, recours qui relèvent également de sa compétence (art. 134 let. a LOJ). Quoi qu'il en soit, l'intimée a indiqué en audience que, dans l'hypothèse où le présent recours s'écarterait de sa position, elle reverrait les autres décisions en conséquence. Il n'y a ainsi pas de risque de décisions contradictoires.

E. 3

Le litige porte sur la question de savoir si les montants portés en compte sur le compte courant de MM. L_____ et M_____, en 2008 et 2009, constituent du salaire et sont, à ce titre, soumis aux cotisations sociales. 3a. Le salaire déterminant pour la perception des cotisations comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé (art. 5 al. 2 LAVS). Font partie de ce 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. On considère donc comme revenu d'une activité salariée, soumis à cotisations, non seulement les rétributions versées pour un travail effectué, mais en principe toute indemnité ou prestation ayant une relation quelconque avec les rapports de service, dans la mesure où ces prestations ne sont pas franches de cotisations en vertu de prescriptions légales expressément formulées. Selon cette description du salaire déterminant, sont en principe soumis à

A/3928/2012 - 9/13 - l'obligation de payer les cotisations paritaires tous les revenus liés à des rapports de travail ou de service qui n'auraient pas été perçus sans ces rapports. Inversement, l'obligation de payer des cotisations ne concerne en principe que les revenus qui ont été effectivement perçus par le travailleur (ATF 131 V 444 consid. 1.1). 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). 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). b. Les dividendes sont en principe des revenus provenant de la fortune qui ne sont pas soumis à cotisation. Lorsqu'une société anonyme alloue des prestations à des employés qui sont en même temps actionnaires de celle-ci, il s'agit, pour déterminer les contributions de l'assurance sociale, de savoir si et dans quelle mesure ces prestations correspondent à une rémunération du travail (salaire déterminant) ou à une distribution (cachée) du bénéfice (revenu du capital). Pour opérer une telle délimitation entre le revenu du capital et le salaire déterminant, il faut se fonder sur la nature et la fonction de l'avantage concédé, la qualification juridique ou économique donnée par les parties n'étant à cet égard pas décisive. Selon les circonstances, les sommes prélevées sur le bénéfice net d'une société anonyme peuvent être considérées comme un salaire déterminant, par exemple si elles sont distribuées aux administrateurs sous forme de tantièmes (art. 7 let. h RAVS). Il s'agit d'une rémunération qui trouve un fondement suffisant dans les rapports de travail. Les prestations qui ne peuvent être justifiées par les rapports de travail ne font pas partie du salaire déterminant. De telles distributions de bénéfice sont considérées comme des prestations pécuniaires, c'est-à-dire des prestations qu'une société fournit à ses sociétaires, à elle-même ou à des personnes proches de ses sociétaires sans contrepartie correspondante, mais qu'elle ne fournirait pas à des tiers non concernés dans des circonstances identiques (ATF 134 V 297 consid. 2.1; 103 V 3; cf. aussi arrêt du Tribunal fédéral 9C_302/2011 du 22 juin 2011). Un dividende peut constituer du salaire lorsqu'il correspond à un rendement excessif du

capital investi. Dans l'arrêt publié aux ATF 134 V 297, le Tribunal

A/3928/2012 - 10/13 - fédéral a estimé qu'un dividende correspondant à un revenu de fortune allant jusqu'à 5,9% ne constituait pas un rendement manifestement trop élevé du capital d'une société anonyme. Il appartient aux caisses de compensation de juger de la question de savoir si une partie du revenu doit être qualifiée de salaire déterminant ou de revenu de capitaux. Elles sont cependant liées par les données de l'administration fiscale cantonale (art. 23 RAVS). Il convient, en effet, d'éviter que les différentes administrations aboutissent à des points de vue différents, à moins que des raisons impératives ne l'exigent. Il a ainsi été admis qu'en droit fiscal et au regard du droit des obligations, les tantièmes constituent du bénéfice, alors qu'en droit des assurances sociales, ils représentent du salaire.

c. Dans le domaine des assurances sociales, le juge ne peut pas considérer un fait comme prouvé seulement parce qu'il apparaît comme une hypothèse possible. Il fonde bien plutôt 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. 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 324 s. consid. 3.2 et 3.3; 126 V 360 consid. 5b; 125 V 195 consid. 2).

E. 4

En l'espèce, il apparaît que MM. L._____ et M._____ ont, en grande partie, acquis la société recourante au moyen du compte courant en leur faveur mis à disposition par celle-ci. En effet, les mensualités dues à l'ancien propriétaire de la société, M. O._____, étaient retirées de leur compte courant respectif, dont le négatif s'accroissait de mois en mois. Contrairement à ce qu'ont soutenu les deux actionnaires, aucun contrat de prêt n'a été conclu entre eux et la recourante pour les années litigieuses, à savoir 2008 et 2009. Les montants avancés par la société n'étaient, en outre, nullement garantis. Aucun gage n'a été constitué en faveur de la recourante et les actionnaires ne se sont, durant la procédure, pas caché du fait qu'ils n'auraient pas été en mesure de rembourser les montants en question. Le versement de 42'592 fr. 43 effectué le 31 décembre 2009 ne provient – comme d'autres montants remboursés à la société par la suite – pas de leurs propres deniers, mais de Z._____ SA. Il est d'ailleurs ressorti des explications des actionnaires à l'audience que le montant de 250'000 fr. imputé par année par l'administration fiscale à titre de remboursement de leurs dettes d'un total de 2,5 millions envers Z._____ SA, auprès de qui l'essentiel des dettes des divers comptes courants des actionnaires a été regroupé, est uniquement le montant sur lequel porte la taxation; il ne s'agit pas du montant effectivement remboursé par les actionnaires. La Cour constate ainsi qu'en 2008 et 2009, les actionnaires n'avaient ni la volonté ni les moyens de rembourser les montants avancés par la recourante sur leur compte courant. Or, à

A/3928/2012 - 11/13 - l'évidence, la société ne leur aurait pas octroyé de telles avances s'ils n'avaient pas été actionnaires. Par ailleurs, ces derniers ont expliqué en audience que l'achat de la recourante avait été "désastreux". Ils avaient dû déployer beaucoup d'énergie pour éponger les dettes de la société et réparer les erreurs de l'ancien directeur. Ainsi, leur rôle dans la société ne s'est pas limité à celui d'investisseurs; ils en ont été et en sont toujours les dirigeants. Les deux hommes ont expliqué qu'au vu de la situation financière difficile de la société, ils avaient décidé de ne pas s'octroyer d'honoraires ni de dividende. Certes, aucun versement intitulé "honoraires" ou "dividende" n'a eu lieu en 2008 et en 2009. Les actionnaires ont toutefois tiré un bénéfice substantiel de la société, sous la forme des

avances accordées par celle-ci par le truchement de leur compte courant ouvert auprès d'elle. Ces montants se sont élevés à 243'064 fr. (114'000 fr. pour M. L. _____ et 129'064 fr. pour M. M. _____) en 2008 et à 55'000 fr. en 2009 (30'500 fr. pour M. L. _____ et 24'500 fr. pour M. M. _____), soit un total de 298'064 fr. (144'500 fr. pour M. L. _____ et 153'564 fr. pour M. M. _____). Comme cela vient d'être exposé, les actionnaires ne disposaient pas des sommes nécessaires pour rembourser ces avances; il n'était d'ailleurs nullement dans leur intention de les restituer à un moment précis, déterminé d'avance. Il est exact qu'après la reprise des soldes débiteurs des comptes courants par Z. _____ SA, des contrats de prêt ont été conclus entre les actionnaires et cette dernière. Le prêt, dont le montant correspondait au solde débiteur de chacun d'eux, de 1'339'426 fr. 25 et 1'094'454 fr. 95, a été garanti par la totalité des actions détenues par chaque actionnaire. Or, l'organe de révision de Z. _____ SA a expressément relevé dans son rapport qu'il n'était pas en mesure de se prononcer sur la solvabilité des actionnaires, dont la dette envers la société constituait le principal actif, d'une part. D'autre part, la valeur de l'ensemble des actions a été estimée à 1'695'000 fr. en 2011, soit un montant inférieur à la dette des actionnaires. Par ailleurs, les dettes des actionnaires envers la recourante en 2008 (549'949 fr.) dépassaient le capital propre de celle-ci (511'341 fr.), voire équivalaient en 2009 celui-ci (532'698 fr. de créance en compte courant actionnaires et 548'021 fr. de capital propre). En outre, la dette en compte courant des actionnaires a continué à s'accroître par la suite et jusqu'au moment où elle a été reprise par Z. _____ SA. Au vu de ce qui précède, l'intimée a considéré à juste titre qu'il existait un risque important que la société doive passer en pertes tout ou partie des montants prélevés par les actionnaires sur les comptes courants. Enfin, au regard du capital investi par les actionnaires de 100'000 fr., les montants accordés à ceux-ci, en 2008 et 2009, représentent un rendement sur investissement

A/3928/2012 - 12/13 - excessivement élevé. En outre, il est d'usage que les dirigeants d'une société commerciale soient rémunérés. A cet égard, il est relevé qu'il n'est pas ressorti de l'audition des actionnaires que l'activité déployée pour XA. _____ SA incluait la direction de la recourante. Il ne peut donc être retenu, au degré de la vraisemblance prépondérante, que la rémunération perçue par XA. _____ SA rétribuait les actionnaires pour leur activité en faveur de la recourante. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, il se justifie, quand bien même les prélèvements effectués sur le compte courant des actionnaires n'ont formellement pas été comptabilisés à titre de dividende ou d'honoraires, de les qualifier de salaire au sens de la LAVS. Ces montants s'élèvent à 114'000 fr. en 2008 et 30'500 fr. en 2009 pour M. L. _____ et à 129'064 fr. en 2008 et 24'500 fr. en 2009 pour M. M. _____. L'annexe à la décision du 3 décembre 2012, intitulé "bordereau de prestations et cotisations sociales" reprend précisément ces montants pour les années 2008 et 2009. Ce bordereau détaille le calcul effectué par l'intimée des cotisations sociales dues en fonction des différents types d'assurances et d'activités (personnel administratif/personnel d'exploitation, travail/gratification/salaire complémentaire). Le montant de 129'534 fr. 85, figurant dans la décision du 3 décembre 2012, constitue la totalité des cotisations sociales dues par la recourante pour l'ensemble de ses employés pendant la période de 2008 à 2010. Seule la soumission à cotisations sociales de montants perçus par les actionnaires a été contestée; les autres montants retenus par l'administration n'ont pas été contestés. En cours de procédure, l'objet du litige a été restreint aux cotisations sociales relatives aux prestations perçues par les deux actionnaires en 2008 à 2009. Ainsi, après déduction des cotisations sociales calculées dans la décision du

3 décembre 2012 sur les prestations perçues par les deux actionnaires en 2010, le solde des cotisations dues par la recourante pour l'ensemble de ses employés pour les années 2008 et 2009 s'élève à 108'040 fr. 95. Contrairement à ce qu'a soutenu l'intimée, elle n'a donc pas pris comme base de calcul pour la perception des cotisations sociales la différence entre la somme de 200'000 fr. et les montants déclarés par une autre entité (XA_____ SA) à titre de salaire, mais s'est - à juste titre - fondée sur les montants perçus par les actionnaires par le truchement de leur compte courant en 2008 et 2009. En conclusion, les décisions querelles seront donc confirmées en tant qu'elles soumettent les avantages accordés aux actionnaires à cotisation sociale, et les recours seront partiellement admis en ce sens que le montant dû par la recourante est ramené à 10'8'040 fr. 95.

E. 5

La procédure est gratuite (art. 91 H LPA). * * *

A/3928/2012 - 13/13 -

PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme :

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