

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 1er novembre 2010

Présidence de M. DIND
Juges : Mmes Moyard et Férolles, assesseurs
Greffière : Mme Trachsel

Cause pendante entre :

M. _____, au Pont, recourant,

et

P. _____, à Montreux, intimée.

Art. 5 et 9 al. 1 LAVS

E n f a i t :

A. **a)** L'M. _____ (ci-après : l'établissement ou le recourant), au Pont, est exploité par X. _____, inscrit au registre du commerce (RC) depuis le 4 octobre 1974. L'entreprise est affiliée auprès de la P. _____ (ci-après : la caisse) comme employeur depuis le 1^{er} janvier 1986.

b) Suite à un contrôle d'employeur réalisé le 19 septembre 2008 à cet établissement, l'office de révision des caisses de compensation a établi un rapport indiquant que les salaires bruts AVS d'un montant de 69'696 fr. (43'737 fr. pour l'année 2005 et 25'959 fr. pour l'année 2006) n'avaient pas été décomptés. P. _____

Une décision de cotisation a été rendue le 1^{er} octobre 2008 sur la base de ce dernier rapport. La caisse réclamait le montant de 13'261 fr. 55 à X. _____.

A l'occasion d'une séance tenue dans les locaux de la caisse le 4 novembre 2008, X. _____ s'est opposé aux reprises effectuées par le réviseur pour N. _____, pour les années 2005 et 2006. Il indiquait que ce dernier était indépendant et qu'à ce titre, le réviseur ne devait pas effectuer une reprise des revenus en tant que salarié. Il précisait également que l'intéressé s'était occupé des travaux de maçonnerie de l'M. _____ et n'avait donc pas fait partie du personnel habituel de cet endroit.

Interpellé par la caisse, l'office de révision des caisses de compensation a, par courrier du 17 février 2009, maintenu les conclusions de son rapport du 19 septembre 2008, ce dans la mesure où la comptabilité avait révélé des paiements mensuels réguliers d'un montant identique pour les mois de janvier à novembre 2005, et des déductions sociales à l'employé en question, ce qui signifiait bien que ce dernier n'exerçait pas une activité indépendante.

En réponse à une demande de renseignements de la caisse du 19 février 2008, X._____ a indiqué qu'il n'existait pas de contrat de travail entre lui-même et N._____, que ce dernier agissait en son propre nom et pour son propre compte, qu'il se procurait lui-même ses mandats, qu'il n'occupait pas de personnel et qu'il utilisait ses propres locaux commerciaux. X._____ ajoutait qu'il n'avait pas le droit de donner des instructions à N._____, qu'il n'existait pas de rapport de subordination entre eux, que ce dernier n'avait pas l'obligation de remplir sa tâche de maçon personnellement et qu'il n'avait pas de devoir de présence.

c) Par décision sur opposition du 17 mars 2009, la caisse a retenu notamment ce qui suit :

" [...]

Sur la base des pièces du dossier, il n'existe aucune preuve démontrant que M. N._____ était indépendant. Il apparaît bien plus que M. N._____ ne supportait pas de risque économique analogue à celui qui est encouru par l'entrepreneur et qu'il dépendait de son employeur du point de vue économique ou dans l'organisation du travail.

En effet, il touchait chaque mois, tel un salarié, un revenu de CHF 2'000.- et se faisait payer les charges sociales pour un montant à chaque fois identique. Ce sont là de forts indices d'une activité salariée (=dépendante).

Ainsi, M. N._____ répond à la définition du salarié selon le chiffre 1013 DSD. Selon le rapport de contrôle du 19 septembre 2008, l'M._____ a employé M. N._____ pendant les années 2005 et 2006. Or, les revenus correspondants, d'un montant total de CHF 69'696.- (CHF 43'737.- pour l'année 2005 / CHF 25'959.- pour 2006), n'ont pas été décomptés, alors qu'il s'agissait en réalité de salaires (=revenus d'activité dépendante) et que les cotisations y relatives n'ont pas été payées.

Dès lors, la décision de cotisations arriérées du 1^{er} octobre 2008, selon laquelle des cotisations sont dues sur des salaires bruts AVS d'un montant total de CHF 69'696.-, a été rendue de bon droit (en application de l'art. 39 al. 1 RAVS)".

B. X._____, pour le compte de l'M._____ a formé recours contre cette décision sur opposition par acte du 15 avril 2009, soutenant avoir commis une erreur comptable due à une réorganisation pour la marche de M._____ et contestant le montant de CHF 35'090.- retenu par la caisse. Il fait valoir que N._____ était totalement indépendant et qu'il n'a jamais été affilié aux collaborateurs de l'M._____. Il produit des

décomptes établis par l'intéressé correspondant approximativement aux travaux effectués par ce dernier et payés par des acomptes mensuels réguliers. Il précise en outre que N._____ a définitivement quitté la Suisse dans le courant de l'année 2008.

Dans sa réponse du 7 mai 2009, la caisse maintient sa position et conclut au rejet du recours. Elle retient notamment que, contrairement à ce que soutient le recourant et comme le mentionne le rapport de contrôle d'employeur du 19 septembre 2008, ce dernier habitait à l'année à l'M._____ et y était nourri ("*11 x 582 fr. nourriture et logement*"), ceci constituant clairement du salaire déterminant. La caisse relève par ailleurs que, d'après ses recherches, N._____ n'a jamais été affilié, en 2005 et 2006, auprès d'une quelconque caisse de compensation en Suisse pour une activité indépendante. Elle constate qu'à la lecture des factures établies par ce dernier, il touchait tous les mois un revenu identique de 2'000 fr., tout en étant nourri et logé à l'M._____. Elle indique finalement que le recourant n'a fourni aucune preuve démontrant le caractère indépendant de l'activité de N._____.

Dans ses déterminations du 30 mai 2009, le recourant maintient ses conclusions. Il allègue notamment avoir effectué une erreur de comptabilité en inscrivant ("*11 x 582 fr. nourriture et logement*"), et avoir mal indiqué, dans sa comptabilité, les acomptes sur les divers travaux de maçonnerie réalisés en dehors de l'établissement.

Dans ses déterminations du 16 juin 2009, la caisse maintient ses conclusions.

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 à l'AVS (art. 1 LAVS [loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants; RS 831.10]). Les décisions sur

opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 58 LPGA). Le recours doit être déposé 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 auprès du tribunal compétent, est donc recevable.

La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, qui succède au Tribunal des assurances, est ainsi compétente pour statuer (art. 93 al. 1 LPA-VD).

b) Interjeté dans le délai légal de 30 jours suivant la notification de la décision entreprise (art. 60 al. 1 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1]), le recours a été déposé en temps utile. Il satisfait en outre aux conditions formelles de recevabilité (art. 61 let. b LPGA; art. 79 LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36], par renvoi de l'art. 99 LPA-VD), de sorte qu'il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

2. Préalablement, il convient d'examiner si la décision de la caisse aurait dû être notifiée à N._____, ce dans la mesure où il a également un droit de recours.

Lorsqu'une caisse de compensation fixe le montant des cotisations paritaires par voie de décision, elle crée une obligation aussi bien à l'égard de l'employeur que du salarié (cf. art. 4, 5, 12 et 13 LAVS) ; ces derniers sont touchés de la même manière par la décision, si bien que celle-ci doit être notifiée tant à l'employeur qu'au salarié (ATF 113 V 1, consid. 2). A cet égard, la jurisprudence a précisé que le droit d'être entendu des salariés concernés par une décision relative à des cotisations paritaires et, par conséquent, celui d'obtenir la notification d'une telle décision, doit, sous réserve d'exceptions admises pour des raisons pratiques, être respecté tant lorsque la qualification de l'activité des travailleurs est en cause que lorsque c'est la nature de certains

versements qui est litigieuse ; d'une manière générale, cette procédure doit être appliquée chaque fois que l'on est en présence d'une reprise de salaires déterminants ; lorsqu'il apparaît que le salarié doit être mis en mesure de recourir lui-même contre la décision de cotisations paritaires, c'est d'abord à la caisse de compensation qu'il incombe de lui notifier cette dernière ; l'autorité de recours qui s'aperçoit de l'omission peut, mais ne doit pas nécessairement y remédier elle-même, en invitant le salarié intéressé à intervenir dans la procédure de recours. Des exceptions à cette règle sont toutefois admises, par exemple lorsque le nombre des salariés est élevé, quand le domicile des salariés se trouve à l'étranger ou n'est pas connu, ou encore lorsqu'il s'agit de montants de cotisations de minime importance (TFA H 144/05 du 6 septembre 2006, consid. 3.1 ; ATF 113 V 1, consid. 2 ; ATFA 1965 p. 239, consid. 1 et 3 ; RCC 1979 p. 116, consid. 1b, 1978 p. 62, consid. 3a).

Ainsi, dans la mesure où l'intéressé a quitté la Suisse pour l'Algérie, il convient d'y renoncer.

3. Sur le fond, est litigieuse la qualification en tant qu'activité dépendante, respectivement indépendante, de l'activité déployée entre 2005 et 2006 par N._____, partant, la question de l'assujettissement du recourant, s'agissant des cotisations paritaires relatives à l'activité en cause, auprès de l'autorité intimée.

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]). Aux termes de l'art. 5 al. 2, 1^{re} phrase, LAVS, le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Quant au revenu provenant d'une activité indépendante, il comprend, selon l'art. 9 al. 1

LAVS, tout revenu du travail autre que la rémunération pour un travail accompli dans une situation dépendante.

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. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir éventuellement quelques indices pour la qualification en matière d'AVS, mais ne sont pas déterminants ; ce qui est déterminant, bien plutôt, ce sont les circonstances économiques. 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 encouru 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 indépendante, en considérant l'ensemble des circonstances. Souvent, on trouvera des caractéristiques appartenant à ces deux genres d'activité; pour trancher, on se demandera quels éléments sont prédominants dans le cas concret (ATF 123 V 161 consid. 1 et les références ; TF H 19/06 du 14 février 2007 consid. 3.1).

b) L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) a établi des Directives sur le salaire déterminant (DSD) dans l'AVS, AI et APG, valables dès le 1^{er} janvier 2008 (reprenant en substance la teneur de la version antérieure, valable du 1^{er} janvier 2002 au 31 décembre 2007), 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 (cf. ATF 132 V 121) ; 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 130 V 229 consid. 2.1 et les références).

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.

Quant au rapport social de dépendance économique, respectivement dans l'organisation du travail, du salarié, il se manifeste notamment par l'existence (ch. 1015 DSD) :

- 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.

Les différents critères posés aux ch. 1014 et 1015 DSD sont conformes aux dispositions légales applicables; ils correspondent au demeurant, dans une large mesure à tout le moins, à ceux dégagés à cet

égard par la jurisprudence (cf. TF H 6/05 et H 23/05 du 19 mai 2006 consid. 2.3 et les références).

c) Il n'existe pas de présomption juridique en faveur de l'activité salariée ou indépendante (ch. 1020 DSD). On peut en outre, suivant les circonstances particulières de chaque cas, donner la prépondérance soit au critère du risque économique, soit à celui du rapport de dépendance, ou à leurs manifestations respectives (ch. 1017 DSD). Ainsi certaines activités économiques, notamment dans le domaine des services, n'exigent-elles pas, de par leur nature, d'investissements importants ou de faire appel à du personnel ; en pareilles circonstances, il convient d'accorder moins d'importance au critère du risque économique de l'entrepreneur et davantage à celui de l'indépendance économique et organisationnelle (TF H 19/06 du 14 février 2007 précité, consid. 5.1 et les références; ch. 1018 DSD).

d) En l'espèce, le recourant fait valoir notamment que N._____ était établi à Vallorbe, qu'il était entièrement responsable de ses charges sociales, qu'il présentait tous les trimestres un relevé correspondant aux travaux effectués et payés par des acomptes mensuels réguliers, qu'il était indépendant. La caisse expose au contraire que ce dernier n'était pas domicilié à Vallorbe mais que, selon les termes du rapport d'employeur du 19 septembre 2008, il était nourri et logé toute l'année à l'M._____ ("*11 x 582 fr. nourriture et logement*") et qu'il n'a jamais été affilié, lors des années 2005 et 2006, à une quelconque caisse de compensation en Suisse pour une activité indépendante. La caisse constate en outre, à la lecture des factures établies par N._____, que celui-ci touchait un revenu de 2'000 fr. par mois, tout en étant nourri et logé à l'M._____ et estime ainsi que N._____ répond à la définition du salarié et que c'est à tort que le montant de 69'696 fr. n'a pas été décompté alors même qu'il s'agissait du salaire couvrant la période 2005-2006, soit du revenu de l'activité dépendante, et que les cotisations y relatives n'ont pas été payées.

Dans un second temps, le recourant soutient que l'inscription ("*11 x 582 fr. nourriture et logement*") mentionnée dans le rapport d'employeur du 19 septembre 2008 est une erreur comptable de sa part. Il précise par ailleurs que N._____ touchait des acomptes sur les divers travaux de maçonnerie effectués en dehors de l'M._____ qui ont mal été relevés dans sa comptabilité.

e) Cela étant, force est de constater que le recourant n'apporte aucun élément contredisant ou expliquant les affirmations de la caisse. De même, il ne fournit aucune pièce justifiant une éventuelle activité indépendante de N._____. Les factures établies à son attention ne constituent pas à elles seules la preuve d'un statut d'indépendant. Bien plutôt, le fait que N._____ n'ait été inscrit à aucune caisse de compensation en 2005 et 2006, le montant des revenus l'exigeant pourtant, qu'il logeait et était nourri à l'M._____, courant de l'année 2005, et qu'il percevait chaque mois le même montant, soit 2'000 fr., constitue la preuve d'un rapport de subordination entre lui et le recourant. Il apparaît donc, au vu de ces éléments, que N._____ ne supportait pas de risque économique analogue à celui qui est encouru par un entrepreneur, lequel, même en l'absence de revenus, ne cesse de supporter les charges de l'entreprise, et qu'il dépendait de son employeur du point de vue économique ou dans l'organisation du travail (art. 1014 et 1015 DSD).

En définitive, il y a lieu de retenir, au degré de vraisemblance prépondérante, que l'activité exercée par N._____ en 2005 et 2006 l'a été à titre dépendant, de sorte que les cotisations sociales y relatives doivent être mises à la charge du recourant. Le recours doit donc être rejeté, ce qui entraîne le maintien de la décision attaquée.

4. Le présent arrêt doit être rendu sans frais ni dépens (art. 61 let. a et g LPGA ; art. 55 al. 1 LPA-VD).

Par ces motifs,

la Cour des assurances sociales
prononce :

- I. Le recours est rejeté.
- II. La décision sur opposition rendue par la P. _____ le 17 mars 2009 est confirmée.
- III. Il n'est pas perçu de frais de justice 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 :

- M. _____
- P. _____
- 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 :