RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1450/2001 **ATAS/58/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 3 février 2004

1ère Chambre

En la cause

X_____ SA recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION intimée
Route de Chêne 54, 1211 GENEVE 29

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mme Giovanna DESCLOUX et Mr Pierre GUERINI, Juges assesseurs

EN FAIT

1. La société X_____ SA est un employeur affilié auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après CCGC) depuis 1979.

2. Dès le 1er avril 1999, la société a repris le personnel de la société Y_____ SA, en faillite depuis le 23 avril 1999 et affiliée auprès de la même caisse de compensation.

3. Par décision du 20 mars 2001, la CCGC a fixé, sur la base de l'attestation de salaires du 31 janvier 2001 concernant l'année 2000, à Fr. 95'868,60 le montant des cotisations AVS/AI/APG/AC (frais administratifs, sommations, amendes et frais de poursuites compris), dû par X_____ SA.

4. Le 12 avril 2001, X_____ SA a recouru contre ladite décision, relevant que la CCGC n'avait pas tenu compte de prestations versées pour le compte de Y_____ SA, d'un montant de Fr. 18'434,45 inclues dans ses décomptes de salaires. Selon la recourante, ce montant ne devait pas être pris en considération par la CCGC, tout comme un montant de Fr. 1'248,70 concernant le personnel de vente de Y_____ SA. La recourante concluait ainsi à la déduction de Fr. 17'185,75 du décompte litigieux, tout en relevant que les cotisations y relatives avaient déjà été versées par Y_____ SA.

5. Dans son préavis du 22 juin 2001, la CCGC a conclu au rejet du recours rappelant que seuls les salaires de janvier à mars 1999, sans les prestations complémentaires, avaient été effectivement versés par Y_____ SA aux salariés. X_____ SA avait, en fin d'année, versé l'intégralité du 13e salaire et payé les absences prises au titre de vacances aux anciens salariés de Y_____ SA devenus les siens.

Cette dernière avait donc déclaré à tort l'entier des salaires, raison pour laquelle la CCGC indiquait qu'elle effectuerait une rectification pour cet employeur. Ainsi, la CCGC considérait que X_____ SA devait payer les cotisations dues sur les compléments versés pour le compte de Y_____ SA.

6. Dans son courrier du 19 juillet 2001, la recourante a persisté dans ses conclusions, tout en précisant que les cotisations litigieuses concernaient des prestations dues par Y_____ SA à ses employés pour les rapports de travail antérieurs au 1er avril 1999 et annoncées dans ses déclarations en 1999. Selon elle, elle n'avait procédé qu'à une avance de fonds, ne reprenant ainsi aucune des obligations de Y_____ SA envers ses créanciers.

7. Par courrier du 25 mars 2002, la CCGC a déclaré maintenir ses conclusions considérant que les salaires avaient été versés par X_____ S.A. pour ses employés. Il est ajouté qu'au moment du versement du salaire, à fin juin 1999, Y_____ S.A. était déjà en faillite et ne pouvait donc verser aucun salaire.

8. Invitée à se déterminer, X_____ SA a déclaré avoir repris, le 1er avril 1999, le personnel, le bail ainsi que les activités de Y_____ SA. Cette reprise ne concernait, toutefois, ni les actifs ni les passifs de cette dernière. Il était précisé que les prestations de vacances et de 13èmes salaires dues aux employés de Y_____ SA, le 31 mars 1999, étaient parvenues aux bénéficiaires par l'intermédiaire de la recourante. Y_____ SA était donc débitrice de ces montants envers X_____ SA. Ces créances avaient du reste été produites par cette dernière dans la faillite.

9. Il ressort de l'état de collocation de Y_____ SA que la créance de X_____ SA a été admise en 1ère classe pour la somme de Fr. 27'196,95 à titre de salaires versés au 31 septembre 1999.

EN DROIT

1. Le recours, interjeté auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI en temps utile, (art. 84 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants - LAVS) est recevable en la forme.

2. La cause a été transmise d'office au présent Tribunal conformément à l'article 3, al. 3 de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ).

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) entrée en vigueur le 1er janvier 2003 n'est pas applicable au cas d'espèce en application du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1).

4. Selon l'art. 12 al. 1 LAVS :

> « Est considéré comme employeur quiconque verse à des personnes obligatoirement assurées une rémunération au sens de l'art. 5, 2e alinéa ».

L'art. 7 litt. o RAVS prescrit que les indemnités de vacances ou pour jours fériés font partie du salaire déterminant pour le calcul des cotisations.

Les salaires mensuels supplémentaires (par exemple 13e salaire), les gratifications, les primes de fidélité, les participations au bénéfice, les cadeaux pour ancienneté de service et les rétributions allouées pour les améliorations suggérées par le salarié font intégralement partie du salaire déterminant, quel que soit leur montant et indépendamment du fait que le salarié puisse les faire valoir ou non (cf. Directives sur le salaire déterminant n°2006, art. 7 litt. c RAVS).

Dans le cas présent, le montant litigieux de Fr. 18'434,45 concerne le versement par X_____ SA du 13ème salaire et des indemnités de vacances pour le compte de Y_____ SA relatifs à la période s'étendant de janvier à mars 1999. Au vu de ce qui a été exposé précédemment, ce montant fait partie du salaire déterminant pour le calcul des cotisations.

Reste à déterminer qui de X_____ SA ou de Y_____ SA est débitrice des cotisations paritaires arriérées dues sur les salaires mensuels complémentaires.

A l'égard de la caisse de compensation, seul l'employeur est tenu de verser les cotisations paritaires et ce n'est en général qu'à lui que la caisse peut s'adresser au vu du paiement de ces cotisations (n°2029 des Directives sur la perception des cotisations).

La qualité d'employeur peut revenir à une personne physique, une personne morale, une société en nom collectif, une société en commandite ou à une masse en faillite (n°1010 des Directives sur la perception des cotisations).

Selon la jurisprudence, il faut considérer comme employeur, en règle générale, celui qui paie au salarié le salaire déterminant. Cela ne signifie toutefois pas qu'il faille considérer comme employeur tenu de faire les décomptes et de payer les cotisations aussi celui qui verse le salaire sur

l'ordre d'un tiers (RCC 1990 141). L'article 12 LAVS se borne à indiquer qu'en cas de doute, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de déterminer qui est le véritable employeur, il faut considérer comme tel celui qui paie le salaire (RCC 1987 32 et références).

Il importe peu que l'employeur alloue le salaires à l'aide de ses propres ressources ou de ressources mises à sa disposition par autrui (n°1013 des Directives sur la perception des cotisations ; RCC 1953 312).

En l'espèce, le montant litigieux concerne les salaires de la période de janvier à mars 1999. A cette époque, Y_____ SA était employeur des salariés engagés par la suite par X_____ SA et ce, dès le 1er avril 1999.

Selon le courrier de la recourante du 14 novembre 2003, Y_____ SA l'aurait chargée d'effectuer le versement du 13ème salaire et des indemnités à la fin de l'année.

Il est indéniable que Y_____ SA était l'employeur des salariés repris par la recourante et ce, jusqu'en mars 1999. Les salaires versés par la recourante au nom de Y_____ S.A. sont du reste colloqués en 1ère classe.

C'est donc à cette dernière que devrait être réclamé les cotisations arriérées.

Il convient de relever que Y_____ SA a elle-même déclaré à la CCGC les montants versés comme salaire par la recourante.

Il sied toutefois de s'interroger sur la question du transfert d'entreprise.

Aux termes de l'art. 333 al. 1 CO :

> « Si l'employeur transfère l'entreprise ou une partie de celle-ci à un tiers, les rapports de travail passent à l'acquéreur avec tous les droits et les obligations qui en découlent, au jour du transfert, à moins que le travailleur ne s'y oppose ».

Le code des obligations ne précise pas ce qu'est un transfert d'entreprise ou de partie d'entreprise. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il suffit pour qu'il y ait transfert des rapports de travail que l'exploitation soit effectivement poursuivie ou reprise par le nouveau chef d'entreprise, peu importe qu'il y ait ou non un lien de droit entre le premier et le second exploitant ; ainsi, l'art. 333 CO s'applique lorsque le propriétaire d'un restaurant résilie le bail du gérant pour contracter avec un autre gérant (ATF 123 III 466, JT 1998 I 613).

Selon Brunner, Bühler, Waeber, par transfert d'entreprise, il faut entendre tous les modes de remise d'une entreprise, tels que la vente, l'échange, la donation ou la mise en gérance ; il y a transfert d'entreprise lorsque l'entité économique aliénée voit son exploitation poursuivie ou reprise par un nouveau chef d'entreprise, avec les mêmes activités économiques ou des activités analogues (Ch. BRUNNER, J-M. BÜHLER, J-B. WAEBER, Commentaire du contrat de travail, Lausanne 1996, p. 158).

L'art. 333 CO n'est cependant pas applicable aux entreprises en faillite, sauf en cas de sursis concordataire (E. KARAGJOZI, les transferts d'entreprise en droit du travail in Le droit du travail en pratique, n°24, 2003, p. 58).

Il convient donc de déterminer si un transfert d'entreprise a effectivement eu lieu et dans l'affirmative, à quelle date.

En l'occurrence, X_____ SA a repris, le 1er avril 1999, le personnel, le bail ainsi que les activités de Y_____ SA. L'activité de Y_____ SA a été poursuivie.

Il y a donc lieu de considérer, au vu de la jurisprudence précitée, qu'il a été procédé à un transfert partiel d'entreprise, le 1er avril 1999.

La faillite de Y_____ SA ayant été ouverte après le transfert, soit le 23 avril 1999 (cf. avis aux créanciers et au failli du 25 juillet 2003), l'art. 333 CO est applicable au cas d'espèce.

Force est de constater que X_____ SA est débitrice des cotisations AVS impayées par Y_____ SA. La somme de Fr. 17'185,75 doit ainsi être prise en compte dans le décompte de l'année 2000 de la recourante pour l'établissement des cotisations AVS dues.

Le recours est ainsi rejeté.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable

Au fond :

2. Le rejette ;

3. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement qu'elle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière :	La Présidente :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

La secrétaire-juriste : Laura DI DIO

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