

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 28 février 2011

Présidence de Mme THALMANN
Juges : M. Neu et Mme Pasche
Greffier : Mme Matile

Cause pendante entre :

J._____ SÀRL, à Saint-Sulpice, recourante, représentée par Me Alain Brogli, avocat à Pully,

et

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

Art. 5 LAVS

E n f a i t :

A. La société J._____ Sàrl (ci-après: J._____ Sàrl), qui est inscrite au registre du commerce (RC) depuis le 28 juillet 2003, a pour but l'organisation d'événements, l'exploitation de brevets, la fabrication et la commercialisation de machines ainsi que tout produit y relatif. Selon l'extrait du RC, état au 26 février 2010, elle a pour associée gérante présidente H._____ depuis le 28 juillet 2003 et U._____, gérant, depuis février 2009.

H._____ est décédée le 11 mars 2009 des suites d'une maladie. J._____ Sàrl est actuellement en liquidation. Les fils de H._____ figurent au RC comme associés et U._____ comme liquidateur.

B. J._____ Sàrl est affiliée comme employeur à la Caisse AVS de la Fédération patronale vaudoise (ci-après : la Caisse).

Le 16 juin 2009, la Caisse a procédé au contrôle périodique d'employeur de la société au sens des art. 68 al. 2, 1^{ère} phrase, LAVS (Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.10), 162 et 163 RAVS (Règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.101). Le réviseur de la Caisse a notamment retenu que des salaires avaient été versés à H._____ en 2008 pour un total de 229'174 fr., montants qui n'avaient pas été annoncés à la Caisse.

Par décision du 12 octobre 2009, la Caisse a facturé à J._____ Sàrl la somme de 32'485 fr. 90 correspondant aux cotisations paritaires relatives au montant perçus en 2008 par H._____ et à celles concernant U._____ pour l'année 2007.

J._____ Sàrl, par son gérant, a fait opposition à la décision précitée, en contestant le fait que les montants reçus par H._____ soient

constitutifs de salaire et faisant valoir qu'il s'agissait en réalité de prêts, qui devaient être amortis au décès de l'intéressée.

Par décision sur opposition du 27 janvier 2010, la Caisse a confirmé sa décision du 12 octobre 2009. Elle a considéré que l'examen du grand livre de la société (compte 201.CHF.900) révélait qu'un bon nombre de versements avaient été comptabilisés au compte courant de H._____, ces versements ayant pour contrepartie le compte UBS de la société, à savoir:

- Fr. 5'000.-, date valeur 30.06.2008H._____, avance salaire
- Fr. 35'000.-, date valeur 07.08.2008Retrait espèce
- Fr. 97'104.- date valeur 11.08.2008Retrait cash
- Fr. 20'000.- date valeur 30.09.2008H._____t, acompte salaire
- Fr. 153'500.- date valeur 06.11.2008H._____, salaire 2008

La Caisse relève en outre d'autres opérations dont le remboursement d'une note de frais de H._____ d'un montant de 97'948 fr. 87 et estime que ces éléments concourent à démontrer l'existence d'une activité professionnelle et de salaires versés à l'intéressée. Elle ajoute que l'amortissement du compte courant par le biais du compte d'exploitation ne change rien à la qualification des rémunérations en question.

C. J._____ Sàrl a recouru contre la décision précitée, en contestant le caractère de salaire des montants en cause. Elle prétend en effet que feu H._____ étant gravement atteinte dans sa santé, elle n'a pu fournir qu'un travail dépendant extrêmement résiduel en 2008 et qu'en aucun cas le travail fourni pendant cette année ne justifiait une rémunération de l'ordre de 216'000 francs. Elle allègue en outre que l'intéressée étant en incapacité de travail depuis 2007, la recourante, en tant qu'employeur, n'était tenue de lui verser un salaire que durant un temps limité. Elle soutient que les sommes en cause constituent des prêts de la part de la société à son associée, cette dernière ayant toujours eu

l'intention de rembourser - ce qu'elle a d'ailleurs fait partiellement - le solde des sommes empruntées ayant été amorties en 2009 par le biais du compte d'exploitation de la société, à la suite du décès de H._____.

A l'appui de son recours, J._____ Sàrl a notamment produit un certificat médical daté du 25 février 2010 du Dr I._____, spécialiste FMH oncologie-hématologie, indiquant que H._____ était en incapacité de travail totale depuis 2007, 2008 et 2009. La recourante a également produit la déclaration d'impôt 2008 de H._____ qui mentionne sous la rubrique "taux d'activité": 0%. Selon ce document, la fortune imposable de H._____ s'élève à 1'584'000 fr.: elle est composée de deux comptes bancaires totalisant respectivement 46'227 Euros et 20'845 fr., de dettes pour un montant total de 665'306 fr, dont 216'341 fr., en faveur de la recourante, la fortune brute s'élevant à 2'249'785 fr., dont 1'774'980 fr. de parts sociales de J._____ Sàrl.

La Caisse a conclu au rejet du recours. Elle explique notamment avoir considéré que la décision de la société d'annuler le solde du compte courant de H._____ au 31 décembre 2008 par le biais des comptes de charges de la recourante constituait une prestation de type salariale liée économiquement au contrat de travail, le solde net de 216'340 fr. 57 ayant ainsi été revalorisé au brut à 229'174 francs.

La recourante a maintenu ses conclusions dans sa réplique et produit deux pièces, dont une copie de la pièce comptable datée du 17 novembre 2008 et comptabilisée le 23 février 2009 relative au "coût direct des événements" Vienne-Budapest, d'un montant total de 60'000 euros.

La Caisse a également maintenu ses conclusions dans sa duplique.

Interpellé par écrit dans le courant de la procédure, le médecin traitant de H._____, le Dr I._____, a répondu que cette dernière était trop affaiblie en 2008 pour exercer une activité professionnelle régulière, qu'elle avait subi plusieurs séances de chimiothérapie et que la maladie et

le traitement étaient des causes d'épuisement profond rendant tout travail impossible.

Une audience d'instruction a eu lieu le 14 février 2011. Au cours de celle-ci, P._____, qui s'occupe de la comptabilité de J._____ Sàrl, a été entendu comme témoin. Il a déclaré ce qui suit :

"Je travaille dans la société D._____, qui est mandataire de la société J._____ Sàrl en ce qui concerne la comptabilité. Je m'occupe de la comptabilité depuis la création de la société J._____ Sàrl.

Mme H._____ donnait au comptable les pièces qui mentionnaient parfois le libellé de paiement et les comptables les introduisaient dans la comptabilité en attendant le bouclage du compte. Parfois, elle passait au bureau et remettait une enveloppe à la réception. Parfois, elle envoyait les pièces.

Lorsqu'elle organisait des manifestations, il lui arrivait d'avancer les frais sur ses fonds privés puis de se faire rembourser par la société. Elle apportait ses justificatifs qu'elle appelait note de frais. Le retrait CASH du 25 septembre 2008 est en réalité un remboursement de frais comme expliqué ci-dessus mais j'ignore à quelle date ces frais ont été avancés par Mme H._____. Le montant de 97'948 fr. 87 correspond au montant exact résultant des pièces produites par Mme H._____ concernant la manifestation de Vienne.

Mme H._____ a pris des montants, notamment de 20'000 fr. et 153'500 fr., parce qu'elle n'avait plus de liquidités. A ma connaissance, elle n'a pas eu d'activité professionnelle en 2008. J'ignore si Mme H._____ avait une assurance perte de gain personnelle. La société n'en avait pas.

Le montant de 216'340 fr. 57, qui figure sous charges dans le compte profits et pertes au 31 décembre 2008, est réintégré dans le compte courant de 2009 comme créance de la société envers l'actionnaire. A ma connaissance, aucune créance n'a été produite dans la succession de Mme H._____. La liquidation de la société interviendra probablement dans une dizaine de mois. Ce montant est à mon avis une avance sur la répartition de l'excédent de liquidation de la société entre les associés.

En 2008, Mme H._____ a engagé pour le mandat « Marrakech » Mme V._____. Cette dernière a été rémunérée au travers de la société K._____ et a touché un salaire de 28'598 fr. 36, qui correspondait à la moitié du bénéfice de cette société.

Mme H._____ n'a pas signé de contrat de travail écrit avec J._____ Sàrl parce qu'elle était l'unique associée gérante et qu'il n'est pas l'usage de le faire.

Sur le plan fiscal, la procédure est encore en cours.

Les comptes 2008 ont été rectifiés en 2009. Je précise que les explications que j'ai données en ce qui concerne les différents retraits qualifiés d'avance de salaire ou salaire 2008 m'ont été données plusieurs mois après par Mme H._____. J'ajoute que j'ai plusieurs fois rendu Mme H._____ attentive à la nécessité d'avoir une comptabilité plus rigoureuse mais sans succès."

M. P. _____ a produit les comptes annuels de la recourante au 31 décembre 2009 dont il résulte sous la rubrique compte de profits et pertes annuel au 31 décembre 2009, charges : pertes sur prêts : 0; "autres revenus exceptionnels : 216'401 fr. 37". Ce document fait également état, sous la même rubrique, d'une mention " Frais de personnel : 2009 : -102'159.06 et 2008 : 0".

Quant à la Caisse a produit la feuille de calcul suivante :

de	a
1	12
année	
2008	
laire net à revaloriser	Frs. 216'340.57

DSD 2171 Si l'employeur prend à sa charge les cotisations dues à la prévoyance professionnelle, celles-ci font partie du salaire déterminant, à moins que l'employeur ne soit obligé de les reprendre en charge en vertu des statuts ou du règlement de l'institution de prévoyance.

	soumis AVS	RESULTAT soumis AC	Soumis AC solidarité
salaire brut	Frs. 229'173.85	Frs. 126'000.00	Frs. 0.00

PREUVE			Frs.	
	taux	montants soumis		
cotisations AVS/AI/APG	5.05	229'173.85	-11'573.30	
cotisations AC	1	126'000.00	-1'260.00	
cotisations AC solidarité	0	0.00	0.00	-12'833.30 retenues
			salaire brut	229'173.85
			salaire net	216'340.55

Paudex, le 14.02.2011

En droit :

1. 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). 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 est interjeté en temps utile auprès du tribunal compétent. Il est en outre recevable.

2. La question à examiner est celle de savoir si les montants reçus en 2008 par H. _____ doivent ou non être considérés comme un salaire.

a) Aux termes de l'art. 5 al. 1 LAVS, une cotisation de 4,2 % est perçue sur le revenu provenant d'une activité dépendante, appelé ci-après salaire déterminant. Le salaire déterminant comprend 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 (art. 5 al. 2 LAVS). Selon l'art. 13 LAVS, les cotisations d'employeurs s'élèvent à 4,2 % du total des salaires déterminants versés à des personnes tenues de payer des cotisations.

Font partie de ce salaire déterminant, par définition, toutes les sommes touchées par le salarié, si leur versement est économiquement lié au contrat de travail ; peu importe, à ce propos, que les rapports de service soient maintenus ou aient été résiliés, que les prestations soient versées en vertu d'une obligation ou à titre bénévole. On considère donc comme revenu d'une activité salariée, soumis à cotisations, non seulement les rétributions versées pour un travail effectué, mais en principe toute indemnité ou prestation ayant une relation quelconque avec les rapports de service, dans la mesure où ces prestations ne sont pas franches de cotisations en vertu de prescriptions légales expressément formulées (ATF 126 V 221 consid. 4a ; ATF 124 V 100 consid. 2 ; ATFA du 4 décembre 2001, H 79/01 consid. 3a ; Gustavo Scartazzini, in Pierre-Yves Greber/Jean-Louis Duc/Gustavo Scartazzini, Commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS], Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997, n° 19 ad. art. 5 LAVS, p. 157).

Selon l'art. 7 let. h RAVS, est inclus dans le salaire déterminant, dans la mesure où il ne s'agit pas de frais généraux pour frais encourus (art. 9 RAVS), les tantièmes, les indemnités fixes et les jetons de présence des membres de l'administration et des organes dirigeants des personnes morales.

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. En rapport avec la définition du salaire déterminant,

s'agissant de la notion de rémunération, le ch. 1009 DSD précise qu'une rémunération peut ne pas être versée mais seulement portée en compte. Le revenu est alors considéré comme acquis au moment où il est comptabilisé. Les cotisations sont dès lors dues à ce moment-là. Sous chiffres 1010 ss, les DSD font encore état de ce qui suit:

"1010 Une rétribution portée en compte est considérée comme acquise en tous cas lorsqu'elle correspond à une créance ayant une valeur économique et dont le salarié peut disposer. Les rétributions portées en compte qui constituent un salaire éventuel ou une simple promesse de salaire ne sont pas réputées avoir été acquises (par exemple là où la valeur réelle de la rétribution n'apparaît que si les affaires de l'entreprise évoluent favorablement).

1011 Lorsqu'un assuré ne reçoit exceptionnellement aucune rétribution pour un travail fourni dans une situation dépendante, on ne peut pas présumer l'existence d'une rétribution égale à celle qui eût été normalement versée dans des circonstances du même genre (pas de salaire fictif). Aucune cotisation n'est alors due.

1012 La rétribution peut également être versée pour un travail qui reste encore à effectuer (par exemple des avances)."

Lorsque l'employeur renonce à une créance contre le salarié, cette prestation constitue en principe un salaire déterminant (voir; Greber/Duc/Scartazzini, Commentaire des articles 1 à 16 LAVS, note 18 ad art. 5 LAVS). La jurisprudence a admis toutefois une exception à ce principe lorsque l'employeur favorise - au moyen d'une subvention remboursable à certaines conditions - la construction par le salarié d'un logement individuel; les amortissements gratuits portés au crédit du bénéficiaire ne font pas partie du salaire déterminant, s'ils ne dépassent pas le cadre usuel en la matière et qu'ils sont dans un rapport raisonnable avec la rémunération du travail, en excluant toute intention de tourner la loi (ATF 106 V 133). Dans un tel cas, il s'agit en fait de libéralités sporadiques de l'employeur, de peu d'importance et qui ne sont pas soumises à cotisations, comme par exemple un prêt à des conditions avantageuses ou certains avantages à l'achat de marchandises (Arrêt H 27/01 du 22 novembre 2001).

b) Dans le domaine des assurances sociales notamment, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce

principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 193 consid. 2 p. 195 et les références; cf. ATF 130 I 180 consid. 3.2 p. 183). L'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité. Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 353 consid. 5b p. 360, 125 V 193 consid. 2 p. 195 et les références; cf. ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 pp. 324 ss). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 319 consid. 5a p. 322).

3. En l'espèce, la recourante soutient que H._____ n'a pas travaillé en 2008, son état de santé ne le lui permettant pas. Elle fait également valoir que son associée était déjà en incapacité de travail en 2007 et qu'elle lui a versé cette année-là un salaire conforme à ses obligations légales (art. 324a CO), sans rien lui devoir à ce titre en 2008. Selon J._____ Sàrl, c'est la raison pour laquelle V._____ a été engagée, celle-ci s'étant occupée de l'événement concernant Vienne-Budapest. Elle prétend que les libellés du grand livre ne sont pas conformes à la réalité et qu'un prêt a en réalité été consenti à H._____.

Il y a lieu tout d'abord de relever que selon la comptabilité produite, aucun frais de personnel n'a été comptabilisé en 2008 alors que 102'159 fr. 06 ont été comptabilisés en 2009. Le témoin entendu a certes

déclaré que V._____ avait été rétribuée par le biais d'une autre société, mais pour un montant de 28'598 fr. et pour un événement concernant Marrakech. Il résulte toutefois de la comptabilité de la recourante qu'une somme de plus de 95'000 fr. de frais a été remboursée à H._____ pour un événement concernant Vienne et Budapest. On ne voit pas qui d'autre qu'elle s'est occupé de cette prestation.

Même si les médecins attestent que, vu son état de santé, la recourante était en incapacité de travail totale, il apparaît néanmoins vraisemblable qu'elle a poursuivi certaines activités.

Sur les diverses sommes prélevées, H._____ n'a jamais mentionné dans les libellés qu'il s'agissait de prêt. Elle a indiqué, soit qu'il s'agissait de retrait, soit de salaire. Il apparaît peu vraisemblable, même si l'intéressée n'était pas de langue maternelle française, que les libellés indiqués dans le grand livre soient erronés s'agissant d'une personne qui dirigeait cette société depuis plusieurs années.

Enfin, même si l'on considérait la somme litigieuse comme un prêt, celui-ci a été comptabilisé et versé. Il résulte certes de la déclaration d'impôts de H._____ qu'il s'agit d'une dette. Toutefois cette déclaration a été établie après son décès de sorte que cela en affaiblit la portée. Il en va de même de la réintégration de ce montant dans les actifs en cours de procédure. Enfin, il est établi que la recourante n'a pas agi contre les héritiers de H._____ en restitution de ce prêt.

En conséquence, au stade de la vraisemblance prépondérante, c'est à juste titre que l'intimée a considéré la somme litigieuse comme salaire déterminant. Quant au calcul effectué pour déterminer le salaire brut, il n'est pas critiquable et doit être confirmé.

4. En définitive, le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision attaquée confirmée.

L'arrêt doit être rendu sans frais ni dépens (art. 61 let. a et g LPGA; 55 LPA-VD)

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

- I. Le recours est rejeté.
- II. La décision attaquée est confirmée.
- III. Le présent arrêt est rendu sans frais, ni dépens.

Le président :

La greffière :

Du

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

- Me Alain Brogli, avocat (pour J. _____ 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).

La greffière :