

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 23 juillet 2010

Présidence de M. NEU, juge unique
Greffier : M. Addor

Cause pendante entre :

B. _____ SÀRL, à Genève, recourante, représentée par Me Hervé Crausaz,
avocat à Genève,

et

CAISSE AVS DE LA FEDERATION PATRONALE VAUDOISE, à Paudex,
intimée.

Art. 5 al. 2 et 9 al. 1 LAVS

E n f a i t :

A. Le 27 février 2006, U._____, gérant de la société fiduciaire
B._____ Sàrl, a adressé à J._____ le courriel suivant:

"Bonjour Monsieur,

Nous avons échangé un téléphone en fin de semaine concernant votre annonce parue dans le journal [...].

A ce sujet, comme je vous en ai fait part, je suis à la recherche d'un sous-traitant pour des comptabilités simples de sociétés artisanales, PME et PMI.

Je travaille sur le programme [...] dont vous trouverez les informations utiles sur internet: [...]. Et l'activité sera faite depuis mes bureaux à Genève situés près de la sortie d'autoroute.

Si cela devait retenir votre attention, je vous laisse le soin alors, de me faire une proposition.

[Salutations]".

Le même jour, J._____ a répondu à ces lignes par ce courriel:

"Monsieur,

Je bien reçu votre message et je vous en remercie.

Il a retenu toute mon attention et je vous confirme mon intérêt pour la proposition de sous-traitance que vous avez formulé.

[...]

D'après votre e-mail je prends la liberté de vous proposer un rendez-vous dans vos bureaux pour demain 28 février ou, en cas d'impossibilité, pour tout autre jour à votre convenance.

J'en profiterais pour vous exposer l'ensemble de mes qualifications et expériences et pour vous convaincre de l'intérêt d'une éventuelle collaboration.

[...]

[Salutations]".

Le 1^{er} mars 2006, J._____ a débuté une activité de comptable à temps partiel au service de la société B._____ Sàrl ce, pour une durée indéterminée.

D'un courriel du 28 avril 2006 adressé à U. _____ par J. _____, il ressort notamment ce qui suit:

"Je viens de lire votre e-mail et moi aussi je suis surpris du fait que, comme d'habitude, vous avez fait de la confusion entre ce que vous pensez ou vous vous attendez des autres et ce que les autres vous disent.

Vous dites que je n'ai pas respecté les engagements que j'ai pris et convenu avec vous: permettez-moi de vous rappeler que je vous ai offert mes services de comptabilité sous la forme free-lance et donc sous réserve d'acceptation d'éventuels mandats.

Pour le surplus (juste pour utiliser une de vos expressions préférées) en tant que sous-traitant, je vous ai livré mon travail sous réserve d'approbation de votre part et je me suis toujours dit prêt à apporter les modifications que vous auriez demandé. Donc si vous avez approuvé tout ce que j'ai fait jusqu'aujourd'hui il n'y a pas de travail à refaire, à part, peut-être ce que j'ai fait aujourd'hui.

En outre, je n'ai jamais demandé un salaire à l'heure mais une rémunération à la tâche et je vous ai dit très clairement que je prenais à ma charge les cotisations sociales et les éventuelles frais de formation que, moi et non vous, je retenais utiles à ma profession.

En tant que personne responsable, mais non esclave, je me suis toujours dit disponible à continuer ma collaboration relativement aux dossiers ouverts et, juste pour amour de précision, je n'ai jamais dit que je partais d'un moment à l'autre. Tout simplement je vous ai fait remarquer que si vous continuez à demander en cascades (presque tous les jours) des adaptations ou des modifications aux flux de données à comptabiliser, le risque de retard dans le respect des échéances fiscales devenait difficile à maîtriser et qu'à ces conditions, je ne pouvais pas continuer à vous assurer ma collaboration.

Tout ce qui précède juste pour amour de vérité; en ce qui concerne les dossiers ouverts (et permettez-moi de vous faire remarquer qu'il s'agit de vos dossiers ouverts), comme j'ai eu l'occasion de vous dire ce matin, je suis disponible à continuer [à] collaborer avec vous pour vous aider à les compléter. Mais, soit clair, sous vos directives et approbation, donc sous votre responsabilité et surtout (ce qui est vraiment important), sous réserve d'acceptation de ma part.

Là encore, permettez-moi de vous faire remarquer une grande petite différence entre nous. Mes réserves ne concernent pas l'aspect financier: je n'ai jamais demandé un tarif à l'heure, mais un forfait à la tâche.

[...]"

Le 20 octobre 2006, B._____ Sàrl a établi une déclaration aux termes de laquelle J._____ s'engageait à s'abstenir de toute forme de concurrence à son endroit; J._____ n'a finalement pas signé cette déclaration.

Le 2 novembre 2006, J._____ a cessé avec effet immédiat son activité au service de B._____ Sàrl.

B. Le 24 avril 2007, le conseil de J._____, Me Ivo Buetti, a adressé à la Caisse AVS de la Fédération patronale vaudoise (ci-après: la caisse) une lettre dont la teneur est la suivante:

"Madame, Monsieur,

J'ai l'honneur de vous informer que M. J._____ m'a confié la défense de ses intérêts dans le cadre d'un litige qui l'oppose à son ancien employeur, la société B._____ Sàrl.

Dans ce contexte, je vous serais reconnaissant de bien vouloir me confirmer que B._____ Sàrl a demandé l'affiliation de M. J._____ comme salarié. Dans la mesure du possible, il me serait agréable d'obtenir une copie de la lettre ou du formulaire qui vous a été adressé à l'époque.

Par ailleurs, je vous remercie de bien vouloir m'indiquer si B._____ Sàrl a versé les cotisations sociales concernant M. J._____.

[Salutations]".

Le 2 mai 2007, la caisse a répondu au conseil de J._____ en précisant que le certificat d'assurance de l'intéressé lui avait été transmis par la société B._____ Sàrl pour enregistrement au mois de mars 2006, et qu'un extrait du compte individuel (CI) lui serait remis à réception de la récapitulation annuelle des salaires versés par la société en 2006.

Le 11 septembre 2007, le conseil de J._____ a fait parvenir à la caisse une lettre dont la teneur est la suivante:

"Monsieur,

[...]

Mon mandant souhaite préciser ce qui suit:

1. M. J._____ s'est engagé personnellement à travailler à temps partiel en tant qu'expert-comptable au service et dans les locaux de B._____ Sàrl, cela pour une durée indéterminée à partir du 1^{er} mars 2006. Il était tenu de respecter les directives et les instructions de M. U._____, organe de la société, et était soumis au contrôle de ce dernier. Il existait donc un lien de subordination entre les parties. Le contrat était un contrat de travail à temps partiel rémunéré à l'heure.
2. Monsieur J._____ a travaillé jusqu'au 2 novembre 2006, date à laquelle il a été licencié avec effet immédiat, sans aucun motif.
3. B._____ Sàrl a affilié M. J._____ auprès de votre caisse. En effet, M. J._____ ne pouvait pas être indépendant, dans la mesure où il ne possédait pas sa propre organisation de travail, mais était intégré dans l'organisation de B._____ Sàrl. Il ne pouvait confier des travaux à des tiers et n'était pas libre dans le choix des mandats qu'il entendait effectuer. De plus, il n'a jamais agi en son propre nom, ni pour son propre compte.
4. Durant sa période de travail au service de B._____ Sàrl, M. J._____ a reçu les montants suivants:

- CHF 1'000.- le 20 mars 2006;
- CHF 2'000.- le 29 mars 2006;
- CHF 1'500.- le 13 avril 2006;
- CHF 3'000.- le 15 juin 2006;
- CHF 1'500.- le 25 juillet 2006;
- CHF 1'500.- le 8 août 2006;
- CHF 3'000.- le 28 août 2006;
- CHF 5'000.- le 29 septembre 2006,

à savoir au total CHF 18'500.- (cf. annexes: huit avis de crédit).

5. Tous les ordres de virement donnés par B._____ Sàrl en faveur de M. J._____ sur son compte [...] mentionnent, comme motif de paiement, «entrée salaire» (cf. annexes).
6. Il résulte de ce qui précède que M. J._____ doit être considéré comme un salarié de B._____ Sàrl par votre Caisse et ses revenus comme un salaire déterminant au sens de l'article 5 alinéa 2 LAVS.

Dès lors, vous voudrez bien inviter B._____ Sàrl à s'acquitter des charges sociales relatives aux salaires qu'elle a versés à M. J._____.

[...]".

Etaient joints à cette correspondance les 8 avis de crédit faisant état du versement des sommes mentionnées aux dates indiquées

en faveur de J._____. Le texte comptable y figurant était "entrée salaire".

A réception de la récapitulation des salaires versés en 2006 par la société B._____ Sàrl, la caisse a constaté que les rémunérations versées à J._____ n'y figuraient pas. Le 18 septembre 2007, elle a écrit à la société en lui demandant de bien vouloir compléter et signer une récapitulation complémentaire.

Le 27 septembre 2007, B._____ Sàrl a indiqué à la caisse qu'elle avait confié des mandats en qualité d'indépendant à J._____, celui-ci n'ayant jamais été intégré dans l'entreprise et travaillant dans ses propres bureaux.

Le 24 octobre 2007, la caisse a fait savoir à B._____ Sàrl que, au vu des pièces versées au dossier, J._____ devait être considéré comme salarié à l'égard de l'AVS dans le cadre de son activité exercée pour le compte de la société. Elle réitérait sa requête tendant à la remise d'une nouvelle récapitulation des salaires payés en 2006 à lui renvoyer dûment complétée et signée.

Le 29 octobre 2007, B._____ Sàrl a signifié à la caisse qu'elle contestait le statut de salarié de J._____.

Par décision du 30 novembre 2007, la caisse a établi le décompte des cotisations dues sur les salaires payés pour les mois de mars à septembre 2006 à J._____, selon les renseignements en sa possession. A ce titre, elle a ainsi réclamé à B._____ Sàrl le paiement d'un montant total de 2'805 fr. 45.

Représentée par Me Hervé Crausaz, B._____ Sàrl a formé opposition contre cette décision par écriture du 28 décembre 2007. Elle fait valoir que J._____ a travaillé en tant qu'indépendant et conteste dès lors devoir s'acquitter du montant de 2'805 fr. 45 réclamé par la caisse.

Par décision sur opposition du 24 janvier 2008, la caisse a rejeté l'opposition, confirmant sa décision du 30 novembre 2007. Elle rappelle que J._____ doit être considéré comme salarié au regard de l'AVS dans le cadre de l'activité qu'il a déployée pour le compte de la société B._____ Sàrl, activité pour laquelle il n'a au demeurant pas déposé une demande d'affiliation pour personne de condition indépendante. Elle a derechef invité B._____ Sàrl à s'acquitter du montant de 2'805 fr. 45, dû au titre des cotisations sociales sur les salaires versés à J._____ de mars à septembre 2006. Elle a au surplus relevé que l'on ne saurait reconnaître une prestation de service fournie par l'intermédiaire de la société S._____ Sàrl dont l'intéressé est l'associé-gérant avec signature individuelle.

C. Représentée par Me Hervé Crausaz, B._____ Sàrl recourt contre cette décision par écriture du 27 février 2008, concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation. Elle soutient pour l'essentiel que J._____ a travaillé en tant qu'indépendant, exerçant le mandat confié par B._____ Sàrl en conservant son autonomie et en se réservant le droit d'accepter d'autres mandats. Il n'était pas assigné à une place de travail et organisait librement son temps. Il n'y avait pas non plus d'heures de travail régulières prescrites. B._____ Sàrl conteste ainsi implicitement devoir s'acquitter de la somme réclamée par la caisse au titre des cotisations sur les salaires versés à J._____ de mars à septembre 2006.

Dans sa réponse du 7 avril 2008, la caisse conclut au rejet du recours. Elle souligne que la majorité des éléments au dossier concourent à admettre l'existence d'un rapport de subordination, rien au dossier ne permettant d'affirmer que J._____ courait le moindre risque d'entrepreneur. Elle a joint à son écriture un bordereau de pièces. Y figurait notamment une correspondance du 8 août 2006 concernant la récapitulation annuelle des salaires versés en 2005 adressée à la caisse par B._____ Sàrl et établie sous la signature de J._____.

E n d r o i t :

1. a) Les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) s'appliquent en principe à l'AVS (art. 1 al. 1 LAVS [loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.10]). Les décisions sur opposition sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA) devant le tribunal des assurances compétent (art. 58 LPGA), dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA). En l'espèce, le recours, interjeté en temps utile et selon les formes prescrites par la loi (art. 61 let. b LPGA) devant le tribunal compétent est recevable. Il y a donc lieu d'entrer en matière.

b) La loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD, RSV 173.36), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD). Elle est immédiatement applicable à la présente cause (voir la disposition transitoire de l'art. 117 al. 1 LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, qui succède au Tribunal des assurances, est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD). La valeur litigieuse étant inférieure à 30'000 fr., la cause est de la compétence du juge instructeur statuant en tant que juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD applicable par renvoi de l'art. 83c al. 2 LOJV [loi cantonale vaudoise du 12 décembre 1979 sur l'organisation judiciaire, RSV 173.01]).

2. Le litige porte sur la question de savoir si l'activité de J. _____ en qualité de comptable au service de la société B. _____ Sàrl est indépendante ou non.

3. a) Chez une personne qui exerce une activité lucrative, l'obligation de payer des cotisations dépend, notamment, de la qualification du revenu touché dans un certain laps de temps; il faut se demander si cette rétribution est due pour une activité indépendante ou pour une activité salariée (art. 5 et 9 LAVS, art. 6 ss RAVS [règlement fédéral du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS

831.101]). Selon l'art. 5 al. 2 LAVS, on considère comme salaire déterminant toute rétribution pour un travail dépendant effectué dans un temps déterminé ou indéterminé; quant au revenu provenant d'une activité indépendante, il comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante (art. 9 al. 1 LAVS). Selon la jurisprudence, la question de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée ne doit pas être tranchée d'après la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires. Ce qui est déterminant, bien plutôt, ce sont les circonstances économiques. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir éventuellement quelques indices pour la qualification en matière d'AVS, mais ne sont pas déterminants. Est réputé salarié, d'une manière générale, celui qui dépend d'un employeur quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise, et ne supporte pas le risque économique couru par l'entrepreneur. Ces principes ne conduisent cependant pas à eux seuls à des solutions uniformes, applicables schématiquement. Les manifestations de la vie économique revêtent en effet des formes si diverses qu'il faut décider dans chaque cas particulier si l'on est en présence d'une activité dépendante ou d'une activité indépendante en considérant toutes les circonstances de ce cas. Souvent, on trouvera des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activité; pour trancher la question, on se demandera quels éléments sont prédominants dans le cas concret (ATF 123 V 161 consid. 1 p. 162; 122 V 169 consid. 3a p. 171, 281 consid. 2a p. 283; 119 V 161 consid. 2 et les références; TFA H 19/06 du 14 février 2007, consid. 3.1).

Les principaux éléments qui permettent de déterminer le lien de dépendance quant à l'organisation du travail et du point de vue de l'économie de l'entreprise sont le droit de l'employeur de donner des instructions, le rapport de subordination du travailleur à l'égard de celui-ci, l'obligation de ce dernier d'exécuter personnellement la tâche qui lui est confiée (RCC 1989 p. 111 consid. 5a; 1986 p. 651 consid. 4c; 1982 p. 178 consid. 2b). Un autre élément permettant de qualifier la rétribution compte tenu du lien de dépendance de celui qui la perçoit est le fait qu'il s'agit d'une collaboration régulière, autrement dit que l'employé est

régulièrement tenu de fournir ses prestations au même employeur (ATF 110 V 72 consid. 4b p. 78 sv.). En outre, la possibilité pour le travailleur d'organiser son horaire de travail ne signifie pas nécessairement qu'il s'agit d'une activité indépendante (ATF 122 V 172 consid. 3c; TFA H 334/03 du 10 janvier 2005, consid. 6.2.1).

b) L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) a établi des Directives sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (ci-après: DSD), valables dès le 1^{er} janvier 2002, destinées à assurer une application uniforme des dispositions légales par l'administration. Sans se prononcer sur leur validité - ne constituant pas des décisions, elles ne peuvent être attaquées en tant que telles -, le juge en contrôle librement la constitutionnalité et la légalité à l'occasion de l'examen d'un cas concret. Il ne s'en écarte toutefois que dans la mesure où elles établissent des normes qui ne sont pas conformes aux dispositions légales applicables (ATF 118 V 129 consid. 3a; 117 V 282 consid. 4c; 116 V 16 consid. 3c; 114 V 13 consid. 1c; 113 V 17 spéc. p. 21; 110 V 263 spéc. p. 267 sv; 107 V 153 consid. 2b; voir aussi ATF 117 Ib 225 consid. 4b).

Ainsi, en rapport avec la définition du salaire déterminant, s'agissant de la notion de situation dépendante, le chiffre 1013 DSD précise que doit en principe être considéré comme exerçant une activité dépendante, celui qui ne supporte pas de risque économique analogue à celui qui est encouru par l'entrepreneur et dépend de son employeur du point de vue économique ou dans l'organisation du travail. D'après le chiffre 1014 DSD, constituent notamment des indices révélant l'existence d'un risque économique d'entrepreneur le fait que l'assuré

- opère des investissements importants,
- encourt les pertes,
- supporte le risque d'encaissement et de du croire,
- supporte les frais généraux,
- agit en son propre nom et pour son propre compte,
- se procure lui-même les mandats,
- occupe du personnel,
- utilise ses propres locaux commerciaux.

Le rapport social de dépendance économique, respectivement, dans l'organisation du travail, du salarié se manifeste notamment par l'existence:

- d'un droit de donner des instructions au salarié,
- d'un rapport de subordination,
- de l'obligation de remplir la tâche personnellement,
- d'une prohibition de faire concurrence,
- d'un devoir de présence (ch. 1015 DSD).

Aux chiffres 1021 et suivants DSD est énumérée une liste des critères non décisifs lors de l'appréciation d'un cas particulier, tels que notamment la nature juridique du rapport établi entre les parties; sur ce point, les directives précisent que la notion de salaire déterminant se définit exclusivement d'après le droit de l'AVS; c'est une notion particulière à ce domaine juridique, qui est notamment plus large que celle du salaire au sens des dispositions régissant le contrat de travail (ch. 1022 DSD); mais des rétributions découlant d'un mandat, d'un contrat d'agence, d'un contrat d'entreprise ou d'un autre contrat peuvent aussi appartenir au salaire déterminant; le rapport de droit civil peut certes fournir éventuellement quelques indices pour la qualification en matière d'AVS, mais n'est pas absolument décisif (ch. 1023 DSD). Parmi les autres critères non décisifs, le fait qu'un salarié travaille simultanément pour plusieurs employeurs ne permet pas non plus de lui reconnaître le statut d'indépendant (ch. 1027 DSD). De même, la qualification attribuée à tel ou tel revenu par l'autorité fiscale est sans incidence en la matière (ch. 1030 DSD).

S'agissant des sous-traitants, les chiffres 4046 ss DSD prévoient que ceux-ci sont en règle générale assimilés à des salariés, sauf s'ils possèdent, notamment, leur propre organisation d'entreprise.

4. En l'espèce, comme le retient la caisse intimée, le statut d'indépendant ne saurait être reconnu à J._____ pour son activité de

comptable déployée de mars à septembre 2006 au service de la société recourante.

En effet, il ressort des pièces versées au dossier constitué que l'intéressé travaillait dans le même domaine que la société B._____ Sàrl, dans les locaux de cette dernière et à l'aide d'un programme informatique mis à sa disposition par les soins de la recourante. Le gérant de la société recourante avait le pouvoir de lui donner des instructions au sujet de l'exécution de son travail et lui fixait en outre des délais pour le rendre. J._____ était en outre tenu d'accomplir personnellement les tâches qui lui étaient confiées directement par B._____ Sàrl, en la personne de U._____. Il ne pouvait confier l'exécution de son travail à des tiers et n'était pas libre dans le choix des mandats qu'il entendait effectuer. Il n'agissait ainsi ni en son nom propre, ni pour son propre compte. Il percevait de la part de la société recourante une rémunération pour son travail, qu'il ne pouvait ainsi facturer directement au client. Il y a également lieu de relever la volonté de B._____ Sàrl de tenter de faire signer à J._____ une déclaration par laquelle il s'abstenait de toute forme de concurrence à l'égard de la recourante. Force est ainsi de constater que J._____ ne possédait pas sa propre organisation de travail, mais qu'il était au contraire intégré dans l'organisation de la société B._____ Sàrl, dont il dépendait, et pour son travail et pour sa rétribution, de sorte qu'il convient d'admettre que l'intéressé se trouvait dans un rapport de subordination vis-à-vis de la société recourante.

Par ailleurs, rien au dossier ne permet d'affirmer que J._____ supportait dans son activité de comptable au service de la recourante un risque analogue à celui de l'entrepreneur. Aucune caisse de compensation AVS ne lui a reconnu le statut d'indépendant. De plus, quoique inscrit au Registre du commerce en tant qu'associé-gérant de la société S._____ Sàrl, celle-ci est active dans le domaine de l'alimentation, de sorte que J._____ ne saurait apparaître comme ayant accompli son travail de comptable au service de B._____ Sàrl par l'intermédiaire de la société dont il est l'associé-gérant. En outre, J._____ n'apparaît pas aux yeux des tiers comme un bureau comptable actif sur le marché. Il sied enfin de

mentionner la correspondance du 8 août 2006 adressée à la caisse intimée concernant la récapitulation annuelle des salaires versés en 2005 par B._____ Sàrl, établie sous la signature de J._____.

Au vu de l'ensemble des éléments qui précèdent, il y a lieu d'admettre l'existence d'un rapport de subordination dans le cadre de l'activité de comptable déployée par J._____ au service de la société B._____ Sàrl de mars à septembre 2006. Rien ne permet d'affirmer que J._____ courait le moindre risque d'entrepreneur, celui-ci n'agissant dans les faits ni à son propre nom, ni à son propre compte.

5. Il s'ensuit que le recours, entièrement mal fondé, doit être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision querellée.

La procédure de recours est gratuite (art. 61 let. a LPGA). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens à la recourante, qui succombe (art. 61 let. g LPGA; art. 55 al. 1 LPA-VD).

**Par ces motifs,
le juge unique
prononce :**

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 24 janvier 2008 par la Caisse AVS de la Fédération patronale vaudoise est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais, ni alloué de dépens.

Le juge unique :

Le greffier :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Hervé Crausaz, avocat (pour B._____ Sàrl),
- Caisse AVS de la Fédération patronale vaudoise,
- Office fédéral des assurances sociales,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral au sens des art. 82 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :