

## **GE\_GERICHTE A/296/2010 vom 6. Juli 2010**

GE Cour de justice, 2010-07-06, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_296\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_296_2010)

FR: GE\_GERICHTE A/296/2010 du 6 juillet 2010

IT: GE\_GERICHTE A/296/2010 del 6 luglio 2010

### **Erwägungen**

#### **E. 6**

a) Est réputé salarié celui qui fournit un travail dépendant et qui reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens des lois spéciales (art. 10 LPG). Aux termes de l'art. 14 al. 1 LAVS, les cotisations perçues sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité dépendante doivent être retenues lors de chaque paie et être versées périodiquement par l'employeur en même temps que la cotisation de l'employeur. Le salaire déterminant, au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, 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 et jours fériés et les autres prestations analogues, ainsi que les pourboires s'ils représentent une part importante de la rémunération du travail. Font partie du 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 (ATF 128 V 176 consid. 3c p. 180, 126 V 221 consid. 4a p. 222, 124 V 100 consid. 2 p. 101 et la jurisprudence citée). A cet égard, les articles 7 et ss. RAVS définissent ce qu'il faut entendre par salaire déterminant soumis à cotisations, soit notamment : a. 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; b. les allocations de résidence et de renchérissement; c. les gratifications, les primes de fidélité et au rendement, ainsi que la valeur d'actions remises aux salariés, dans la mesure où celle-ci dépasse le prix d'acquisition et où le salarié peut disposer des actions; s'agissant des actions liées remises aux salariés, la valeur et le moment de la réalisation du revenu sont déterminés d'après les dispositions relatives à l'impôt fédéral direct; d. les revenus des commanditaires résultant d'un rapport de service qui les lie à la société en commandite, ainsi que les parts des salariés aux bénéficiaires dans la mesure où elles dépassent l'intérêt du capital engagé; e. les pourboires, s'ils représentent une part importante du salaire; f. les prestations en nature ayant un caractère régulier; g. les provisions et les commissions. b) L'article 14 LAVS prescrit que les cotisations sont retenues lors de chaque paie et doivent être versées périodiquement par l'employeur en même temps que la cotisation d'employeur. c) La juridiction administrative peut prononcer une amende à l'égard de celui dont le recours, l'action, la demande en interprétation ou en révision est jugée téméraire ou constitutive d'un emploi abusif des procédures prévues par la loi. Une telle amende n'excède pas 5'000 fr. (art. 88 al. 1 et 2 LPA). L'application de cette disposition doit être réservée à des cas d'abus manifestes, réalisés notamment lorsque le recourant poursuit comme unique but de retarder la mise en œuvre d'un projet conforme au droit, sans pouvoir se prévaloir d'un quelconque intérêt légitime ou s'il invoque des arguments déjà rejetés lors d'un précédent recours ou selon une jurisprudence bien établie.

La jurisprudence du tribunal administratif en la matière permet de retenir que l'intention de nuire doit être largement, sinon exclusivement, prépondérante ( ATA/349/2009 du 28 juillet 2009 ; ATA/276/2008 du 27 mai 2008 ; ATA/827/2005 du 6 décembre 2005 ; ATA/277/2002 du 28 mai 2002).

## E. 7

En l'espèce, toutes les pièces comptables sur lesquelles la caisse se fonde (a à p) sont suffisamment probantes, au degré de la vraisemblance prépondérante, pour retenir que la société a versé 277'800 durant l'année 2006 au gérant, (dont une somme de 20'000 fr. à son épouse), du fait des mentions y figurant et qui seront détaillées plus bas. En raison de la persistance de la société à contester certains paiements, il convient d'analyser et comparer les diverses pièces produites au dossier, s'agissant des sommes versées au gérant de la société. A noter que celle-ci admet, d'une part, lui avoir versé un salaire brut total de 242'200 fr. et ne conteste plus, d'autre part, les versements retenus par la caisse figurant aux pièces a à m annexées à la liste du 9 avril 2010, qui totalisent toutefois seulement 225'800 fr. a) Les montants versés au titre de salaire mensuel net ressortant des pièces a à m sont conformes à ceux apparaissant au débit du compte 1091 (virement salaires) de 2006, les pièces comptables étant à chaque fois "ubs-...", et représentent un salaire brut annuel en 2006 de 195'000 fr. (15'000 fr. x 13), versé comme suit en 2006: 7'500 fr. le 31.1; 10'000 fr. + 2'500 fr. (différence due pour janvier) le 28.2; 10'000 fr. les 31.3, 1.5, 31.5, 30.6; 15'000 fr. + 30'000 fr. (différence de salaire de janvier à juin) le 31.7; 15'000 fr. les 31.8, 2.10, 31.10, 30.11, 29.12 et 29.12. b) L'autre montant versé selon la pièce b, et apparaissant le 28.2 au débit du compte 1091 (virement salaires) sous la rubrique "participation caisse maladie" est une somme de 800 fr. Le montant versé selon la pièce g, et apparaissant sous la rubrique "bonus 1 er semestre 2006" le 31.7 au débit du compte 1091(virement salaires), additionné au paiement du salaire et du solde de salaire de janvier à juin versé le même jour, est une somme de 30'000 fr. c) Le remboursement de frais avancés par le gérant et le paiement de ses paniers, apparaissant au crédit du compte 1091 (virement salaires) (955 fr. 70 et 2'132 fr. 35) et au débit le 31.10, payés au gérant en même temps que le salaire d'octobre (16'838 fr. 05, soit 13'750 net et les deux montants précités) ne constitue pas du salaire soumis à cotisation et n'a d'ailleurs pas fait l'objet de la reprise de salaire faite par la caisse. d) Les divers boni sont contestés par la société, qui indique laconiquement que "les montants ressortant des pièces n à p ne correspondent à aucun mouvement comptable dans l'exercice 2006". Cela étant, la fiduciaire indique aussi que ces montants sont "dus" au gérant. Ces montants ressortent de documents (pièces n, o et p) établis à l'en tête de la société; avec pour titre "bonus exceptionnel 2005" (pièce n: V\_\_\_\_\_ V\_\_\_\_\_: 20'000 fr., et pièce o: V\_\_\_\_\_: 50'000 fr.) ou "bonus 2005" (p: Zdenek V\_\_\_\_\_: 12'000 fr.); qui sont tamponnés "comptabilisé"; qui comportent la mention manuscrite (de la main de l'associée) des comptes concernés, soit 5000-1010; qui indiquent "fait à Genève, le 10 mars 2006" (pièces n et o), respectivement le 11 janvier 2006 (pièce p) et précisent "payable à BCG-compte...."(pièce n) et "payable à UBS-compte...."(pièce o et p). A noter que le compte BCG dactylographié est tracé et remplacé de façon manuscrite par un autre numéro de compte auprès de la BCG. En bref, il s'agit de pièces comptables trop précises et complètes pour n'être que des projets de versements non exécutés, ce d'autant plus si la personne en charge des paiements modifie le numéro de compte bancaire sur lequel le versement doit être fait. Le montant net des deux boni exceptionnels (pièces n et o) apparaissent le 7 mars 2006 au débit du compte 5600 (salaires brut), avec les mêmes mentions que les pièces n et o. Les pièces comptables en

regard des débits sont "ubs-121" et "ubs-122". Certes, ces mêmes sommes apparaissent au crédit du compte 5600 (salaires brut) au 1<sup>er</sup> janvier 2006, les pièces comptables étant "ext-pt", ce qui démontre simplement que les boni étaient dus pour 2005 et comptabilisés à ce titre, puis extournés et effectivement payés le 7 mars 2006, via le compte UBS de la société et reçus par Monsieur V \_\_\_\_\_ et son épouse en 2006. Quant au bonus de l'année 2005 de 12'000 fr. ressortant de la pièce p, il apparaît le 31 janvier 2006 au débit du compte 1091 (virement salaires), avec mention de la pièce "ubs-54". Comme mentionné ci-dessus, s'agissant d'un bonus pour 2005, il apparaît le 1<sup>er</sup> janvier 2006 au crédit de ce même compte, sous pièce "ext-pt". Si la société avait produit toutes les pièces requises par le Tribunal, s'agissant de ses états financiers et notamment le compte "ubs", il aurait été établi que les montants correspondant aux trois boni susmentionnés figurent au débit du compte "ubs" à la date des paiements, soit en 2006. Les boni de 12'000 fr., de 20'000 fr. et de 50'000 fr. ont donc bien été payés en 2006, de sorte qu'ils sont soumis à cotisations sociales en 2006, sans égard au fait qu'il s'agisse de boni liés au résultats de la société durant l'exercice 2005. Ainsi, en indiquant que les pièces en question ne correspondent pas à un mouvement sur l'exercice comptable 2006, la fiduciaire joue de façon imprudente avec les mots. D'ailleurs, elle se garde bien de formellement contester le versement au gérant et à son épouse des boni susmentionnés, en indiquant par exemple "la somme de 50'000 fr. apparaissant sous pièce 0 n'a pas été versée par la société au gérant en 2006". e) Il reste à additionner les montants versés soit 195'000 fr. + 800 fr. + 30'000 fr. + 20'000 fr. + 50'000 fr. + 12'000 fr. = 277'800, puis à retrancher le salaire qui a déjà été soumis à cotisation AVS en 2006 sur la base des salaires déclarés par la société pour le gérant, soit 242'200 fr. Il en résulte un montant de salaire de 35'600 fr. qui fait l'objet de la reprise de salaire et que la caisse entend soumettre à cotisation, à juste titre.

## **E. 8**

Le recours est donc infondé et doit être rejeté. Cela étant, le Tribunal relèvera le grave défaut de collaboration de la société durant la procédure et l'emploi abusif qu'elle a fait de celle-ci. En effet, elle s'est contentée d'affirmer que les montants concernés reposaient sur des documents qui n'avaient pas été exécutés, refusant de s'expliquer plus précisément, même sommée de le faire. Malgré les nombreux délais accordés, elle ne s'est jamais précisément déterminée, comme indiqué plus haut. La multiplication des tentatives pour se soustraire à son obligation de collaborer, les explications contradictoires, voire fantaisistes données par l'associée et épouse du gérant en audience, les termes plus que prudents utilisés par la fiduciaire, la contradiction entre le montant reconnu (242'000 fr.) et celui ressortant des pièces non contestées (225'000 fr.), le refus de la société de produire toutes les pièces comptables requises (compte "UBS"), la persistance de sa contestation d'avoir versé les salaires repris, malgré les mentions "comptabilisé", date du paiement, et l'ajout des comptes concernés (5000-1010) sur ces documents, de la main de l'épouse du gérant, en charge du paiement des salaires, montre que la société savait fort bien avoir effectivement versé l'intégralité des montants retenus par la caisse sur la base des pièces comptables remises par la fiduciaire en fonction actuellement. Toutefois, la jurisprudence en matière d'amende pour usage téméraire des procédures étant très restrictive, le Tribunal renoncera à infliger une telle amende à la société recourante.