

## **GE\_GERICHTE A/1091/2008 vom 26. August 2008**

GE Cour de justice, 2008-08-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_1091\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1091_2008)

FR: GE\_GERICHTE A/1091/2008 du 26 août 2008

IT: GE\_GERICHTE A/1091/2008 del 26 agosto 2008

### **Volltext**

Genève Cour de justice (Cour de droit public) Chambre des assurances sociales 26.08.2008  
A/1091/2008

A/1091/2008 ATAS/920/2008 du 26.08.2008 ( AVS ) , REJETE Recours TF déposé le 06.10.2008, rendu le 06.03.2009, ADMIS, 9C\_824/2008 En fait En droit RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE A/1091/2008 ATAS/920/2008 ARRET DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES Chambre 2 du 26 août 2008 En la cause X\_\_\_\_\_ SA, domiciliée à CAROUGE, représenté par Y\_\_\_\_\_ SA recourante contre FER CIAM 106.1, domicilié Rue de St-Jean 98;case postale 5278, 1211 GENEVE 11 intimée EN FAIT X\_\_\_\_\_ SA (ci-après la société ou la recourante), détentrice de participations dans diverses sociétés, a vendu, à la fin de l'année 2001, ses participations à la société Z\_\_\_\_\_ ainsi que celles à la société XA\_\_\_\_\_ (ci-après les filiales). En raison des bons résultats de ces opérations, la société a versé des indemnités à quatre personnes salariées de l'une ou de l'autre de ces deux filiales, à savoir 2,4 millions à Monsieur R\_\_\_\_\_ (Z\_\_\_\_\_), et 127 500 F à Messieurs S\_\_\_\_\_ (Z\_\_\_\_\_), T\_\_\_\_\_ (Z\_\_\_\_\_ ) et U\_\_\_\_\_ (XA\_\_\_\_\_). Ces indemnités correspondaient à une indemnité de départ du groupe, en remerciement de la fidélité des salariés et des bons résultats obtenus. Elles ont été mises en compte au 31 décembre 2001, et la société avait provisionné le montant des cotisations sociales relatives à ces versements. Les sommes elles-mêmes ont été versées aux intéressés au début du mois de février 2002. Par courrier du 25 octobre 2002, la fiduciaire de la société a informé la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION (ci-après CCGC) des faits susmentionnés, lui demandant quelles étaient les conséquences du versement de cette indemnité, en faveur de Monsieur R\_\_\_\_\_, sur le plan des cotisations sociales compte tenu du fait que l'intéressé avait atteint l'âge de l'AVS en 2000. Une copie était adressée à la caisse de compensation FER CIAM 106.1 (ci-après la caisse) à laquelle est affiliée la société recourante, avec la question de savoir si cette indemnité était soumise à cotisations. Un formulaire intitulé « questionnaire pour l'employeur en cas de versement d'indemnités de départ et de prestations de prévoyance » a été adressé à la société, qui l'a rempli et retourné le 1er novembre 2002. Enfin, par courrier du 26 novembre 2002, la caisse a indiqué à la CCGC que l'employeur de M. R\_\_\_\_\_ ayant été la filiale Z\_\_\_\_\_ les cotisations sociales devaient être facturées au nom de cette filiale, elle-même n'ayant pas à intervenir dans le traitement de ce cas. En avril 2003, la caisse a procédé à un contrôle AVS de la société portant sur les années 1998 à 2001. Elle a rédigé un rapport interne en juin 2003, mentionnant les provisions pour indemnité de départ comptabilisées par la société en 2000 et 2001 pour les intéressés, et la date du versement de l'indemnité, le 4 février 2002. La caisse constatait que ces personnes n'étaient pas salariées de la société mais d'autres filiales, affiliées à une caisse de compensation de BALE. Par courrier du 12 juin 2003, la caisse a fait savoir à la société que les salaires déclarés pour les années en cause étaient

conformes à sa comptabilité. Par courrier du 29 novembre 2007, la fiduciaire a informé la caisse de compensation bâloise, à sa demande, des circonstances relatives au versement de l'indemnité à M. R\_\_\_\_\_, concluant qu'en aucun cas l'indemnité en question ne pouvait émarger sur les charges de personnel 2002 de la société Z\_\_\_\_\_ devenu ZA\_\_\_\_\_ SA, cet argent ayant été payé par la société recourante et non par la filiale. Des contacts ont eu lieu entre la caisse bâloise et la caisse intimée à ce sujet. Par décision du 10 décembre 2007, la caisse, indiquant faire suite au contrôle des déclarations de salaire pour la période 1998 à 2001, a sollicité de la société recourante le versement des cotisations sociales dues pour les quatre indemnités de départ susmentionnées. Cette décision a été confirmée sur opposition le 6 mars 2008. Le montant total du décompte rectificatif pour 2001 s'élève à 449 752 F 05. Selon la caisse, les indemnités en question relèvent en effet du salaire déterminant au sens de LAVS, et la société recourante ayant versé ces indemnités doit être considérée comme l'employeur, au sens de l'article 5 al. 2 LAVS. La prescription n'est pas atteinte, au sens de l'article 24 al. 1 LPGA et des exceptions prévues aux articles 6,8 et 10 LAVS. Dans son recours du 2 avril 2008, la société conclut à l'annulation de la décision litigieuse, d'une part en raison du fait que le rapport de contrôle effectué en 2003 est entré en force et ne peut être modifié, d'autre part parce que le droit de fixer les cotisations y relatives est prescrit. Sur cette question, elle allègue que les cotisations 2001 ne peuvent plus être réclamées après le 31 décembre 2006, et que celles de 2002 ne peuvent plus l'être après le 31 décembre 2007. Or, le passif du bilan de la société a été crédité du montant de ces indemnités au 31 décembre 2001, tandis que la même somme a été mise au débit au compte d'exploitation 2001. Les quatre bénéficiaires ne faisaient plus partie du groupe à partir du 1er janvier 2002, il n'était donc pas question de leur verser une rémunération en 2002. Peu importe que l'argent ait été effectivement sur le compte personnel des bénéficiaires au début de l'année 2002. Pour la société, la caisse ne cherche qu'à corriger une erreur commise au moment de son contrôle en 2003, ce qui n'est pas admissible. Dans sa réponse du 29 avril 2008, la caisse conclut au rejet du recours. S'agissant de la prescription, elle observe que les cotisations perçues sur le salaire déterminant sont dues pour l'année durant laquelle le salaire est acquis, de sorte que le délai de prescription part bien de 2002. S'agissant du contrôle de 2003, il s'agissait d'un contrôle AVS ordinaire des années 1998 à 2001 comme la note interne l'établit. Le contrôleur a vu les sommes comptabilisées en 2000 et 2001 à titre de provision pour indemnité de départ. Il a également constaté que ces quatre personnes n'étaient pas salariées de la société. La caisse n'avait donc pas, a priori, à prélever de cotisations sur ces sommes. Ce n'est qu'en novembre 2007, après un échange d'informations avec la caisse bâloise, qu'il s'est avéré que celle-ci n'avait pas perçu les cotisations sur les indemnités de départ, au motif que la société affiliée à la caisse bâloise n'avait pas versé ces sommes, et en particulier pas à titre de salaire 2002. La caisse avait alors réclamé les cotisations dues. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties, du 27 mai 2008, les faits ont été précisés à l'attention du Tribunal. La société a en outre indiqué ne pas contester le fait qu'elle doive des cotisations sociales sur les indemnités qu'elle a effectivement versées, mais le fait que la caisse puisse les réclamer en 2007, vu la prescription considérant que le point de départ du calcul est l'année 2001. Elle a ajouté, pièces à l'appui, que M. R\_\_\_\_\_ avait été imposé fiscalement sur cette indemnité en 2001. Sur quoi, la représentante de la caisse a sollicité un délai pour se déterminer à nouveau. Par courrier du 27 juin 2008, la caisse a persisté dans ses conclusions. Elle rappelle que même si les sommes en question ont fait l'objet de provisions, les bénéficiaires n'ont pas pu en disposer librement au 31 décembre 2001, mais

uniquement au moment de leur versement, le 4 février 2002. Elle constate, en outre, que la somme versée à Monsieur R\_\_\_\_\_ ne figure pas sur ses attestations de salaires 2000 et 2001. Par courrier du 21 juillet 2008, la société a rappelé pour quelles filiales travaillaient les bénéficiaires. L'absence des indemnités sur les certificats de salaire se justifie par plusieurs raisons, en particulier parce que l'employeur ayant établi ses attestations, soit la filiale Z\_\_\_\_\_, n'avait pas procédé à ce versement, d'autre part parce que dans l'esprit de la société cette indemnité ne constituait pas un salaire mais une diminution du bénéfice sur la vente effectuée, et comptabilisée comme telle, étant précisé que la caisse n'avait jamais indiqué à la société qu'il s'agissait bel et bien de salaire, alors même qu'elle avait posé la question. Elle rappelle que le contrôleur avait en main la comptabilité 2001, et qu'un examen attentif lui aurait permis de constater, par conséquent, que les indemnités versées étaient portées en diminution du gain sur la vente des participations. Après communication de ces écritures aux parties, la cause a été gardée à juger le 24 juillet 2008. EN DROIT 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. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants. Le cas d'espèce, qui concerne des cotisations dues pour les années 2001 ou 2002, reste néanmoins régi par les dispositions de la LAVS en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 129 V 1 consid. 1.2 p. 4 et les références, voir aussi ATF H 19/06, du 14 février 2007). Le recours, interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, est recevable (art. 56 à 60 LPGA) . La question litigieuse est circonscrite, comme cela est apparu lors de l'audience de comparution des parties, à la question de la prescription. On rappellera cela étant, qu'en effet aux termes de la loi les indemnités de départ, les primes de fidélité, les cadeaux pour ancienneté de service, les gratifications, les parts au bénéfice constituent du salaire déterminant au sens des art. 5 LAVS et 7 de son règlement (RAVS- voir aussi les chiffres 2006 et suivants des directives de l'OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, ci-après OFAS, sur le salaire déterminant). De même la société recourante doit bien être qualifiée d'employeur au sens de la LAVS, qui précise à l'article 12 qu'« est considéré comme employeur quiconque verse à des personnes obligatoirement assurées une rémunération au sens de l'art. 5, al. 2 LAVS ». L'art. 16 al. 1 LAVS, relatif à la prescription, prévoit, dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2002 ce qui suit : " les cotisations dont le montant n'a pas été fixé par décision notifiée dans un délai de cinq ans à compter de la fin de l'année civile pour laquelle elles sont dues, ne peuvent plus être exigées ni payées. S'il s'agit de cotisations selon les articles 6, 8, al. 1, et 10, al. 1, le délai n'échoit toutefois qu'un an après la fin de l'année civile au cours de laquelle la taxation fiscale déterminante ou la taxation consécutive à une procédure pour soustraction d'impôt est entrée en force. Si le droit de réclamer les cotisations non versées naît d'un acte punissable pour lequel la loi pénale prévoit un délai de prescription plus long, ce délai est déterminant". Comme le relève l'intimée, c'est à tort que la caisse se prévaut de l'exception applicable aux articles 6, 8, al. 1, et 10, al. 1 LAVS qui ne concerne pas le cas d'espèce mais des cotisations dues par un employeur qui n'est pas tenu de payer des cotisations, des cotisations perçues sur le

revenu d'une activité indépendante et les cotisations des assurés n'exerçant aucune activité lucrative. C'est donc bien la règle générale qui s'applique ici. À ce sujet, l'intimée considère que c'est l'année 2001 qui doit être retenue comme point de départ, tandis que la caisse considère que c'est l'année 2002 qui prévaut. Pour répondre à la question soulevée il faut déterminer quand des cotisations sont considérées comme étant dues, puisque le délai de cinq ans par de la fin de l'année civile pour laquelle elles le sont. Le principe prévu par la loi est que l'employeur paye les cotisations à la caisse chaque mois ( art. 34 al. 1 let. b LAVS), c'est-à-dire en même temps que le salaire est versé puisque c'est à ce moment qu'elles sont déduites du salaire s'agissant de la part salariée. L'OFAS précise dans ses Directives sur la perception des cotisations (cf. ch. 4015 DP) que les cotisations sur le salaire déterminant sont dues pour l'année durant laquelle le salaire est acquis. Par ce terme, il faut comprendre l'année durant laquelle le salaire a été versé (cf. GREBER, DUC, SCARTAZZINI, Commentaire des articles 1 à 16 LAVS, 1997). Ces auteurs confirment ainsi une très ancienne jurisprudence, qui semble traiter la question du cas d'espèce pour la première fois. Il s'agit d'un ATF du 31 août 1957, cause H 103/57, publié au RCC 1958, p. 310. Dans cet arrêt où il était question de cotisations dues pour l'année 1949 et 1950, et donc prescrites à la fin de l'année 1954 respectivement 1955, le Tribunal fédéral se pose la question de savoir à quel moment est née la dette ayant pour objet les cotisations en cause. Le Tribunal fédéral se réfère à un arrêt du 30 janvier 1957 où il avait déclaré que la dette de cotisations prend généralement naissance au moment où le salaire a été acquis. Il constate que ce moment correspond « ordinairement à celui du versement du salaire, c'est-à-dire à l'instant où l'employeur doit retenir la cotisation AVS du salarié. L'année civile pour laquelle les cotisations sont dues, au sens de l'art. 16 LAVS, est donc identique à celle durant laquelle le salaire a été versé ». Et d'ajouter que « ce qui précède vaut aussi pour les versements comptabilisés sur une année antérieure ». Dans cette affaire, il ressortait en effet du dossier que la société employeur avait comptabilisé les sommes versées à son directeur - mais non déclarées à l'AVS - durant les années 1949 et 1950, mais ne les avait versées que plusieurs années après. Cet arrêt de principe est transposable au cas d'espèce, où l'on voit que la société intimée a comptabilisé les indemnités litigieuses dans ses compte 2001, mais où le virement en faveur des destinataires n'a été opéré qu'à la date du 4 février 2002. C'est donc à cette date que les cotisations étaient dues, au sens de la loi. Par conséquent, en réclamant le versement de ses cotisations par décision du 10 décembre 2007, la caisse a agi dans le délai de prescription de cinq ans. Par conséquent, le recours sera rejeté. On ajoutera, pour répondre au second argument de l'intimé, que le fait de mener un Contrôle annuel sur une période donnée, n'empêche pas la caisse de réclamer des cotisations sociales impayées sur des montants non compris dans le cadre de ce contrôle, ultérieurement, après avoir déterminé que des cotisations sont bel et bien dues. En effet, aux termes de l'article 39 RAVS une caisse de compensation doit réclamer, au besoin par une décision, le paiement des cotisations dues lorsqu'elle a connaissance du fait qu'une personne soumise à l'obligation de payer des cotisations ne les a pas payées, ou pas suffisamment, la prescription selon l'art. 16 LAVS étant réservée. Il n'y a pas, non plus, lieu de voir dans la décision de la caisse, qui certes a préservé ses droits à la dernière minute, une volonté de déplacer fictivement le moment du départ du calcul de la prescription. La situation était complexe. Dans un premier temps elle a considéré qu'il appartenait à la caisse de compensation de l'employeur direct de verser les cotisations. Il s'est avéré que ce n'est pas ce dernier qui avait versé des indemnités, et qu'il avait été repris par une autre société qui n'avait, elle, pas effectué de versements autres que les salaires dus. Ce n'est qu'en constatant

que ladite caisse n'avait, pour ces raisons, pas prélevé de cotisations sociales qu'elle a pu constater son erreur et rendre la décision litigieuse. PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme : Déclare le recours recevable. Au fond : Le rejette. Dit que la procédure est gratuite. 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 Brigitte BABEL La présidente Isabelle DUBOIS Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le

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