RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3219/2005 **ATAS/1005/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 2

du 22 novembre 2005

En la cause

SX_____ (SUISSE) SA, rue de Veyrot 1 à Meyrin/Genève,

et

Monsieur F_____, domicilié dans le Jura

Tous deux comparant par Me Guy STANISLAS en l'étude duquel ils élisent domicile. — Recourants

contre

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES, rue de Saint-Jean 98 à Genève, — Intimée

Siégeant : Madame Isabelle DUBOIS, Présidente, Mesdames Doris WANGELER et Juliana BALDE, juges.

EN FAIT

1. Monsieur F_____ a travaillé en tant que cadre supérieur au sein de l'entreprise X_____ (SUISSE) SA. jusqu'au 25 juin 2002, date à laquelle les relations de travail se sont éteintes.

2. Par contrat d'assurance du 1er mars 1997 avec la société Y_____ (reprise en novembre 1997 par la société Z_____), l'employeur a assuré la totalité de ses cadres supérieurs européens âgés de moins de 65 ans en poste dans divers pays, dont la Suisse, « pour les cas de décès et d'invalidité absolue et définitive » (art. 3 des dispositions générales et art. 1 du chapitre « décès »). Pour qu'une telle invalidité soit reconnue, il fallait que l'assuré soit dans l'incapacité totale et irréversible de se livrer à un travail rémunéré ou lui donnant gain ou profit et qu'il soit dans l'incapacité, attestée par le médecin traitant, d'accomplir seul et sans possibilité d'amélioration trois des cinq actes élémentaires de la vie courantes : se déplacer, s'habiller, se laver, s'alimenter et aller aux toilettes (paragraphe 2.2 du chapitre « décès »). En cas de réalisation du risque assuré, l'assurance prévoyait le versement d'un capital correspondant à 300 % du salaire annuel brut déclaré par le souscripteur et limité à huit fois le plafond annuel de la Sécurité sociale française (paragraphe 2.1 du chapitre « décès » et art. 4 des dispositions générales). Les cotisations étaient entièrement prises en charge par l'employeur (paragraphe 5.2 des dispositions générales).

3. Les cadres supérieurs ont été informés de leur nouvelle couverture de protection sociale par courrier du 4 septembre 1997, ce dernier précisant que leur garantie de prévoyance prévoyait un niveau minimum d'indemnisation à hauteur de trois ans de salaire annuel et qu'elle viendrait éventuellement compléter des dispositions locales moins favorables.

4. A la fin de l'année 1999, X_____SA a fusionné avec l'entreprise S_____ SA et est devenue SX_____ SA.

5. Dès le 21 août 2000, l'assuré a été en incapacité de travailler. Il a déposé une demande de prestations auprès de l'Office cantonal d'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI), qui lui a octroyé un quart de rente à partir du 1er août 2001.

6. Dès la fin de son contrat de travail au 25 juin 2002, l'assuré a fait valoir une prétention en paiement de trois ans de salaire annuel auprès de son ex-employeur en invoquant la couverture de prévoyance mise en place par le contrat d'assurance conclu le 1er mars 1997 avec l'Y_____ et l'engagement écrit de la société du 4 septembre 1997.

7. L'entreprise a contesté devoir un tel montant en relevant que cet engagement était devenu obsolète suite à sa fusion avec le groupe S_____ fin 1999 et qu'il

visait uniquement à compléter une prévoyance défaillante selon le pays européen concerné. Elle a souligné que la protection découlant du contrat ne pouvait s'appliquer à la Suisse, ce pays possédant déjà un régime de prévoyance protecteur pour les employés.

8. Le 9 octobre 2003, après avoir consulté leur conseil commun au sujet de l'interprétation du texte litigieux, lequel a préconisé à l'entreprise un règlement à l'amiable vu l'ambiguïté de son engagement du 4 septembre 1997, les parties ont conclu une convention par laquelle l'ex-employeur s'engageait à verser un montant de 220'000 fr. à l'assuré. Selon cet accord, la somme versée consistait en un montant global et forfaitaire versé en capital que l'assuré affecterait à sa caisse de retraite à sa seule discrétion. La convention précisait que le versement était effectué à bien plaire, sans reconnaissance de responsabilité et que l'entreprise s'estimait n'être tenue à aucune obligation contractuelle ou légale. Quant à l'assuré, il a reconnu n'avoir plus de prétention à faire valoir à l'encontre de la société en relation avec l'engagement du 4 septembre 1997.

9. Le 17 novembre 2003, l'entreprise a informé la Caisse interprofessionnelle AVS de la fédération des entreprises romandes (FER-CIAM, ci-après la Caisse) qu'elle avait versé un montant de 220'000 fr. à l'assuré, à titre de prestation en capital liée à l'atteinte durable à la santé. Elle a expliqué que l'assuré avait été assuré, avant la fusion de l'entreprise en 1999 par la caisse de pension « WINTHERTUR COLUMNA » dans le cadre du 2ème pilier et qu'une garantie de prévoyance commune avait également été mise en place pour les cadres supérieurs dont l'assuré faisait partie.

10. La Caisse lui a répondu le 21 novembre 2003 qu'elle devait examiner la nature de la prestation versée et l'a priée de lui faire parvenir le règlement de la garantie de prévoyance afin de déterminer si la prestation allouée faisait partie du salaire déterminant ou non.

11. Par courrier du 24 novembre 2003, l'entreprise lui a communiqué une copie de l'engagement du 4 septembre 1997 ainsi qu'une copie de la convention du 9 octobre 2003 tout en renvoyant à son précédent courrier explicatif.

12. Le 27 novembre 2003, la Caisse lui a expliqué que la prestation allouée à l'assuré faisait partie du salaire déterminant, qu'elle était soumise à cotisation et qu'elle devait figurer sur l'attestation des salaires versés en 2003. Elle a relevé que l'entreprise n'avait pas fourni de copie du règlement de la garantie de prévoyance mise en place, et ce malgré sa requête, se contentant de lui retourner une copie de la convention du 9 octobre 2003. Dans cette dernière, la Caisse a souligné que l'entreprise avait précisé qu'elle estimait n'être tenue à aucune obligation contractuelle ou légale et que le versement avait été effectué à bien plaire, sans

reconnaissance de responsabilité, raison pour laquelle il apparaissait que ce montant ne pouvait pas être qualifié de prestation réglementaire d'institution de prévoyance.

13. Après divers échanges de courriers et sur requête de l'entreprise du 20 janvier 2004, la Caisse a rendu une décision en date du 22 janvier 2004 confirmant son point de vue étayé dans son courrier du 27 novembre 2003. Elle a refusé de considérer la prestation allouée à l'assuré comme une prestation de prévoyance professionnelle.

14. Le 25 février 2004, l'entreprise a formé opposition à cette décision par l'entremise de son conseil en alléguant que la Caisse faisait preuve de formalisme excessif en se basant uniquement sur les termes utilisés dans la convention conclue en date du 9 octobre 2003. Quand bien même l'entreprise avait précisé verser la prestation à bien plaire et sans reconnaissance de responsabilité, s'estimant n'être tenue à aucune obligation contractuelle ou légale, il apparaissait que la qualification juridique de la prestation n'était pas remise en cause et qu'il s'agissait bien d'un montant versé au titre de la prévoyance professionnelle. La convention était d'ailleurs intervenue parce que le conseil avait préconisé un règlement amiable à l'entreprise dans la mesure où le texte de l'arrangement du 4 septembre 1997 était ambigu et qu'il devait faire l'objet d'une interprétation selon les critères retenus en droit privé, soit être interprété dans le sens le plus favorable à l'employé. En l'absence de documents contractuels définissant clairement l'étendue des prestations, l'employé pouvait prétendre aux prestations énoncées dans l'engagement du 4 septembre 1997, surtout s'il avait renoncé à des couvertures complémentaires en fonction de la situation confortable qu'il espérait de bonne foi sur la base de cet engagement.

15. Par décision sur opposition du 19 mars 2004, la Caisse a confirmé sa décision du 22 janvier 2004. Elle a relevé que la prestation dont avait bénéficié l'assuré n'était pas une prestation d'une institution de prévoyance professionnelle et qu'il n'était pas titulaire d'un droit à l'égard de l'employeur. Au surplus, elle découlait d'un contrat collectif d'assurance régi par le droit civil français et avait été versé par une institution française et non par une institution suisse.

16. Par écriture du 5 mai 2004, l'entreprise et Monsieur F_____ ont interjeté recours contre cette décision en concluant à l'annulation de la décision litigieuse et à la constatation que la prestation versée n'était pas soumise à cotisations. Ils ont expliqué que le montant versé consistait en une prestation de prévoyance professionnelle dans la mesure où il découlait d'un contrat d'assurance en cas de décès ou d'invalidité, affecté exclusivement à la prévoyance et conclu avec une institution d'assurance privée soumise à la surveillance des assurances (succursale suisse ou société assurant des personnes en Suisse), que la prestation avait été prévue dans le cadre d'un complément ultérieur d'un règlement et que l'événement assuré s'était produit. Ils ont souligné que le contrat conclu avec Y_____ n'avait pas d'autre but que d'assurer une prévoyance complémentaire en cas de

décès ou d'invalidité, que la société d'assurances Y_____ était une compagnie d'assurance française ayant des succursales dans différents pays dont la Suisse et que l'assuré, domicilié en Suisse, bénéficiait de cette couverture d'assurance. Le contrat conclu avec Y_____ visait à compléter les dispositions locales de prévoyance tel que précisé dans le courrier du 4 septembre 1997 et il faisait partie intégrante des dispositions réglant la prévoyance professionnelle des cadres supérieurs de l'entreprise. Par ailleurs, l'assuré s'était retrouvé en droit de réclamer la prestation lorsque l'événement assuré s'était produit. Que le contrat d'assurance ait été conclu entre l'entreprise et Y_____ ne changeait rien dans la mesure où il s'était agi d'une stipulation pour autrui et que, dans ce cadre, les tiers ne pouvait pas révoquer le droit du tiers si ce dernier avait déclaré au débiteur qu'il entendait se prévaloir de son droit. L'assuré étant titulaire du droit et ayant déclaré qu'il entendait le faire valoir, l'entreprise n'avait plus été en droit de le révoquer et avait dû s'acquitter du versement de la prestation promise. Au vu de ces explications, la qualification du montant versé, soit une prestation de prévoyance professionnelle, ne faisait aucun doute dans la mesure où l'entreprise n'avait procédé au versement que parce qu'elle s'y était obligée.

17. Par réponse du 19 mai 2004, la Caisse a persisté intégralement dans ses conclusions et a conclu au rejet du recours. Elle a relevé que, même dans l'hypothèse où le contrat d'assurance entre Y_____ et l'entreprise existait encore, il avait été conclu en France et non en Suisse et l'institution était soumise au droit français quand bien même certains bénéficiaires potentiels résidaient en Suisse. Il ne s'agissait dès lors pas d'un contrat de prévoyance liée conclue avec un établissement d'assurance soumis à la surveillance des assurances et dès lors pas non plus d'une prévoyance assimilée à la prévoyance professionnelle. Elle a ajouté que l'invalidité de l'assuré selon le droit suisse n'était pas complète, ce dernier percevant un quart de rente de l'assurance-invalidité. Or, selon le contrat d'assurance, il fallait être en incapacité totale et irréversible de se livrer à un travail rémunéré et il était très possible que l'assurance n'accorde pas de prestations à l'assuré. La Caisse a encore précisé que le capital fixé de 220'000 fr. par la convention présentait certes un caractère de prévoyance, mais qu'il avait été versé à bien plaire et sans reconnaissance de responsabilité. Il fallait ainsi considérer la prestation comme une prestation de départ soumise à cotisations.

18. Par courrier du 27 mai 2004, le Tribunal de céans a informé la recourante que la cause était gardée à juger à moins qu'elle ne sollicite expressément son audition.

19. Par arrêt du 21 septembre 2004, le Tribunal de céans a considéré que la prestation versée ne saurait être assimilée aux prestations découlant de l'art. 6 al. 2 let h RAVS, raison pour laquelle il se justifiait de la soumettre à cotisations. Par conséquent , le recours était rejeté.

20. Sur recours, le TFA a partiellement admis le recours, en ce sens que la caisse n'aurait pas dû rendre une décision de constatation de droit puisqu'elle pouvait rendre une décision de cotisations, de sorte que le Tribunal de céans n'aurait pas dû entrer en matière. L'arrêt et la décision sur opposition ont donc été annulés.

21. Par décision du 14 juillet 2005, la caisse a réclamé le montant de 27'714 fr. 40 à SX_____ correspondant aux cotisations dues sur le montant versé à Monsieur F_____ en novembre 2003.

22. Sur opposition, la caisse a rendu une décision le 28 juillet 2005 la confirmant.

23. Dans leur recours du 14 septembre 2005, les recourant concluent à l'annulation de la décision litigieuse et à la constatation que la prestation versée n'était pas soumise à cotisations. Il reprennent l'entier de leur argumentation.

24. Dans sa réponse du 12 octobre 2005, la caisse a indiqué maintenir les termes de sa décision sur opposition.

25. Après transmission de ces écritures aux parties, par pli du 26 octobre 2005, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

   Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch.1 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 LPGA qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946.

   Le Tribunal de céans est par conséquent compétent.

2. En outre, interjeté dans les forme et délai légaux, le recours est recevable conformément aux art. 56, 59 et 60 LPGA.

3. Le litige porte sur la qualification juridique de la prestation allouée à l'assuré par l'entreprise. Le Tribunal doit en effet déterminer si cette somme est assimilable à

une prestation réglementaire d'institution de prévoyance professionnelle et ne fait dès lors pas partie du revenu déterminant soumis à cotisations ou si, au contraire, elle doit être considérée comme une indemnité de départ soumise à cotisations.

a) Selon l'art. 5 al. 2 LAVS, est considéré comme salaire déterminant toute rétribution pour un travail dépendant effectué dans un temps déterminé ou indéterminé. 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 (ATF 126 V 222 consid. 4a, 124 V 101consid. 2, et la jurisprudence citée).

Aux termes de l'art. 5 al. 4 LAVS, 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. Ainsi, l'art. 6 al. 2 let. h du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS) prévoit notamment que ne sont pas comprises dans le revenu provenant d'une activité lucrative les prestations réglementaires d'institutions de prévoyance professionnelle, si le bénéficiaire a un droit propre envers l'institution ou l'employeur au moment où l'événement assuré se produit ou lorsque l'institution est dissoute.

Le chiffre 2089 de la Directive sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (ci-après DSD) précise qu'on considère notamment comme des prestations réglementaires d'institutions de prévoyance professionnelle les prestations d'une institution de prévoyance en faveur du personnel au sens des art. 48 et 80 de la loi sur la prévoyance professionnelle du 25 juin 1982 (LPP) et les prestations résultant d'autres formes reconnues de prévoyance au sens des art. 82 LPP et 1 de l'ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3) (contrat de prévoyance liée conclu avec les établissements d'assurances ou convention de prévoyance liée conclue avec les fondations bancaires). On entend par contrats de prévoyance liée les contrats spéciaux d'assurance de capital et de rentes sur la vie ou en cas d'invalidité ou de décès qui sont conclus avec une institution d'assurance soumise à la surveillance des assurances ou avec une institution d'assurance de droit public satisfaisant aux exigences fixées à l'art. 67, 1er alinéa LPP et qui sont affectés exclusivement et irrévocablement à la prévoyance (art. 1 al. 1 OPP 3). On considère également comme prestations au sens de l'art. 6 al. 2 let. h RAVS le transfert d'une prestation de prévoyance réglementaire à l'institution de prévoyance du nouvel

employeur ou à une institution de libre passage au sens de l'art. 4 de la loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieilles, survivants et invalidité (LFLP) (sous forme d'un compte de libre passage ou d'une police de libre passage) et l'avoir de prévoyance qui n'a pas été versé (ch. 1090 DSD).

Selon l'art. 18 al. 1 CO, pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention. Il incombe au juge d'établir, dans un premier temps, la volonté réelle des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices (ATF 127 III 444 consid. 1b). Lorsqu'elle est établie, la réelle et commune intention des parties ne laisse plus de place à l'interprétation selon le principe de la confiance (ATF 123 III 35).

b) En l'espèce, il s'agit de déterminer la réelle et commune intention des parties et de dégager les indices permettant de qualifier précisément la prestation, afin de déterminer si ce montant répond à la définition légale du type de prestation définie à l'art. 6 al. 2 let. h RAVS. Pour ce faire, il convient de se fonder sur deux éléments, soit le contrat d'assurance du 1er mars 1997 que la recourante a passé avec Y_____ et la convention conclue entre ces deux parties en date du 9 octobre 2003.

A lire le contrat d'assurance, il ressort que les cadres supérieurs suisses étaient protégés en cas de décès ainsi qu'en cas d'invalidité « absolue et définitive », laquelle était reconnue lorsque l'assuré était dans l'incapacité totale et irréversible de se livrer à aucun travail rémunéré ou lui donnant gain ou profit et dans l'incapacité, attestée par le médecin traitant, d'accomplir seul et sans possibilité d'amélioration trois des cinq actes élémentaires de la vie courante, soit se déplacer, s'habiller, se laver, s'alimenter et aller aux toilettes (cf. contrat du 1er mars 1997, p. 8, pièce 2 recourante). Or, l'assuré ne répond pas aux exigences édictées par le contrat dans la mesure où il ne présente pas un cas d'invalidité absolue et définitive tel que décrit dans le termes du contrat, puisqu'il perçoit un quart de rente de l'assurance-invalidité depuis le 1er août 2001, ce dernier point n'étant contesté par aucune des parties. Cela constitue un premier indice permettant d'inférer que le versement de la prestation n'est pas intervenu dans un but de prévoyance professionnelle. Le fait que la recourante se soit retrouvée dans l'obligation de payer la prestation du fait de son courrier du 4 septembre 1997 ne change rien à la qualification de la somme elle-même.

Par ailleurs, la convention du 9 octobre 2003 précise certes que le montant versé en capital devait être affecté à la caisse de retraite de l'assuré, mais cela à la seule discrétion de ce dernier (cf. convention p. 3, pièce 4 recourante). On constate ainsi qu'il n'était pas prévu que la prestation soit versée sur un compte bloqué et de ce

fait irrévocablement affectée à la prévoyance professionnelle de l'assuré. Or, si la directive relève qu'un contrat de prévoyance liée correspond à une prestation réglementaire d'institution de prévoyance professionnelle au sens de l'art. 6 al. 2 let. h RAVS, c'est précisément parce que ce type de prévoyance, dite liée (3ème pilier A), à l'inverse de la prévoyance libre (3ème pilier libre), ne saurait être détourné de son but de prévoyance professionnelle (Jean-Louis DUC, « Les assurances sociales en Suisse », p. 47, Lausanne 1999). Cette manière de procéder constitue également un indice en faveur d'une prestation n'ayant pas pour but la prévoyance professionnelle.

Au vu de ces éléments, la prestation versée ne saurait être assimilée aux prestations découlant de l'art. 6 al. 2 let h RAVS, raison pour laquelle il se justifie de la soumettre à cotisations conformément aux dispositions légales susmentionnées. Le montant des cotisations réclamées n'est, quant à lui, pas contesté.

Pour tous ces motifs, le recours sera rejeté et la décision sur opposition de la Caisse du 28 juillet 2005 confirmée.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

(statuant conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.

3. Dit que la procédure est gratuite ;

4. 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 quelle 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).

Le greffier: La présidente :

Pierre RIES 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