



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1182/2012

ATAS/291/2013

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 21 mars 2013

3ème Chambre

En la cause

X_____ SYSTEMS SA, sise au GRAND-LANCY

recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,
sise 12, rue des Gares, GENEVE

intimée

et

Monsieur A_____, domicilié à GENEVE

Madame B_____, domiciliée à SALLANCHES, France

Monsieur C_____, domicilié à MINZIER, France

Appelés en
cause

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Karine STECK, Doris GALEAZZI, Florence KRAUSKOPF et Sabina MASCOTTO, juges; Michael BIOT et Maria Esther SPEDALIERO, Juges assesseurs

EN FAIT

1. La société X _____ SYSTEMS SA (ci-après : la société), qui occupe plusieurs dizaines d'employés, est affiliée en qualité d'employeur auprès de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION (ci-après : la caisse).
2. Monsieur A _____, né en 1940, a travaillé en tant que directeur pour la société du 1^{er} mai 1981 au 31 octobre 2009. Le 5 mai 2004, un avenant à son contrat de travail a été conclu, stipulant une indemnité à raison de longs rapports de travail. A cet effet, la société a conclu le 1^{er} juillet 2004 une assurance-vie sur la tête de Monsieur A _____ auprès de l'assurance AXA WINTERTHUR (ci-après AXA), pour une durée de six ans, soit jusqu'au 1^{er} juillet 2010. La société était bénéficiaire en cas de vie et de décès et finançait intégralement la prime annuelle, de 19'000 fr. Le capital à verser à l'échéance de la police était de 114'873 fr.
3. Le 12 mai 2004, la société a également contracté une assurance-vie au nom d'une de ses employées, Madame B _____, née en 1966, afin de lui garantir l'indemnité à raison de longs rapports de service qui avait fait l'objet d'un avenant à son contrat de travail. La police était conclue pour une durée de 26 ans ; la prime annuelle, de 6'300 fr., serait acquittée par la société, seule bénéficiaire de la police.
4. Le 1^{er} janvier 2005, la société a encore contracté deux polices d'assurance-vie au nom d'un autre employé, Monsieur C _____, né en 1957, avec lequel elle avait aussi signé un avenant prévoyant une indemnité à raison de longs rapports de service. La première police (n° _____ 79) était conclue pour une durée de 18 ans et prévoyait le versement d'un capital de 67'705 fr. en contrepartie de primes annuelles de 3'412 fr. 30. La deuxième (n° _____ 80) était conclue pour une durée de 18 ans et stipulait un capital de 250'000 fr. moyennant des primes annuelles de 14'760 fr. 70. La société était bénéficiaire des deux polices.
5. L'attestation de salaires 2009 adressée par la société à la caisse le 27 janvier 2010, faisait état, pour Monsieur A _____, d'un revenu soumis à cotisations de 42'753 fr. -après déduction de la franchise de 1'400 fr. par mois applicable aux salariés ayant atteint l'âge de la retraite.
6. A l'échéance de la police conclue à son nom, Monsieur A _____ a demandé le versement de l'indemnité pour longs rapports de travail et, le 8 juin 2010, la société a requis d'AXA le versement en ses mains de la somme de 121'263 fr. prévue dans la police conclue pour l'intéressé (cf. explications données par la société à la caisse par courrier du 15 août 2011).
7. Le 22 juillet 2011, la société a demandé à AXA le rachat de la police n° _____ 79 conclue en faveur de Monsieur C _____. Le montant de 23'331 fr. 80 devait être versé en mains de la société. La société a en outre résilié la police

n° _____ 80 conclue au nom de Monsieur C _____ et requis d'AXA le versement du montant de 83'206 fr. 50.

8. Le même jour, la société a également résilié l'assurance qui avait été conclue au nom de Madame B _____ et requis le versement du capital de 40'649 fr.
9. Par courrier du 15 août 2011 à la caisse, la société a expliqué que les polices contractées auprès d'AXA avaient pour but de couvrir les indemnités pour longs rapports de service dues à ses trois employés et a demandé que lui soit communiqué le montant des cotisations dues sur ces sommes.
10. Par courriel du 24 août 2011, la société a précisé à la caisse avoir accordé à Madame B _____ et à Monsieur C _____ des prêts de 200'000 fr., respectivement 50'000 fr., lesquels seraient remboursés grâce aux montants correspondant aux rachats des polices d'assurance qui devaient être reversés aux intéressés.
11. Le 25 août 2011, la caisse a répondu à la société que les versements de primes pour les assurances-vie contractées en faveur de ses trois employés étaient soumis à cotisations. Compte tenu des délais de prescription, les décomptes rectificatifs ne pouvaient être établis qu'à partir de 2006.

S'agissant de Monsieur A _____, les primes (19'000 fr.) devaient être reprises de 2006 à 2009. La prime de 9'500 fr. pour janvier à juin 2010 et le rachat de 121'263 fr. devaient être inclus dans le rectificatif 2009 dès lors que les rapports de service s'étaient achevés cette année-là. Il en résultait une reprise de cotisations sur un montant de 149'763 fr. pour 2009.

Les primes versées de 2006 à 2010 pour Madame B _____ devaient aussi faire l'objet de reprises. Il y aurait lieu d'annoncer les primes versées jusqu'en juillet 2011 ainsi que le rachat de 40'649 fr. dans l'attestation de salaires de 2011.

La situation était identique pour Monsieur C _____, les primes de 18'173 fr. versées annuellement de 2006 à 2010 étant soumises à cotisations. La société devrait également inclure le rachat des deux assurances pour des montants respectifs de 23'331 fr. 80 et 83'206 fr. 50, ainsi que la prime de janvier à juillet dans l'attestation de salaires de 2011.

La caisse a joint à son courrier des décisions rectificatives pour les années 2006 à 2010 fixant le montant des cotisations à verser à 6'285 fr. 65 pour 2006, à 6'039 fr. 85 pour 2007, à 5'793 fr. 20 pour 2008, à 22'200 fr. 15 pour 2009 et à 2'987 fr. 05 pour 2010.

Elle a également notifié à la société des décisions portant sur les intérêts moratoires, fixés à 1'186 fr. 30 pour 2006, à 932 fr. 75 pour 2007, à 678 fr. 40 pour 2008, à 1'694 fr. 55 pour 2009 et à 94 fr. 40 pour 2010.

12. Par courriel du 30 août 2011, la société a demandé à la caisse s'il avait été tenu compte de la déduction de 16'800 fr. par an pour personnes ayant dépassé l'âge de la retraite dans le calcul de la reprise concernant Monsieur A_____.
13. La caisse a répondu par courriel du même jour qu'elle n'avait pas déduit la franchise de 16'800 fr. des salaires complémentaires pour Monsieur A_____ car elle était partie du principe que ce montant avait déjà été retranché des salaires initialement déclarés.
14. Par courriel du 22 septembre 2011, la société a demandé à la caisse des explications sur le fait que des cotisations étaient prélevées tant sur les primes d'assurance que sur le montant du rachat ; il s'agissait là, selon elle, d'une double imposition.
15. Par courriel du 26 septembre 2011, la caisse lui a répondu que les primes versées par l'employeur à des institutions de prévoyance faisaient partie du salaire déterminant, *a fortiori* lorsqu'elles ne concernaient pas tous les employés. Tel était également le cas des indemnités pour longs rapports de service, intégralement soumises à cotisations depuis 2008. Le fait que la société soit l'ayant droit de ces assurances confirmait cette appréciation. Le rachat correspondant aux primes augmentées d'un certain taux de rendement, la nature de ces prestations ne pouvait être considérée comme identique.
16. Le même jour, la société a maintenu qu'à son avis, le prélèvement de cotisations tant sur les primes versées que sur le rachat des polices constituait une double imposition et a invité la caisse à reconsidérer sa position.
17. Le 6 octobre 2011, la société s'est formellement opposée aux décisions de la caisse en reprenant l'argumentation développée dans ses courriels des 22 et 26 septembre 2011 et en précisant que les indemnités à raison de longs rapports de travail correspondant aux assurances-vie rachetées seraient versées à Madame B_____ et Monsieur C_____ en 2011 et soumises à cotisations.
18. Par décision du 21 mars 2012, la caisse a écarté l'opposition.

Après un rappel des dispositions légales applicables à la perception des cotisations, elle a souligné que les primes d'assurance avaient été versées par la société sur une base volontaire. Selon elle, le caractère révocable des polices d'assurance comme le défaut d'égalité de traitement entre les employés de la société permettaient de considérer que les primes acquittées par la société étaient soumises à cotisations.

La caisse a ajouté que, puisque les montants correspondant au rachat des polices de Madame B_____ et de Monsieur C_____ ne feraient l'objet de cotisations qu'en 2011, il n'y avait pas lieu d'examiner si le prélèvement de cotisations sur les primes constituait une double imposition.

Le raisonnement était identique s'agissant des primes d'assurance de Monsieur A_____. Le montant de 121'263 fr. versé à cet employé après la cessation des rapports de travail devait également être considéré comme un revenu soumis à cotisations dès lors qu'il ne s'agissait pas d'une prestation en cas de prévoyance professionnelle insuffisante ou de résiliation des rapports de travail pour des impératifs d'exploitation.

19. Par écriture du 24 avril 2012, la société a interjeté recours auprès de la Cour de céans en concluant à l'annulation des décisions de reprise des cotisations du 25 août 2011.

La recourante relève que le montant de 121'263 fr. a été versé à Monsieur A_____ et soumis à cotisations.

S'agissant de Madame B_____, elle explique que celle-ci est directrice adjointe des ventes depuis le 1^{er} août 1992. Un avenant à son contrat de travail a été signé le 5 mai 2004 afin de lui octroyer une indemnité à raison de longs rapports de service. L'assurance-vie concernant Madame B_____ a été rachetée et la somme de 40'649 fr. allouée à la recourante a été reversée à son employée le 25 octobre 2011 à titre d'indemnité pour longs rapports de service.

Quant à Monsieur C_____, il a travaillé pour la recourante dès le 4 février 1991 et a bénéficié du même type d'avenant à son contrat. La valeur de rachat des polices le concernant (106'538 fr. 30), lui a également été reversée le 25 octobre 2011, à titre d'indemnité pour longs rapports de service.

La recourante allègue qu'il était justifié de prévoir des indemnités pour longs rapports de service pour ces trois employés, tous membres de la direction. Le but de ces indemnités était une prévoyance adéquate ou un revenu de remplacement en cas de retraite anticipée. La recourante estime qu'il lui appartenait de choisir la manière dont elle assurerait le versement de ces indemnités. Elle souligne être la preneuse d'assurance et l'ayant-droit des polices, les employés n'étant que les personnes assurées.

La recourante relève que la caisse a admis que le rachat correspondait aux primes, augmenté d'un certain taux de rendement. Elle en tire la conclusion qu'elle est "doublement imposée" puisque des cotisations sont prélevées à la fois sur la valeur du rachat et sur les primes, alors que celles-ci constituent le montant du rachat.

Pour le reste, la recourante conteste avoir procédé à ces versements de manière volontaire puisque ces indemnités ou primes de fidélité faisaient l'objet d'avenants aux contrats des collaborateurs concernés.

La recourante nie toute inégalité de traitement avec les autres employés puisque les trois personnes concernées faisaient toutes partie de la direction, dont les deux autres membres ne pouvaient prétendre une telle indemnité vu la brièveté de leurs rapports de service. Elle en tire la conclusion que l'égalité de traitement a donc été respectée chez cette catégorie d'employés.

La recourante précise enfin qu'elle ne conteste que le prélèvement des cotisations sur les primes d'assurance-vie, non celui sur les indemnités versées aux collaborateurs.

20. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 10 mai 2012, a conclu au rejet du recours.

L'intimée relève, s'agissant de Monsieur A_____, que l'attestation de salaire 2011 mentionne un revenu de 104'463 fr. (121'263 fr. - 16'800 fr. [franchise]). Or, il est selon elle erroné de mentionner l'indemnité pour longs rapports de service dans l'attestation de salaire 2011 alors que l'intéressé a cessé toute activité au sein de la société à la fin de l'année 2009. L'intimée en tire la conclusion que ce montant doit être retranché et que le crédit en résultant devra être reversé à la recourante, d'autant que le montant de 121'263 fr. a déjà été repris dans la décision rectificative de 2009 - sans tenir compte de l'abattement de 16'800 fr. puisque celui-ci avait déjà été déduit du revenu annuel de Monsieur A_____ dans l'attestation de salaires 2009.

L'intimée soutient qu'il ne fait aucun doute que les primes payées de 2006 à 2010 par la recourante pour les polices de ses trois collaborateurs font partie du salaire déterminant puisque, selon la doctrine, le revenu d'une activité salariée comprend non seulement les rétributions pour un travail effectué mais également toute indemnité ou prestation ayant un rapport quelconque avec les rapports de service, dans la mesure où ces prestations ne sont pas franches de cotisations en vertu des dispositions légales, étant rappelé que lorsque des prestations ne sont pas expressément prévues par les dispositions légales et réglementaires, la question de savoir si elles entrent dans le salaire déterminant doit être tranchée à la lumière des principes résultant de ces dispositions. En l'espèce, l'intimée fait valoir que la société n'était pas contrainte au versement des primes et que les polices n'étaient pas irrévocables.

21. La Cour de céans a procédé à l'audition des parties le 27 septembre 2012.

La recourante a confirmé que sa contestation ne portait que sur le prélèvement de cotisations sur les primes d'assurance. Elle a rappelé que c'était à elle, en tant que

preneur d'assurance et bénéficiaire que les indemnités avaient été versées avant qu'elle ne les transfère à ses collaborateurs. Elle considère dès lors que prélever des cotisations tant sur les primes que sur les indemnités revient à payer des cotisations à double.

La recourante a pour le reste indiqué avoir abandonné ce système d'indemnités constituées par assurances-vie en 2011 ; les polices rachetées ont donné lieu au versement de bonus équivalents aux collaborateurs concernés.

Quant à l'intimée, elle a persisté dans ses conclusions.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ; RSG E 2 05) en vigueur depuis le 1^{er} 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).

La compétence de la Cour de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. La LPGA, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, est applicable à la présente procédure.

Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1 ; ATF 129 V 4 consid. 1.2 ; ATF 127 V 467 consid. 1 ; ATF 126 V 136 consid. 4b et les références citées).

3. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56ss LPGA).

Il n'est cependant pas inutile de préciser que les conditions de recevabilité visent notamment les exigences formelles telles le délai dans lequel l'acte litigieux doit être contesté. Ces règles sont impératives. L'autorité examine d'office si les conditions de recevabilité sont remplies, elle doit également examiner d'office si l'instance précédente a respecté les conditions de recevabilité qui devaient être remplies devant elle (Pierre MOOR, Droit administratif, vol. II, 3^{ème} éd. 2011, pp. 625-626). Lorsque l'instance inférieure a omis de vérifier si les conditions formelles de validité de la procédure - dont fait partie l'observation des délais légaux - sont réunies, la question de savoir si c'est à juste titre que l'instance inférieure est entrée en matière doit être examinée d'office dans la procédure contentieuse. Si tel n'est

pas le cas, l'autorité de recours doit annuler la décision (Fritz GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2^{ème} éd., Berne 1983, p. 73). Aussi, lorsque l'autorité de première instance a ignoré qu'une condition mise à l'examen du fond du litige par le juge faisait défaut et a statué sur le fond, c'est un motif pour le tribunal, saisi de l'affaire, d'annuler d'office le jugement en question (ATF 119 Ib 64 consid. 1b; ATF 120 V 26 consid. 1; ATFA non publié U 44/05 du 13 avril 2006, consid. 1).

La Cour de céans est donc tenue d'examiner les conditions formelles de recevabilité de l'opposition quand bien même l'intimée est entrée en matière sur le fond. En l'espèce, les décisions rectificatives querellées ont été rendues le 25 août 2011. L'art. 52 al. 1 LPGA dispose que les décisions peuvent être attaquées dans les trente jours par voie d'opposition auprès de l'assureur qui les a rendues, à l'exception des décisions d'ordonnancement de la procédure. Ce n'est que le 6 octobre 2011 que la recourante a formellement déclaré s'opposer auxdites décisions, soit après l'écoulement du délai de 30 jours. Cela étant, son courriel du 26 septembre 2011 contenait une demande claire à l'intimée de statuer en tenant compte de la "double imposition". Il y a lieu de considérer ce courriel comme une opposition valable, étant précisé que la procédure d'opposition ne pose pas d'exigences quant à la forme (ATF 123 V 128 consid. 2).

4. Le litige porte sur le point de savoir si c'est à juste titre que l'intimée a prélevé des cotisations sur les primes d'assurance-vie versées par la recourante à AXA.

Le prélèvement de cotisations sur l'indemnité à raison de longs rapports de service versée à Monsieur A_____ et sur les bonus versés en 2011 à Madame B_____ et Monsieur C_____ n'est en revanche pas contesté.

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.

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 (let. a); après le dernier jour du mois où les femmes atteignent l'âge de 64 ans, les hommes l'âge de 65 ans (let. b) (al 3). 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. A 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).

6. a) Sur la base de la délégation de compétence prévue à l'art. 5 al. 4 LAVS, le Conseil fédéral a édicté l'art. 6 al. 2 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS ; RS 831.101), qui prévoit un certain nombre de prestations soustraites du revenu provenant d'une activité lucrative. Tel est notamment le cas des prestations d'assurance en cas d'accident, de maladie ou d'invalidité, à l'exception des indemnités journalières selon l'art. 25 de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI) et l'art. 29 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire (art. 6 al. 2 let. b RAVS); les prestations d'institutions d'assistance et de secours (art. 6 al. 2 let. c RAVS); les prestations réglementaires d'institutions de prévoyance professionnelle, si le bénéficiaire a un droit propre envers l'institution au moment où l'événement assuré se produit ou lorsque l'institution est dissoute (art. 6 al. 2 let. h RAVS). Les prestations visées par l'art. 6 al. 2 let. h RAVS sont celles émanant d'une institution de prévoyance au sens des art. 48 et 80 LPP de la loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP; RS 831.40) ainsi que les prestations d'autres formes reconnues de prévoyance au sens des art. 82 LPP et de l'ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3; RS 831.461.3), telles que les contrats de prévoyance liée conclue avec les établissements d'assurance ou les conventions

de prévoyance liée conclue avec les fondations bancaires (Michel VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI], 2011, n° 320 p. 103).

b) L'art. 7 RAVS 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. 8^{bis} ou 8^{ter}; 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 (ATFA non publié H 220/99 du 2 juillet 2001, consid. 6).

c) L'art. 8 RAVS exclut du salaire déterminant certaines prestations de l'employeur. Ne sont ainsi pas comprises dans le 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 du 14 décembre 1990; 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 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). Les Directives sur le salaire déterminant (DSD) dans l'AVS, AI et APG publiées par l'OFAS dans leur version valable dès le 1^{er} janvier 2012 précisent aux chiffres 2165 à 2166 que les contributions 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. 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.

d) Jusqu'au 31 décembre 2007, l'art. 8^{ter} al. 1 RAVS avait la teneur suivante: jusqu'à concurrence de huit mois de salaire, les prestations suivantes ne sont pas comprises dans le salaire déterminant: l'indemnité à raison de longs rapports de travail de l'art. 339*b* du code des obligations (CO) après déduction des prestations de remplacement au sens de l'art. 339*d* CO (let. a); l'indemnité allouée par l'employeur à ceux de ses employés qui n'étaient pas assurés à la prévoyance professionnelle obligatoire (let. b); l'indemnité versée en vertu d'un plan de retraite anticipée prévu par l'employeur (let. c); l'indemnité versée en cas de résiliation des rapports de service lors de la fermeture ou de la fusion d'entreprises (let. d). Cette disposition a été modifiée le 1^{er} janvier 2008. Depuis, l'art. 8^{ter} al. 1 RAVS dispose que les prestations versées par l'employeur suite à la résiliation des rapports de travail pour des impératifs d'exploitation sont exceptées du salaire déterminant à concurrence du double de la rente de vieillesse annuelle maximale. L'art. 8^{bis} RAVS, dans sa version en force depuis le 1^{er} janvier 2008, prévoit que les prestations versées par l'employeur, lors de la cessation de rapports de travail ayant duré plusieurs années, sont exceptées du salaire déterminant à concurrence de la moitié de la rente de vieillesse mensuelle minimale en date du versement, pour chaque année pendant laquelle le salarié n'a pas été assujéti à la prévoyance professionnelle.

7. L'art. 339*b* al. 1 du Code des obligations (CO; RS 220) dispose que si les rapports de travail d'un travailleur âgé d'au moins 50 ans prennent fin après vingt ans ou plus, l'employeur verse au travailleur une indemnité à raison de ces longs rapports de travail (al. 1).

Aux termes de l'art. 339*c* CO, le montant de l'indemnité peut être fixé par accord écrit, contrat-type de travail ou convention collective, mais ne doit pas être inférieur au montant du salaire pour deux mois (al. 1). Si le montant de l'indemnité n'est pas déterminé, le juge le fixe selon sa libre appréciation, compte tenu de toutes les circonstances; l'indemnité ne doit toutefois pas dépasser le montant du salaire pour huit mois (al. 2). L'indemnité peut être réduite ou supprimée si le travailleur a résilié le contrat sans justes motifs ou si l'employeur l'a résilié avec effet immédiat pour de justes motifs ou si le paiement de cette indemnité l'exposerait à la gêne (al. 3). L'indemnité est due au moment où les rapports de travail prennent fin, mais l'échéance peut en être différée par un accord écrit, par un contrat-type de travail, par une convention collective ou par le juge (al. 4).

En vertu de l'art. 339*d* CO, si le travailleur reçoit des prestations d'une institution de prévoyance, celles-ci peuvent être déduites de l'indemnité à raison des longs rapports de travail dans la mesure où elles ont été financées soit par l'employeur lui-même, soit par l'institution de prévoyance au moyen de la contribution de

l'employeur (al. 1). L'employeur est également libéré de l'obligation de verser une indemnité de départ dans la mesure où il s'engage à payer dans le futur des prestations de prévoyance au travailleur ou les lui fait assurer par un tiers (al. 2).

L'art. 339d CO consacre le principe de subsidiarité de l'indemnité de départ par rapport aux prestations des institutions de prévoyance. Depuis l'introduction généralisée de la prévoyance professionnelle, l'indemnité visée par l'art. 339b CO a perdu de son importance. Restent principalement concernés les travailleurs à temps partiel. Pour déterminer si le travailleur a droit à un montant résiduel de l'indemnité de départ, il y a lieu de calculer le montant qui serait dû à titre d'indemnité de départ et de déduire de ce montant la prestation de remplacement prévue par l'art. 339d CO. Pour calculer cette prestation, il convient de déduire de la prestation de libre passage les cotisations versées par le travailleur. Il est également possible de tenir compte des cotisations de l'employeur, lesquelles constituent des prestations de remplacement au sens de l'art. 339d al. 1 CO, cumulées sur toute la durée des rapports de travail (Rémy WYLER, Droit du travail, 2008 pp. 588-589).

8. a) Les primes d'assurance-vie telles que celles acquittées par la recourante ne figurent pas au catalogue des exceptions prévues aux art. 6 et 8 RAVS.

On ne peut en particulier les assimiler à des cotisations réglementaires versées par l'employeur à des institutions de prévoyance qui remplissent les conditions d'exonération fiscale de la LIFD au sens de l'art. 8 let. a RAVS, conformément à la jurisprudence. En effet, c'est de son plein gré que la recourante a conclu une assurance-vie et versé les primes afférentes et non en vertu d'une obligation réglementaire. De plus, les documents dont dispose la Cour de céans ne permettent pas de déterminer si ces prestations étaient exonérées d'impôt.

Les primes ne tombent pas non plus sous le coup des art. 8^{bis} et 8^{ter} RAVS dans leur teneur en force depuis le 1^{er} janvier 2008. En effet, les primes versées annuellement par la recourante ne peuvent être considérées comme des prestations de l'employeur lors de la cessation des rapports de travail au sens de l'art. 8^{bis} RAVS puisque les paiements en cause ont eu lieu avant la résiliation des rapports de travail et qu'ils n'étaient qui plus est pas opérés en mains des employés.

Enfin, les primes annuelles d'assurance-vie ne sont pas spécifiquement mentionnées dans les éléments faisant partie du revenu déterminant conformément à l'art. 7 RAVS.

- b) Lorsque des prestations ne sont ni expressément prévues par les art. 5 al. 2 LAVS et 7 RAVS, ni explicitement exclues par les art. 6 al. 2 RAVS et 8 RAVS, la question de savoir si elles entrent dans le salaire déterminant doit être tranchée à la lumière des principes résultant de ces dispositions (VALTERIO, *op. cit.*, n° 327 p. 106).

En préambule, il sied de souligner qu'aux termes de l'art. 74 de la loi sur le contrat d'assurance (LCA; RS 221.229.1), l'assurance au décès d'autrui est nulle si celui sur la tête de qui l'assurance est conclue n'a pas donné son consentement écrit avant la conclusion du contrat; s'il s'agit d'un incapable, il faut le consentement écrit de son représentant légal (al. 1). En revanche, le droit qui découle de l'assurance peut être cédé sans le consentement du tiers (al. 2).

En l'espèce, les assurances-vie ont été conclues sur la tête des employés mais ne leur conféraient aucun droit aux prestations d'assurance, ce qui est parfaitement conforme à la disposition légale précitée. Or, une indemnité ou prestation ayant une relation quelconque avec les rapports de service ne peut être considérée comme un salaire déterminant que dans la mesure où elle contribue à améliorer la situation économique du salarié (ATFA non publié H 220/99 du 2 juillet 2001, consid. 6). Tel n'était pas le cas en l'espèce, les trois employés de la recourante ne pouvant se prévaloir des polices contractées à leur nom ni exiger le versement des capitaux qui y étaient stipulés ou exiger leur rachat. Partant, le paiement des primes ne leur procurait aucun avantage matériel. On soulignera en effet que si les collaborateurs concernés disposaient certes d'une prétention à l'encontre de la recourante, conformément aux avenants prévoyant le paiement d'indemnités à raison de longs rapports de service, leur expectative financière n'était pas en lien avec les prestations d'assurance dont la recourante était seule bénéficiaire et ce, même si les indemnités étaient censées correspondre aux valeurs des polices. C'est d'ailleurs à la recourante qu'ont été versés les capitaux obtenus au rachat des polices.

Dans ces conditions, la conclusion par la recourante d'assurances-vie afin d'accumuler le capital permettant de fournir certaines prestations à ses employés doit être considérée comme une forme d'épargne, dont le choix relève de la gestion interne d'une entreprise, qui ne modifie pas le salaire déterminant. Il faut souligner que la recourante aurait tout aussi bien pu affecter chaque année des sommes correspondant aux primes annuelles sur des comptes bancaires séparés ouverts à son nom ou même se contenter de puiser dans ses liquidités le montant des indemnités ou des primes de fidélité au moment de leur versement. Or, dans de tels cas, l'intimée n'aurait pu prélever de cotisations sur les montants réservés au paiement des indemnités ou des bonus qui seraient versés par la suite, puisque ceux-ci seraient restés dans le patrimoine de la recourante, et ce bien que les avantages matériels ultérieurement consentis aux assurés soient strictement les mêmes.

Partant, admettre l'argumentation de l'intimée reviendrait à consacrer une inégalité de traitement puisque deux situations identiques seraient traitées de manière différente sans motifs objectifs (ATF 118 Ib 407 consid. 5; ATFA non publié H 217/04 du 3 août 2005, consid. 5.2). En effet, le montant des cotisations prélevées diffère en fonction des modalités de thésaurisation choisies, alors que celles-ci sont sans incidence sur le salaire déterminant. Les décisions querellées

s'avèrent ainsi non conformes au principe constitutionnel d'égalité de traitement, qui dispose que tous les êtres humains sont égaux devant la loi (cf. art. 8 al. 1 de la Constitution [Cst; RS 101]).

Pour ce motif déjà, elles doivent être annulées.

c) Par surabondance, la Cour de céans relèvera encore ce qui suit.

La recourante soutient que prélever des cotisations à la fois sur les primes d'assurances-vie et sur les indemnités correspondant aux capitaux assurés ou rachetés constitue une "double imposition".

Le double prélèvement de cotisations sur un même revenu n'est certes pas prohibé dans tous les cas. En effet, les assurés sans activité lucrative, qui sont tenus de verser des cotisations sur leur revenu sous forme de rente et de fortune et qui doivent verser une pension alimentaire à leur conjoint divorcé ne peuvent déduire cette pension de ce revenu. Le versement d'une pension alimentaire n'est donc pas censé diminuer le revenu acquis sous forme de rente et peut constituer pour un tiers (soit l'ex-époux) un revenu soumis à son tour à cotisation (ATF 127 V 65 consid. 4b). Cette jurisprudence est cependant critiquée en doctrine, notamment au motif qu'il en résulte une double charge de cotisations, dans la mesure où des cotisations sont prélevées sur le même objet auprès de l'époux crédirentier. Les époux divorcés sont ainsi taxés plus lourdement que s'ils étaient encore mariés (ATFA non publié H 373/00 du 11 mai 2001, consid. 4b; Ueli KIESER, *Alters- und Hinterlassenversicherung in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit*, 2^{ème} éd. 2007, n. 174 et note de bas de page 636). A l'exception de ce cas particulier, notre Haute-Cour a cependant souligné dans d'autres arrêts que les cotisations sociales ne devaient pas être prélevées deux fois sur les mêmes salaires (ATF non publié 9C_647/2009 du 15 avril 2010, consid. 5.2.2; ATFA non publié 394/01 du 19 novembre 2003, consid. 5.2). S'agissant du calcul des cotisations personnelles de l'époux sans activité lucrative, il a été précisé qu'il n'y a pas lieu de tenir compte du revenu du travail de l'épouse, sur lequel elle paie des cotisations, faute de quoi ledit revenu serait soumis à l'obligation de cotiser deux fois (Pratique VSI 1994 p. 174 consid. 4d). Le Tribunal fédéral a également précisé que les honoraires d'un administrateur ne sont considérés comme un salaire déterminant qu'à la condition qu'ils lui soient payés directement. Si ce dernier est rétribué par un tiers, c'est ce revenu qui constitue le salaire déterminant. Dans un tel cas, le prélèvement de cotisations sur les honoraires d'administrateur versés à l'employeur du mandataire reviendrait à percevoir les cotisations à double, ce qui n'est pas autorisé (ATF 133 V 498 consid. 5.1). Enfin, la prestation versée par un employeur à une personne en retraite anticipée représente un salaire déterminant au sens de l'art. 7 let. q RAVS sur lequel des cotisations sont prélevées, et les rentes résultant de ce capital qui sont versées par la suite ne sont plus soumises à cotisations (SVR 2006 AHV n° 6 p. 18, consid. 2.1).

Ainsi, on doit admettre qu'il n'est pas admissible de prélever deux fois des cotisations sur le même revenu, quand bien même ce principe n'est pas absolu. A cet égard, on soulignera que, contrairement à ce que semble affirmer l'intimée dans son courriel du 26 septembre 2011, la valeur de rachat d'une assurance-vie et le capital versé à son échéance se calculent en fonction des primes versées. Partant, le fait que ces éléments diffèrent dans leur quotité ne permet pas de considérer qu'il s'agit de deux prestations différentes qui pourraient toutes deux être soumises à cotisations.

Les mêmes considérations s'appliquent s'agissant de Madame B_____ et de Monsieur C_____ : la perception de cotisations sur les primes d'assurance-vie acquittées par la recourante ne peut être admise.

Pour ce motif également, les décisions de l'intimée devront être annulées.

9. Il convient encore de souligner que selon la jurisprudence, les décisions des caisses de compensation relatives à des cotisations paritaires doivent non seulement être notifiées à l'employeur, mais aussi aux salariés concernés. A défaut, la violation du droit d'être entendu en résultant peut être réparée par le Tribunal (ATF 113 V 1 consid. 3a et 4a). L'appel en cause n'est pas nécessaire si le nombre de salariés est élevé, si le domicile des salariés est à l'étranger et s'il s'agit de montants minimes (ATFA non publié H 144/05 du 6 septembre 2006, consid. 3.1).

A teneur de l'art. 71 al. 1 de la loi sur la procédure administrative (LPA; RSG E 5 10), 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.

En l'espèce, l'intimée n'a pas notifié les décisions de reprise des cotisations aux trois employés concernés. Ceux-ci sont toutefois directement touchés dans leurs intérêts par les décisions et il y a lieu de les appeler en cause. L'issue du litige leur étant favorable, il n'est toutefois pas nécessaire de leur impartir un délai pour exercer leur droit d'être entendu.

10. Eu égard à ce qui précède, le recours sera admis et les décisions de reprise des cotisations relatives aux années 2006, 2007, 2008 et 2010 annulées en tant qu'elles prélèvent des cotisations sur les montants versés par la recourante à AXA.

Le dossier sera renvoyé à l'intimée pour nouveau calcul de la reprise des cotisations en 2009, qui ne tiendra compte que de l'indemnité de 121'263 fr. versée cette année-là à Monsieur A_____ à raison de longs rapports de service.

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :
Statuant conformément à l'art. 133 al. 2 LOJ**

Préalablement:

1. Appelle en cause Madame B_____, Monsieur A_____ et Monsieur C_____.

A la forme :

2. Déclare le recours recevable.

Au fond :

3. L'admet partiellement.
4. Annule les décisions de reprise afférentes aux années 2006, 2007, 2008 et 2010.
5. Renvoie la cause à l'intimée pour nouveau calcul de la reprise des cotisations en 2009 dans le sens des considérants.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. 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; RS 173.110). Selon l'art. 85 LTF, s'agissant de contestations pécuniaires, le recours est irrecevable si la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 francs (al. 1 let. a). Même lorsque la valeur litigieuse n'atteint pas le montant déterminant, le recours est recevable si la contestation soulève une question juridique de principe (al. 2). 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

La Présidente

Marie-Catherine SECHAUD

Juliana BALDE

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le