

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 25 août 2010

Présidence de M. MICHELLOD
Juges : Mmes Dormond Béguelin et Rossier
Greffière : Mme Trachsel

Cause pendante entre :

O. _____, à Payerne, recourante, représentée par Me Julien Guignard, à Fribourg,

et

CAISSE CANTONALE VAUDOISE DE COMPENSATION AVS, à Clarens, intimée.

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

E n f a i t :

A. La société O. _____ (ci-après : la recourante ou la société) est affiliée depuis le mois de mai 2007 comme employeur auprès de la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS (ci-après : la caisse). Elle est inscrite au registre du commerce depuis le 15 octobre 2001 et fait commerce de denrées alimentaires.

M. _____, décédé le 8 avril 2008, était inscrit auprès de la caisse en qualité d'indépendant, actif dans le commerce alimentaire de gros. Il était inscrit au registre du commerce en raison individuelle depuis le 29 avril 1992. Il était également, depuis sa création, administrateur avec signature individuelle de la recourante. Par courrier du 1er juillet 2003, il a annoncé à la caisse la cessation de son activité avec effet au 30 septembre 2003. Pour cette dernière année, il a payé des cotisations pour un montant de 16'395 fr. 60 (décision du 30 janvier 2006). Durant les années 2003, 2004, 2005, 2006 et 2007, la recourante a versé à M. _____ des "honoraires" de 180'000 fr. par année. Elle a également versé des montants à M. H. _____ et une somme unique à la fille de M. _____ durant l'exercice 2005-2006.

B. Le 1er mai 2007, les époux T. _____ (ci-après : les reprenants) ont racheté la recourante, soit l'ensemble du capital action détenu par M. M. _____ ainsi que les actifs et passifs, par convention de vente signée les 13 février et 20 avril 2007. Il est alors apparu que les rémunérations de M. M. _____ n'avaient pas été annoncées à la caisse. A cet égard, les reprenants ont adressé à la caisse un courrier daté du 14 décembre 2007, par lequel ils font état de ces lacunes (et d'autres) et demandent à la caisse de régulariser la situation.

Le 30 mai 2008, la caisse a annoncé à la fiduciaire Q. _____, représentante de la recourante, que, sur la base des documents en sa possession, elle allait procéder comme il suit :

"- radiation de l'affiliation comme indépendant de M. M. _____ au 31 décembre 2002 ; les cotisations indûment versées à ce titre seront portées en déduction des cotisations paritaires de la SA

- affiliation de la société O. _____ pour la période du 1er janvier 2003 au 30 avril 2007

- facturation des cotisations paritaires dues sur les salaires des années 2003 à 2007".

Par décisions des 12 et 19 juin 2008, communiquées le 23 juin suivant, la caisse a réclamé à la recourante un solde de cotisations partiaires, intérêts moratoires compris, de 95'997 fr. 30.

Le 24 juin 2008, la fiduciaire Q. _____ a informé la caisse être surprise de l'ampleur de l'arriéré, et précisé que les héritiers de M. M. _____ souhaitaient liquider le cas au plus vite et proposaient de verser un montant de 90'000 fr. pour solde de tout compte.

Le 14 juillet 2008, agissant par l'intermédiaire de son nouveau conseil, O. _____ a fait opposition à ces décisions, faisant valoir en substance que les revenus étaient des honoraires versés à MM. M. _____ et H. _____ en qualité d'indépendants. Subsidièrement, elle requérait une demande de remise des cotisations 2003-2007.

Par décision sur opposition du 14 octobre 2008, la caisse a en substance confirmé sa précédente décision, relevant que feu M. M. _____ ne pouvait exercer la même activité comme indépendant et comme salarié de la société. Par courrier du 19 décembre 2008, la caisse a précisé que le montant dû, s'élevait à 94'637 francs.

C. O. _____ a recouru contre cette décision sur opposition auprès du Tribunal des assurances le 17 novembre 2008, concluant à sa réforme en ce sens que l'activité litigieuse exercée par M. M. _____ était de nature indépendante pour les années 2003 à 2006, subsidièrement à son annulation et au renvoi de l'affaire pour nouvelle décision au sens des considérants.

Par réponse du 4 février 2009, la caisse a conclu au rejet du recours.

Dans ses déterminations du 18 mars 2009, la recourante a en substance confirmé ses conclusions.

E n d r o i t :

1. Interjeté dans le délai légal de trente jours dès la notification de la décision attaquée, le recours est déposé en temps utile (art. 60 al. 1 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1]) ; il satisfait en outre aux autres conditions légales (art. 61 let. b LPGA), de sorte qu'il est recevable en la forme.

2. La question à examiner est celle de savoir si M. _____ exerçait, pour le compte de la société O. _____, une activité dépendante ou indépendante.

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 [loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10] ; art. 6 ss RAVS [règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.101]).

Selon l'art. 5 al. 2 LAVS, on considère comme salaire déterminant 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. Quant au revenu provenant d'une activité indépendante, l'art. 9 al. 1er

LAVS précise qu'il comprend tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante.

b) Selon la jurisprudence, le point de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée ne doit pas être tranché 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 alors quels éléments sont prédominants dans le cas considéré (ATF 123 V 162 consid. 1, 122 V 171 consid. 3a, 283 consid. 2a, 119 V 161 consid. 2 et les arrêts cités).

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-là, 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). 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, P. c. Société X SA, du 10 janvier 2005, H 334/03).

c) L'Office fédéral des assurances sociales 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 131, consid. 3a ; 117 V 284, consid. 4c ; 116 V 19 consid. 3c ; 114 V 15 consid. 1c ; 113 V 21 ; 110 V 267 ; 107 V 155, 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 ch. 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 ch. 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 ducroire,
- 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".

Aux ch. 1021 ss DSD figure 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).

Les principes précités ne sont pas contraires au droit fédéral; ces directives peuvent donc être appliquées au cas présent.

d) En l'espèce, M._____ exerçait à titre indépendant jusqu'en 2003, date à laquelle il a souhaité être radié de cette affiliation. Il paraît donc évident qu'il a souhaité cesser de supporter le risque qu'il subissait en qualité de raison individuelle. Le « prêt » de 350'000 fr. octroyé à la société par ce dernier, outre qu'il peut très bien s'agir d'un artifice comptable, n'est ainsi pas déterminant. Par ailleurs, le revenu était le même chaque année, soit bien l'indice d'un salaire.

S'agissant des montants retenus, personne ne les conteste, ils peuvent être confirmés sans autre.

Compte tenu de ce qui précède, c'est à juste titre que la caisse a considéré que l'activité exercée par M._____ devait être qualifiée de dépendante. Ainsi, le recours qui se révèle mal fondé, doit être rejeté, ce qui entraîne le maintien de la décision entreprise.

3. Le présent arrêt doit être rendu sans frais ni dépens (art. 61 let. a et g LPGA).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales**

prononce :

- I. Le recours est rejeté.
- II. La décision rendue le 14 octobre 2008 par la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS est confirmée.
- III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires ni alloué de dépens.

Le président :

La greffière :

Du

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

- Me Julien Guignard, avocat (pour O._____)
- Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS
- 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).

La greffière :