

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 9 juin 2010

Présidence de M. JOMINI
Juges : M. Gasser et Mme Feusi, assesseurs
Greffier : M. Simon

Cause pendante entre :

A. _____ **SA**, à Lausanne, recourante, représentée par Me Astyanax Peca,
avocat à Montreux,

et

CAISSE NATIONALE SUISSE D'ASSURANCE EN CAS D'ACCIDENTS, à
Lucerne, intimée.

Art. 92 al. 1 LAA; art. 22 et 115 OLAA

E n f a i t :

A. Les sociétés B._____ SA et C._____ SA, actives dans le domaine de la location de services et placement (travail temporaire), avaient assuré leur personnel contre les accidents professionnels et non professionnels, dans le cadre de la LAA (loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents, RS 832.20), auprès de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (ci-après: la CNA). Les factures de primes pour les années 2001, 2002 et 2003 ont été établies à nouveau le 22 mai 2006, par une décision formelle, après une procédure de révision effectuée par la CNA (Suva Lausanne) conjointement avec le service de révision de la Caisse AVS de la Fédération patronale vaudoise (étant précisé que C._____ SA, entité juridique distincte de B._____ SA, a débuté ses activités le 1^{er} janvier 2003).

B._____ SA et C._____ SA ont formé opposition le 8 juin 2006 contre la décision du 22 mai 2006. La CNA (Suva Division technique de l'assurance, Lucerne) a rendu le 23 janvier 2009 une décision sur opposition dont le dispositif est le suivant:

"L'opposition du 08.06.2006 est donc en partie admise dans la mesure où les déductions de frais généraux de 871'875 francs pour l'année 2001, de 787'500 [francs] pour l'année 2002 et de 697'500 francs pour l'année 2003 doivent être retranchées des corrections sur salaires soumis aux primes à la charge de B._____ SA découlant de la révision.

La facture de primes n° 3082521 du 22.05.2006 établie après la révision est annulée et remplacée par la facture de primes n° 3976548 [recte: 3976458], qui fait partie intégrante de la présente décision sur opposition qui sera envoyée à A._____ SA [...].

L'opposition contre la facture de primes n° 3082523 du 22.05.2006 à charge de C._____ SA est donc en partie admise dans la mesure où les frais généraux de 800 francs seront acceptés.

La facture de primes n° 3082521 du 22.05.2006 établie après la révision est annulée et remplacée par la facture de primes n° 3976510, qui fait partie intégrante de la présente décision sur opposition.

L'effet suspensif sur l'échéance des primes sera levé par cette décision".

- B. _____ SA avait, dans une réponse à une enquête de la CNA, exposé qu'en 2006, les proportions respectives du personnel employé d'une part dans le secteur bâtiment/bois, et d'autre part dans le secteur industrie (y compris technologie de l'information, horlogerie), étaient de 27 % respectivement 73 %. Les extrapolations pour les années 2001 à 2003 sont les suivantes (p. 4-5 de la décision sur opposition):

"Les masses salariales enregistrées de B. _____ SA sans les salaires administration et propre personnel de bureau (partie de l'entreprise "A") peu[ven]t être réparti[e]s entre les différents secteurs d'activités de la manière suivante:

	2001	2002	2003
Médical/hôtellerie	10	20	0
Industrie	50	45	55
Bâtiment/bois	40	35	45

Conformément à la pratique de la Suva, les remboursements de frais suivants sont admis pour les entreprises de travail temporaires au titre de dédommagement pour frais encourus pour le repas de midi et les frais de déplacement moyens de l'entreprise cliente au chantier, pour autant que l'entreprise cliente ne verse pas de paiement pour frais au travailleur: jusqu'à 3 francs par heure, au plus 25 francs par jour. Ce taux constitue une valeur moyenne. Des taux supérieurs doivent être attestés par des justificatifs".

- Il a été allégué, dans l'opposition, que les documents des archives de B. _____ SA relatifs aux salaires versés aux travailleurs, ainsi qu'aux frais généraux, avaient été détruits dans un incendie. Ces données, à défaut de preuve stricte, devaient donc être estimées. Ainsi, pour déterminer le "nombre hypothétique d'employés à temps complet", la CNA s'est fondée sur la masse salariale annuelle déclarée par B. _____ SA et sur des données salariales contenues dans les déclarations d'accident, permettant de déterminer un salaire moyen annuel (sans les salaires administration et propre personnel de bureau).

- Ainsi, dans le secteur bâtiment/bois, le nombre hypothétique d'employés à temps complet était de 155 en 2001 (40 % d'un total de 387), de 140 en 2002 (35 % d'un total de 401) et de 124 en 2003 (45 % d'un total de 276).

- Les déductions pour frais généraux (au taux journalier de 25 fr.) ont été fixées en tenant compte de 225 jours ouvrés par an, soit 871'875 fr. pour 2001 (155 x 225 x 25), 787'500 fr. pour 2002 (140 x 225 x 25) et 697'500 fr. pour 2003 (124 x 225 x 25).

B. Par acte du 23 février 2009, A. _____ SA a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal contre la décision sur opposition de la CNA. Ses conclusions principales et subsidiaires (qui ont la même teneur) tendent à la réforme de cette décision "en ce sens que les déductions de frais généraux de 1'383'750 fr. pour l'année 2001, de 1'254'375 fr. pour l'année 2002 et de 1'074'375 fr. pour l'année 2003 doivent être retranchées des corrections sur salaires soumis aux primes". Elle demande donc que la "facture de prime n°3976458" du 23 janvier 2009 soit annulée et remplacée par une nouvelle facture tenant compte des déductions précitées. A titre préliminaire, elle demande l'octroi de l'effet suspensif.

Dans ses déterminations du 22 mai 2009, la CNA conclut au rejet du recours, faisant valoir que la recourante n'apporte pas d'éléments nouveaux. Elle conclut également au rejet de la requête en restitution de l'effet suspensif.

C. La recourante fait valoir en substance que dans la gestion de B. _____ SA, chaque conseiller s'occupait d'un secteur d'activité bien défini. Elle a donc produit les "listes de mission" de plusieurs conseillers pour les années 2001, 2002 et 2003. Chacune de ces listes mentionne le nom des employés placés par le conseiller, le nom de l'employeur auprès duquel il est placé, la fonction et la durée de la mission. Sur cette base, la recourante a calculé les "parts de marché sur masse salariale", pour différents secteurs (bâtiment, tertiaire, industrie, médical+hôtelier). La recourante a également produit des tableaux intitulés "résultats des conseillers" qui indiquent, en regard des noms des conseillers, le nombre d'heures générées et le montant total des salaires bruts facturés. En additionnant les résultats (salaires bruts) des conseillers chargés, selon

elle, de placer des employés exclusivement dans le secteur du bâtiment, la recourante parvient aux chiffres suivants:

- 2001, part de marché "bâtiment" sur masse salariale totale:
63.6 %
- 2002, part de marché "bâtiment" sur masse salariale totale:
55.6 %
- 2003, part de marché "bâtiment" sur masse salariale totale:
69.3 %

La recourante a par ailleurs produit, notamment, une décision du 27 mai 2008 de la Caisse AVS de la Fédération patronale vaudoise, adressée à B. _____ SA (soit à son ancien directeur), ainsi libellée:

"[...] Au vu des circonstances particulières liées à la nature des indemnités pour frais contestées et par gain de paix, la Caisse accepte, à titre tout à fait exceptionnel et unique, de transiger à hauteur de 10 % des créances dues, soit

No 65489 C. _____ SA	Fr. 11'102.15
No 45372 B. _____ SA	Fr. 994'460.35
	Fr. 1'005'562.50
X 10 %	Fr. 100'556.25

Montant que nous arrondissons à Fr. 100'000.- [...]"

D. A l'audience du Juge instructeur du 1^{er} octobre 2009, plusieurs anciens employés de B. _____ SA (directeur, conseiller en personnel, secrétaire) ont été entendus comme témoins. La conciliation a été tentée, en vain.

E. Par ordonnance du 2 avril 2009, le juge instructeur a admis la requête de la recourante tendant à la restitution de l'effet suspensif.

E n d r o i t :

1. La voie du recours au Tribunal cantonal est ouverte contre la décision sur opposition du 23 janvier 2009, qui applique des règles de la

législation fédérale sur l'assurance-accidents, en matière de paiement des primes (art. 91 ss LAA [loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents, RS 832.20] en relation avec les art. 1 al. 1 LAA, 56 ss LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1] et 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]). Le recours a été formé en temps utile (art. 60 al. 1 LPGA) et dans le respect des autres exigences de recevabilité (art. 61 let. b LPGA notamment). Il y a donc lieu d'entrer en matière.

2. a) En tant qu'autorité de recours contre des décisions prises par des assureurs sociaux, le juge des assurances sociales ne peut, en principe, entrer en matière – et le recourant présenter ses griefs – que sur les points tranchés par cette décision; de surcroît, dans le cadre de l'objet du litige, le juge ne vérifie pas la validité de la décision attaquée dans son ensemble, mais se borne à examiner les aspects de cette décision que le recourant a critiqués, exception faite lorsque les points non critiqués ont des liens étroits avec la question litigieuse (cf. ATF 125 V 413 consid. 2c p. 417; ATF 110 V 48 consid. 4a; RCC 1985 p. 53).

Dans le cas présent, il convient de délimiter l'objet de la contestation, en fonction de la décision attaquée et des griefs du recours.

b) S'agissant de l'obligation de payer les primes dans l'assurance-accidents, l'art. 91 LAA prévoit que les primes de l'assurance obligatoire contre les accidents et maladies professionnels sont à la charge de l'employeur (al. 1). Les primes de l'assurance obligatoire contre les accidents non professionnels sont à la charge du travailleur. Les conventions contraires en faveur du travailleur sont réservées (al. 2). L'employeur doit la totalité des primes. Il déduit la part du travailleur de son salaire. Cette déduction ne peut être opérée, pour une période de salaire, que sur le salaire de cette période ou de la période qui suit immédiatement. Toute convention contraire en défaveur du travailleur est nulle (al. 3). Les assureurs fixent les primes en pour-mille du gain assuré (art. 92 al. 1, 1^{ère} phrase LAA).

A propos de la perception des primes, l'art. 93 LAA prescrit que l'employeur doit établir régulièrement un relevé de salaires donnant, pour chaque travailleur, des renseignements exacts sur le mode d'occupation, le salaire, le nombre et les dates des jours de travail. Il donne à l'assureur, sur demande, des renseignements complémentaires concernant tout ce qui intéresse l'assurance et lui permet de consulter les relevés de salaires ainsi que les pièces justificatives (al. 1). L'assureur évalue d'avance le montant des primes pour un exercice annuel entier et le porte à la connaissance de l'employeur. En cas de modification importante, les primes peuvent être adaptées en cours d'année (al. 2). Les primes pour chaque exercice annuel sont payables d'avance. Moyennant une majoration convenable, l'employeur ou l'assuré à titre facultatif peut échelonner le paiement des primes par semestres ou par trimestres (al. 3). A la fin de l'exercice annuel, le montant des primes est définitivement calculé par l'assureur d'après le total effectif des salaires. Si le relevé de salaires ne donne pas de renseignements sûrs, l'assureur a recours à d'autres moyens de renseignements et l'employeur perd le droit de contester le montant fixé. L'insuffisance ou l'excès du montant payé donne lieu à perception complémentaire, à restitution ou à compensation. Les paiements complémentaires doivent être acquittés dans le mois qui suit la notification du décompte (al. 4). Le Conseil fédéral édicte des prescriptions sur les majorations en cas de paiements échelonnés ou lorsque le délai de paiement n'a pas été respecté, sur les relevés de salaires, leur revision et leur conservation, ainsi que sur le décompte des primes. Il veille à la coordination des dispositions concernant la définition du gain assuré dans l'assurance-accidents et dans les autres branches des assurances sociales (al. 5). Il peut charger, contre indemnisation, les caisses cantonales de compensation de l'assurance-vieillesse et survivants de percevoir les primes et d'assumer d'autres tâches dans le cadre de l'assurance-accidents obligatoire (al. 6). Il peut édicter des dispositions spéciales pour les petites entreprises et les ménages (al. 7).

L'art. 115 al. 1 OLAA (ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents, RS 832.202) prévoit que, sauf exceptions, les

primes sont perçues sur le gain assuré au sens de l'art. 22 al. 1 et 2 OLAA. L'art. 22 OLAA (dans le chapitre "prestations en espèces") définit le gain assuré. L'art. 22 al. 1 OLAA fixe un montant maximum. L'art. 22 al. 2 OLAA précise qu'est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS (avec certaines dérogations, non pertinentes en l'espèce). La notion de salaire déterminant est définie à l'art. 5 al. 2 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.10), qui énumère les éléments de rémunération à prendre en considération.

En matière de relevés de salaires et comptes, l'art. 116 OLAA prévoit que les employeurs doivent, suivant les directives des assureurs, tenir des relevés de salaires. Le salaire des travailleurs qui ne sont assurés que contre les accidents professionnels doit être signalé comme tel (al. 1). Les employeurs dont le personnel est assuré contre les accidents par une caisse maladie ne règlent de comptes qu'avec celle-ci (al. 2). Les employeurs doivent conserver pendant au moins cinq ans les relevés de salaires ainsi que les pièces comptables et autres documents permettant de reviser les relevés. Ce délai commence à courir à la fin de l'année civile pour laquelle les dernières données ont été consignées (al. 3).

c) La recourante, destinataire de la décision attaquée, est invitée à payer des primes qui étaient dues par B._____ SA, pour les années 2001 à 2003. En l'espèce, d'après l'argumentation développée dans le recours, seules les "déductions de frais généraux" devant être "retranchées des corrections sur salaires soumis aux primes à la charge de B._____ SA" (1^{er} paragraphe du dispositif de la décision sur opposition) sont litigieuses. Cela signifie notamment que le calcul des primes à charge de C._____ SA n'est pas contesté (3^e paragraphe du dispositif de la décision sur opposition). Cela signifie également que les autres éléments pris en compte pour le calcul des primes avant déductions, à savoir le total des salaires déterminants ou gains assurés - éléments recalculés par la CNA à l'occasion d'une revision -, ne sont pas à revoir non plus dans le cadre de la présente procédure de recours.

Dans la décision attaquée, la CNA a appliqué une de ses pratiques consistant à admettre, pour les entreprises de travail temporaire, au titre de dédommagement pour frais encourus (repas de midi et frais de déplacement jusqu'au chantier), le remboursement ou la déduction d'un montant de 25 fr. par jour, constituant une valeur moyenne, pour autant que l'entreprise cliente ne verse pas de paiement pour frais au travailleur. Cette pratique ne vise pas l'ensemble du personnel de l'entreprise de travail temporaire, mais seulement les personnes placées auprès d'entreprises les envoyant sur des chantiers, en d'autres termes celles qui ne travaillent pas au siège de l'entreprise cliente. La CNA se réfère à ce propos aux directives de l'OFAS sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (DSD), qui mentionnent effectivement cette solution à propos des déductions de frais généraux dans le cadre prévu à l'art. 9 RAVS (règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.101) (cf. DSD édition 2002, état 2007, ch. 3011; DSD édition 2008, état 2009, ch. 3017). En l'occurrence, la CNA a considéré que seuls les employés du secteur "bâtiment/bois" de B._____ SA - à l'exclusion de ceux des secteurs "médical/hôtellerie" et "industrie" - pouvaient se voir appliquer ce régime pour la déduction des frais généraux. La recourante ne conteste ni la règle ci-dessus, ni le montant forfaitaire moyen de 25 fr. par employé concerné, ni le fait que cette déduction ne peut être appliquée qu'aux employés du secteur "bâtiment/bois". Ces différents points n'ont pas à être revus d'office dans le présent arrêt.

d) En définitive, la contestation ne porte que sur un élément de la décision attaquée: la détermination du nombre d'employés - ou plutôt la proportion de la masse salariale totale - relevant du secteur "bâtiment/bois".

3. La recourante conteste la "base de calculs" utilisée par la CNA pour déterminer les parts de masse salariale du secteur "bâtiment/bois" en 2001-2002-2003, en faisant valoir que ce secteur, par rapport à la masse salariale de B._____ SA, était proportionnellement plus important que ce que la CNA avait retenu. S'il ne représentait que 27 % en 2006,

c'est parce que la politique de l'entreprise avait été de diminuer, à compter de 2003 (et avec effets sensibles dès 2005), la part de marché du secteur "bâtiment/bois" en faveur d'un développement des secteurs "médical" et "hôtellerie". A titre de preuve, la recourante invoque les résultats des conseillers, qui peuvent être déterminés sur la base des listes de missions.

a) Le droit fédéral prévoit un mode de preuve pour le calcul des primes: les relevés de salaire détaillés, pour chaque travailleur, établis par l'employeur et conservés par celui-ci durant cinq ans pour permettre la revision (cf. art. 93 al. 1 LAA, art. 116 OLAA). La recourante n'a pas produit ces pièces, ni dans le cadre de la procédure de revision (avant la décision attaquée) ni dans le cadre de la présente procédure de recours. Il ressort en effet de la décision attaquée que la recourante n'a pas conservé ces documents, à cause d'un incendie. Dans ces conditions, la CNA ne pouvait que procéder à une estimation, voire à une extrapolation sur la base d'autres éléments d'information disponibles.

b) Il ressort des écritures de la recourante et de témoignages faits à l'audience d'instruction que la part de la masse salariale pour le secteur "bâtiment/bois" était, selon elle ou ses organes, supérieure à 45 % pour les années en question. Or des estimations très grossières, expliquées par l'évolution des choix stratégiques de l'entreprise (une volonté de développer un secteur aux dépens d'un autre), ne sauraient être prises en considération pour le calcul des primes.

La recourante se prévaut cependant principalement des listes de missions des conseillers de B._____ SA, en affirmant en substance qu'un conseiller plaçant des employés du secteur "bâtiment/bois" n'était actif dans aucun autre secteur. Il faudrait en déduire que chaque employé placé par un conseiller spécialisé devrait être considéré comme un employé pour lequel une déduction de 25 fr. de frais généraux par jour ouvrable devrait être opérée.

Il résulte de l'instruction que les conseillers étaient effectivement spécialisés, et que cet élément ressort également des informations figurant sur leurs listes de missions. Néanmoins, ces listes ne permettent pas d'établir que chaque employé recruté par un conseiller spécialisé en "bâtiment/bois", dans chaque mission, travaillait effectivement sur un chantier et non pas au siège d'une entreprise active dans ce secteur. Quoi qu'il en soit, ces données relatives aux "performances" des conseillers ne permettent pas d'obtenir des renseignements fiables sur le gain assuré des employés. On retiendra donc que ces arguments, avancés par la recourante à l'appui de ses conclusions, ne permettent pas de modifier l'issue de la décision attaquée, soit de remettre en cause le calcul effectué par la CNA.

c) Dans cette situation particulière où la recourante n'a pas été en mesure de fournir les preuves expressément prescrites par le droit fédéral pour déterminer et fixer le montant des primes de l'assurance-accidents, il faut en définitive examiner si le mode de calcul retenu par la CNA est arbitraire, vu le large pouvoir d'appréciation qui doit être reconnu à l'assurance en l'absence de données fiables. Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire, au sens de l'art. 9 Cst. (Constitution fédérale du 18 avril 2000, RS 101), lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité (ATF 134 I 263 consid. 3.1; 131 I 57 consid. 2; 133 I 149 consid. 3.1 et les autres arrêts cités; TF 9C_590/2009 du 26 mars 2010 consid. 3.3). Or il apparaît que les extrapolations effectuées dans la décision attaquée, permettant d'appliquer la déduction de frais généraux à des parts significatives de la masse salariale (entre 35 et 45 %) ne sont pas insoutenables ni choquantes dans le résultat. Compte tenu des éléments qui étaient à sa disposition et étant donné la non-collaboration de l'employeur à l'établissement des faits selon les modalités prévues par la loi, la CNA a choisi une solution défendable qu'elle a expliquée de façon dûment circonstanciée. On retiendra dès lors que le calcul effectué par la CNA pour déterminer la proportion de la masse salariale totale relevant du secteur "bâtiment/bois" de la société B. _____ SA n'est pas insoutenable,

de sorte qu'il n'est pas arbitraire. Les griefs de la recourante, à propos de l'application des règles du droit fédéral en matière de calcul et de perception des primes, se révèlent donc mal fondés.

d) La recourante ne saurait pour le surplus se prévaloir, pour la fixation des primes de l'assurance-accidents, de la solution adoptée par la Caisse AVS de la Fédération patronale vaudoise. La décision sur opposition de cette caisse, du 27 mai 2008, paraît certes fondée sur les mêmes éléments comptables, mais il s'agit d'une solution en "équité" (par gain de paix, à titre exceptionnel) qui ne s'impose pas aux organes chargés d'appliquer la LAA, soit en l'espèce à la CNA.

4. Il s'ensuit que le recours doit être rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision attaquée. La procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), il ne sera pas perçu de frais judiciaires. Vu l'issue du litige, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 61 let. g LPGA).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
p r o n o n c e :**

- I.** Le recours est rejeté.

- II.** La décision sur opposition rendue le 23 janvier 2009 par la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents est confirmée.

- III.** Il n'est pas perçu de frais ni alloué de dépens.

Le président :

Le greffier :

Du

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

- Me Astyanax Peca, avocat à Montreux (pour A. _____ SA)
- Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents
- Office fédéral de la santé publique

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 :