

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 18 octobre 2010

Présidence de M. JOMINI
Juges : MM. Dind et Abrecht
Greffière : Mme Desscan

Cause pendante entre :

G. _____, à Gingins, recourant,

et

CAISSE CANTONALE VAUDOISE DE COMPENSATION AVS, à Clarens.

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

E n f a i t :

A. G._____, né en 1950 a remis le 8 novembre 2007 à la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS (ci-après : la Caisse cantonale) une demande d'affiliation en tant que personne de condition indépendante dès le 1^{er} décembre 2007, à titre de conseiller ou courtier en assurances. La Caisse cantonale lui a demandé de remplir un questionnaire décrivant son activité le 16 novembre 2007 ; il l'a fait le 17 décembre 2007. Comme il mentionnait une collaboration avec diverses compagnies d'assurances, la Caisse cantonale a requis la production des contrats ou accords conclus avec ces compagnies. Le 10 novembre 2008, G._____ a remis un « contrat d'intermédiaire pour les intermédiaires de l'agent général non liés par contrat » qu'il avait conclu avec l'agent général d' U._____, Société d'Assurances et U._____, Société d'Assurances sur la Vie (ci-après : U._____). Il a précisé qu'il collaborait aussi avec S._____ ainsi que le J._____ pour les assurances de personnes ; pour les entreprises, il collaborait avec [...] à Nyon. Auparavant, jusqu'au 30 novembre 2007, il était salarié de U._____ en tant que conseiller en assurances.

Le nouveau contrat avec U._____, entré en vigueur le 1^{er} novembre 2007, définit ainsi la situation de l'intermédiaire non lié : il « n'exerce [sic] son activité en qualité d'indépendant et ne travaille pas exclusivement pour U._____ », étant « libre de travailler pour d'autres sociétés d'assurance » (art. 2.1) ; les dispositions du CO [loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse ; RS 220) sur le contrat d'agence ne sont pas applicables (art. 2.2) ; l'intermédiaire non lié est « uniquement autorisé à négocier les affaires [et] ne peut toutefois pas procéder à leur conclusion » (art. 3) ; il est rémunéré par commission pour tous les contrats conclus qu'il a négociés avec succès (art. 4.1) ; il doit « suivre toutes les directives et instructions de l'agent général et d'U._____ » (art. 5.1).

B. Le 10 juin 2009, la Caisse cantonale a écrit à G._____ en lui signifiant qu'elle le considérait comme salarié des différentes assurances

avec lesquelles il collabore, assurances qui devront déclarer à leur caisse AVS les rémunérations versées. Pour qu'un intermédiaire d'assurance puisse bénéficier du statut d'indépendant, il doit remplir cumulativement trois conditions - occuper du personnel, louer un local commercial et supporter la majeure partie des frais généraux - , ce qui n'est pas réalisé dans le cas de l'intéressé.

Le 3 juillet 2009, G. _____ a adressé une opposition à la Caisse cantonale en demandant une reconsidération de la décision du 10 juin 2009. Il a exposé que s'il n'occupait pas de personnel, c'est parce qu'il pouvait effectuer personnellement l'ensemble de son activité, sans aide extérieure. Son domicile privé suffit à l'exercice de sa profession. Il supporte en outre le 100 % de ses frais généraux, ne percevant que des commissions de la part de ses partenaires.

C. Dans le cadre du traitement de cette demande et d'autres demandes semblables (concernant des intermédiaires et courtiers collaborant avec la compagnie [...], selon des contrats globalement analogues au contrat précité), la Caisse cantonale a demandé des renseignements à d'autres caisses de compensation, au sujet du statut des intermédiaires d'assurance au sens des art. 40 ss LSA (loi fédérale du 17 décembre 2004 sur la surveillance des entreprises d'assurance ; RS 961.01). Elle a également écrit à l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), qui a répondu le 26 juin 2009 dans les termes suivants (sous la signature du chef suppléant, responsable du financement AVS) :

« En réponse, et après un examen attentif de la situation, nous vous confirmons qu'il s'agit effectivement de continuer à appliquer de manière stricte et systématique les chiffres 4019 ss DSD et de refuser le statut d'indépendant si le courtier ne réunit pas les trois conditions cumulatives mentionnées au chiffre 4025 DSD.

En effet, dans le cas présent, la nouvelle « convention de collaboration » passée entre la [...] et ses « partenaires de vente » ne permet pas automatiquement de conclure que les personnes qui ont signé cette convention disposent du statut d'indépendant au sens de l'AVS ; cette convention ne constitue qu'un indice dont il faut tenir compte dans l'évaluation concrète de chaque situation individuelle. Il est, en outre,

d'autant plus important de procéder à cette évaluation concrète de chaque situation individuelle dans la mesure où, s'il est exact que les conditions contractuelles de ces personnes vis-à-vis de la [...] ont été modifiées, cela ne signifie pas pour autant que dans les faits les choses ont réellement changé et que ces personnes ne continuent pas de travailler aux mêmes conditions qu'avant la signature de cette convention, soit par exemple qu'elles continuent de disposer de locaux auprès de la [...] alors même que leur contrat de collaboration précise que tel ne doit pas être le cas.

Par ailleurs, le fait que certaines caisses de compensation acceptent l'affiliation de ces personnes en qualité d'indépendant à des conditions plus souples que celles décrites dans nos directives — ce que nous n'approuvons pas — ne doit avoir aucune influence sur l'appréciation des cas qui vous sont soumis.

En ce qui concerne la différence entre le courtage et la représentation commerciale, s'il peut éventuellement être fait une distinction aussi nette entre ces deux catégories, comme le mentionne le Tribunal fédéral dans son arrêt H 19/06 du 14 février 2007, il ne faut par contre pas perdre de vue que seul un examen détaillé de l'ensemble des circonstances économiques concrètes de chaque cas d'espèce doit permettre de « classer » une personne donnée dans l'une ou l'autre de ces catégories et donc de déterminer si son activité doit être qualifiée de dépendante ou d'indépendante (cf consid 5 1 de l'arrêt précité).

En outre, le fait pour un courtier en assurance d'être inscrit auprès du Registre des intermédiaires en assurance n'a aucune incidence sur la qualification du statut de son activité lucrative au sens de l'AVS puisque l'inscription dans ce registre a lieu sur la base des déclarations de l'intermédiaire financier ainsi que sur la base de l'appréciation de l'autorité de surveillance des marchés financiers (FINMA) et que la décision quant à la qualification du statut de l'activité lucrative au sens de l'AVS de chaque intermédiaire financier ne saurait reposer sur la décision de cette autorité d'inscrire un courtier dans son registre, ce d'autant plus qu'aucun parallèle ne peut être tracé entre les critères menant à ladite inscription (cf. art. 183 OS ; RS 961.011) et ceux menant à la qualification de cette activité en tant qu'activité lucrative indépendante au sens de l'AVS. »

D. La Caisse cantonale a rendu le 28 juillet 2009, dans l'affaire de G. _____, une décision sur opposition dont la conclusion est la suivante : « Nous vous considérons comme salarié des différentes compagnies avec lesquelles vous collaborez, et qui devront déclarer à leurs caisses AVS les rémunérations qu'elles vous versent ». Cette décision se réfère aux conditions déjà énoncées dans la décision du 10 juin 2009, en précisant que ces conditions ont récemment été confirmées par l'OFAS. La Caisse

cantonale retient que, bien que l'intéressé supporte effectivement l'entier des frais généraux relatifs à son activité, il n'occupe pas de personnel ni ne loue de local commercial. La décision sur opposition mentionne, en post-scriptum, qu'au cas où d'autres courtiers en assurances auraient été affiliés comme indépendants par la Caisse cantonale, cet organe veillerait à corriger la situation pour l'avenir.

E. G. _____ a recouru le 26 août 2009 contre la décision sur opposition de la Caisse cantonale. Il demande à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal d'annuler la décision attaquée et de reconnaître son statut d'indépendant à compter du 1^{er} novembre 2007.

Dans une écriture du 28 septembre 2009, la Caisse cantonale propose le rejet du recours.

Le recourant a déposé des déterminations complémentaires, sans modifier 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 - dans la mesure où cela concerne l'assurance, notamment les cotisations - à moins que la loi sur l'AVS ne déroge expressément à la LPGA (art. 1 al. 1 LAVS [loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10]).

Selon l'art. 84 LAVS, en dérogation à l'art. 58 al. 1 LPGA, les décisions et les décisions sur opposition prises par les caisses cantonales de compensation peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal des assurances du canton où la caisse de compensation a son siège. En l'occurrence, comme le recours est dirigé contre une décision sur opposition rendue par la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS, la Cour de céans est compétente. Le recours a été formé en temps utile (art. 60 LPGA).

b) La jurisprudence a longtemps qualifié de décisions en constatation les décisions des caisses de compensation sur le statut d'un assuré, rendues à sa requête. Un changement de jurisprudence a été opéré par un arrêt du 3 mai 2006 (ATF 132 V 257) : une décision de refus d'une demande d'affiliation comme travailleur indépendant et d'inscription au registre d'une personne assurée est de nature formatrice, car le but de l'assuré qui demande une affiliation comme indépendant n'est pas d'obtenir une simple constatation. La caisse compétente doit par conséquent rendre une décision susceptible d'être attaquée par la voie de l'opposition et au besoin une décision sur opposition sujette à recours. Le recourant est ainsi atteint par la décision attaquée et il a un intérêt digne de protection à contester le refus de la Caisse cantonale (cf. art. 75 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise sur la procédure administrative du 28 octobre 2008 ; RSV 173.36], par renvoi de l'art. 99 LPA-VD). Il y a lieu d'entrer en matière.

2. Le recourant se prévaut de la définition de l'art. 12 al. 1 LPGA (« Est considéré comme exerçant une activité lucrative indépendante celui dont le revenu ne provient pas de l'exercice d'une activité en tant que salarié ») et invoque sa situation économique : il supporte personnellement l'intégralité de ses frais généraux ainsi que le risque financier de son activité, ne percevant aucun salaire ; il démarché et conseille ses clients en son propre nom et pour son propre compte, étant libre de les conseiller et de les diriger vers les produits d'assurance qui répondent le mieux à leurs besoins. Il prétend que son activité répond manifestement aux critères d'une activité d'indépendant. Il reproche en somme à la Caisse cantonale d'avoir déterminé son statut en violation du droit fédéral.

a) Chez une personne qui exerce une activité lucrative, l'obligation de payer des cotisations dépend, notamment, de la qualification du revenu perçu ; 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 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). La question litigieuse doit être résolue sur la base de des dispositions de la législation sur l'AVS, la définition générale de l'art. 12 LPGA n'ayant pas de portée indépendante.

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 sont bien plutôt les circonstances économiques qui sont déterminantes. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir éventuellement des indices pour la qualification en matière d'AVS, mais ils ne sont pas décisifs. 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 (cf. ATF 123 V 161, consid. 1 ; ATF 122 V 169, consid. 3a et 2a ; ATF 119 V 161, consid. 2 et les références).

b) Dans ce contexte, les agents ou représentants de commerce doivent normalement être considérés comme des salariés, à moins que l'ensemble des circonstances du cas d'espèce ne conduisent à admettre l'existence d'une activité indépendante. Pour juger si l'on a affaire à un salarié ou à un indépendant, il n'importe pas de savoir si ses rapports de service sont régis par un contrat de voyageur de commerce ou

par un contrat d'agence au sens du droit des obligations. D'une manière générale, les représentants de commerce jouissent d'une grande liberté quant à l'emploi de leur temps et à l'organisation de leur travail ; cependant, il est rare qu'ils doivent supporter un risque économique égal à celui de l'entrepreneur. En effet, le risque encouru se limite le plus souvent au fait que le gain dépend du succès personnel des affaires réalisées. Dès lors, il ne peut être considéré comme étant celui d'une personne exerçant une activité indépendante que si l'agent a dû opérer des investissements d'une certaine importance ou rétribuer lui-même du personnel (TF H 19/06 du 14 février 2007, consid. 3.2, avec une référence à l'arrêt TFA H 14/87 du 24 août 1987 publié *in* RCC 1988 p. 398).

Dans un arrêt récent (TF H 19/06 du 14 février 2007), le Tribunal fédéral s'est prononcé sur le statut d'un consultant en assurances privées dont la situation économique a été décrite ainsi : il exerçait son activité seul, depuis son propre domicile, sans occuper de personnel et après avoir investi au départ une somme de 15'000 fr. ; il cherchait lui-même sa clientèle, s'organisait à sa guise, sans recevoir de directives quelconques, et supportait les frais liés à l'exercice de son activité ; après n'avoir traité pendant deux ans qu'avec une compagnie, représentée par un agent général, il a ensuite réalisé d'importants revenus résultant de la conclusion de contrats avec d'autres compagnies ; il ne dépendait par conséquent pas économiquement de cet agent général (s'il avait traité principalement avec celui-ci, cela était dû aux circonstances de l'époque). Le Tribunal fédéral a considéré que pour apprécier ce genre d'activité économique, dans le domaine des services, il convenait d'accorder moins d'importance au critère du risque économique de l'entrepreneur et davantage à celui de l'indépendance économique et organisationnelle. Dans le cas particulier, il a retenu qu'il n'y avait aucun indice d'un quelconque lien de subordination organisationnelle du consultant vis-à-vis de l'agent général ; les relations entre le consultant et l'assurance représentée par l'agent général ne paraissaient pas réglées par un accord particulier (pas de clause de non-concurrence, pas de droit exclusif de représentation) ; le choix du consultant de traiter avec une assurance - en raison apparemment des conditions avantageuses offertes par cette

compagnie à ses assurés – plutôt qu’avec une autre compagnie semblait dicté par les opportunités commerciales du marché ; le fait qu’aussi bien avant qu’après la période litigieuse, l’intéressé avait traité avec d’autres compagnies d’assurance constituait un indice supplémentaire de l’indépendance dont il jouissait. Le Tribunal fédéral a donc constaté, dans cette affaire, qu’il existait « une accumulation prépondérante d’indices attestant l’existence d’une activité indépendante » (consid. 5).

c) L’avis de l’OFAS du 26 juin 2009, auquel la Caisse cantonale s’est référée dans la décision attaquée, mentionne l’arrêt précité du Tribunal fédéral, en précisant qu’il ne faut pas « perdre de vue que seul un examen détaillé de l’ensemble des circonstances économiques concrètes de chaque cas d’espèce » permettra de fixer le statut de la personne concernée. L’OFAS préconise de continuer à appliquer de manière « stricte et systématique » les chiffres 4019 ss DSD (directives de l’OFAS sur le salaire déterminant dans l’AVS, AI et APG, valables dès le 1^{er} janvier 2008).

Les ch. 4019 ss DSD visent les « voyageurs et représentants de commerce et personnes exerçant une profession analogue », à savoir les « personnes physiques qui, contre rémunération, concluent ou négocient la conclusion d’affaires au nom et pour le compte d’un tiers, en dehors des locaux commerciaux de ce tiers » (ch. 4020 DSD). Ces personnes ne sont qu’exceptionnellement considérées comme des travailleurs indépendants, à moins qu’ils doivent supporter un « véritable risque économique d’entrepreneur, c’est-à-dire [...] disposer d’une propre organisation de vente » (ch. 4024 DSD). Cette organisation existe lorsque les trois conditions suivantes sont remplies simultanément ou cumulativement : utiliser ses propres locaux commerciaux ou des locaux loués ; occuper du personnel ; supporter soi-même la majeure partie des frais généraux (ch. 4025 DSD).

d) La Caisse cantonale expose dans sa réponse, plus précisément que dans la décision attaquée, les éléments d’appréciation qu’elle a retenus. Ils résultent pour l’essentiel des clauses du contrat

d'intermédiaire conclu par le recourant avec U._____ dès le 1^{er} novembre 2007. Le recourant s'est référé avant tout à ce contrat, s'agissant de la description de sa situation professionnelle ; sa collaboration avec d'autres assurances (S._____, J._____, ou d'autres compagnies par le truchement de [...]) apparaissant secondaire ou accessoire.

La Caisse cantonale relève que l'intermédiaire, selon ce contrat, perçoit une commission fixée selon des prescriptions qui peuvent être modifiées en tout temps par l'agent général ; que ses prétentions sont entièrement réglées par le paiement de ces commissions ; qu'il doit suivre toutes les directives et instructions de l'agent général ; etc. (art. 5 du contrat « obligations de l'intermédiaire non lié »). La Caisse cantonale en déduit que cet intermédiaire ne jouit que d'une « liberté très restreinte » par rapport à U._____.

La situation du recourant se distingue à certains égards de celle du consultant analysée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt précité H 19/06 du 14 février 2007. Au moment où il a demandé son affiliation comme indépendant, le recourant venait d'abandonner le statut d'employé de la même compagnie (conseiller en assurances) ; on pouvait s'attendre à ce que sa nouvelle activité consiste pour l'essentiel à négocier des affaires pour U._____, dans le cadre du contrat d'intermédiaire. Le recourant ne peut pas se prévaloir, à ce stade, d'une collaboration avec plusieurs compagnies. En d'autres termes, il y a de nombreux indices dans le sens d'un lien particulier avec U._____. Au demeurant, il n'est pas contesté que les trois conditions du ch. 4025 DSD ne sont pas cumulativement remplies, et la légalité de la directive, sur ce point, n'est pas mise en question. L'avis de l'autorité fédérale de surveillance est au surplus clair et la Caisse cantonale pouvait y accorder une certaine importance. L'indépendance économique et organisationnelle d'un intermédiaire d'assurance qui commence son activité, sur la base d'un contrat tel que celui liant le recourant à l'agent général d'U._____, n'est pas telle que l'on doive nécessairement lui reconnaître le statut d'indépendant en vertu des normes régissant l'AVS ; à ce stade, les liens

avec l'agent général paraissent encore étroits. Dans les circonstances de l'espèce, la caisse intimée n'a pas violé le droit fédéral en lui refusant le statut d'indépendant sur la base d'une appréciation concrète de sa situation économique, et en fonction d'une application stricte des critères - ce qui n'est en soi pas critiquable.

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

Il n'est pas perçu de frais de justice. Le recourant, qui succombe, n'a pas droit à des dépens.

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

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision sur opposition rendue le 28 juillet 2009 par la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS est confirmée.
- III.** Il n'est pas perçu de frais judiciaires.
- IV.** Il n'est pas 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. G. _____
- Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS

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 :