

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 24 mai 2013

Présidence de Mme DI FERRO DEMIERRE
Juges : Mme Röthenbacher et M. Merz
Greffier : M. Germond

Cause pendante entre :

B. _____ **SA**, à Renens, recourante, représentée par Me Guy Longchamp,
avocat à Saint-Sulpice,

et

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

Art. 4, 5, 12 et 13 LAVS

E n f a i t :

A. B._____ SA (l'assurée ou la recourante, ci-après: B._____), précédemment P._____ SA, est une société anonyme de droit suisse inscrite au Registre du Commerce depuis le 14 septembre 2005 et dont le but est "l'exploitation d'une carrosserie-tôlerie et d'un atelier pour la mécanique automobile". Son administrateur depuis le 10 février 2011 est A.T._____. Durant la période concernée (2009 à 2010), A.T._____ et B.T._____ étaient tous deux administrateurs de la société avec signature individuelle. A._____ de la fiduciaire M._____ SA était quant à lui directeur de la société du 15 octobre 2008 au 4 mai 2010.

Selon les déclarations de l'assurée, B.T._____ serait salarié de la société, C.T._____ n'assumerait aucune fonction au sein de celle-ci, serait domicilié au Kosovo et chargé par les actionnaires de leur apporter des renseignements sur les activités qu'ils entendent développer au Kosovo. Les actionnaires de la société seraient B.T._____, à raison de 4 %, A.T._____ à raison de 4 %, et la société E._____ SA, laquelle agit en qualité de holding, sise à [...], dans le canton de Vaud, à raison de 92 %.

B. A l'issue d'un contrôle d'employeur effectué le 31 mai 2011 à l'encontre de la société B._____ et portant sur la période du 1^{er} janvier 2007 au 31 décembre 2010, le réviseur de la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS (ci-après: la caisse) a constaté des rémunérations non annoncées à l'AVS en 2009 et 2010 qui ont fait l'objet d'une décision complémentaire de cotisations de 53'293 fr. 20 notifiée en date du 22 septembre 2011 et accompagnée d'une décision d'intérêts moratoires de 3'490 fr. 75.

Pour la période allant du 1^{er} janvier 2009 au 31 décembre 2010, la caisse a facturé des cotisations paritaires sur les rémunérations brutes suivantes:

- 3'513 fr. en faveur de M. H._____ du 1^{er} juin au 31 juillet 2009.

- 3'513 fr. en faveur de M. J. _____ du 1^{er} juin au 31 juillet 2009.
- 3'513 fr. en faveur de M. N. _____ du 1^{er} juin au 31 juillet 2009.
- 5'748 fr. en faveur de M. X. _____ du 1^{er} juin au 31 juillet 2009.
- 20'400 fr. en faveur de M. C. _____ du 1^{er} mai au 31 octobre 2009.

Ces reprises ne font pas l'objet de contestations.

- 210'637 fr. en faveur du fonds de solidarité du 1^{er} janvier au 31 décembre 2009.
- 105'319 fr. en faveur de M. B.T. _____ du 1^{er} janvier au 31 décembre 2010.
- 53'220 fr. en faveur de M. C.T. _____ du 1^{er} janvier au 31 décembre 2010.

Ces reprises font l'objet de la présente contestation.

B. _____, par l'intermédiaire de sa fiduciaire M. _____ SA, a formé opposition contre les décisions du 22 septembre 2011. Le bien-fondé des décisions du 22 septembre 2011 a été confirmé par décision sur opposition du 13 avril 2012.

C. Le 14 mai 2012, B. _____ a recouru contre la décision sur opposition du 13 avril 2012 concluant à son annulation et soutenant pour l'essentiel ce qui suit:

"En l'occurrence, les retraits totalisant la somme de fr. 369'176.- ont été effectués par B.T. _____ par fr. 315'956.- et par C.T. _____, au bénéfice d'une procuration signée par B.T. _____, par 53'220.-, puis reversés sur le compte de la société E. _____ SA. Celle-ci a alors investi ces fonds dans des entreprises actives au Kosovo, à savoir, une carrosserie, une entreprise d'embouteillage, une auto-école, ainsi qu'un hôtel-restaurant. [...] Il n'a jamais été question pour la recourante de verser ces sommes à titre de salaire. Il s'agissait au contraire, de retirer pour le compte de l'actionnaire majoritaire, une partie des montants figurant au compte-courant d'associés. Ces retraits, effectués à la demande des actionnaires et pour le compte d'E. _____ SA, devaient permettre de réaliser des investissements au Kosovo. [...] Il sied de constater que c'est à tort que l'autorité intimée a considéré que les montants retirés sous les noms respectivement de B.T. _____, C.T. _____ et fonds de

solidarité Kosovo puissent constituer des éléments de salaire soumis à l'AVS au sens de l'art. 5 LAVS et 7 RAVS."

Par réponse du 6 juillet 2012, la caisse a conclu au rejet du recours faisant valoir en substance ce qui suit:

"- Ce montant de Fr. 200'000.- a été mis au débit du compte no [...] «Débiteurs Kosovo» [...]. D'après les déclarations de M. A. _____, [...], cette somme aurait en fait été versée au débit du compte-courant de l'actionnaire «A» au 1.1.2010, sous le libellé « [...]», et ce en remboursement du prêt accordé par l'actionnaire «A» à la société. L'actionnaire «A» serait par ailleurs une société anonyme du nom d'«E. _____ SA». [...]

La recourante n'a pas apporté la preuve que l'actionnaire «A» serait une société. [...] De surcroît, la société n'a pas pu fournir de factures pour les divers frais susmentionnés. [...] En outre, malgré nos demandes, la recourante n'a pas produit le contrat de prêt la liant avec son actionnaire «A», ni le justificatif du remboursement dudit prêt. [...]

- A titre liminaire et comme déjà relevé, nous ne sommes pas en possession de la comptabilité détaillée de l'année 2010 et ne pouvons dès lors pas vérifier les déclarations de la recourante. [...] Nous avons en revanche pu obtenir des relevés du compte bancaire de l'entreprise BCV no [...], duquel il ressort des prélèvements en espèces importants effectués sur le compte [...]. D'après les informations en notre possession et comme admis par la recourante, il s'agit de retraits effectués par M. B.T. _____ et M. C.T. _____.

Si comme l'affirme Me Amman, M. C.T. _____ ne déployait pas d'activité en Suisse, mais qu'il était au bénéfice d'une procuration signée par M. B.T. _____ pour effectuer les prélèvements sur le compte de la société, nous devrions considérer que c'est en fait M. B.T. _____ qui a perçu la rémunération (qui serait alors en relation avec l'activité déployée puisque M. B.T. _____ était administrateur de la société). [...]

- Pour conclure, les renseignements et pièces fournies par la société pour justifier les divers prélèvements en 2009 et 2010 ne permettent pas d'établir qu'il s'agirait de remboursements des comptes-courant actionnaires, d'investissements au Kosovo ou encore d'un rendement du capital. [...]"

Malgré plusieurs prolongations de délais accordées à l'ancien conseil de la recourante, celle-ci n'a pas répliqué. Le 27 février 2013, Me Guy Longchamp, nouveau conseil, a requis la restitution du délai pour répliquer.

Par ordonnance du 5 mars 2013 du Juge instructeur, les parties ont été invitées à se déterminer sur le fait de savoir si la caisse avait

notifié ses décisions litigieuses au titre de cotisations paritaires à MM. B.T. _____ et C.T. _____.

Par déterminations du 25 mars 2013, la recourante a indiqué que si les montants querellés devaient être effectivement considérés comme des rémunérations soumises à cotisation AVS, ce qu'elle conteste, ses employés, B.T. _____ et C.T. _____, auraient également dû recevoir des décisions.

Par déterminations du 25 mars 2013, la caisse a convenu qu'elle n'avait pas rendu de décisions à l'égard des salariés concernés, ce qu'elle aurait dû faire. Elle requiert que la cause soit suspendue par économie de procédure afin de lui permettre de notifier une décision aux salariés concernés. En cas de refus, la caisse a toutefois précisé ce qui suit:

"- S'agissant tout d'abord de M. B.T. _____, nous constatons qu'il était administrateur de la société jusqu'en février 2011 et qu'il ne pouvait de ce fait ignorer que des prélèvements faits par lui-même - sans justificatifs - sur le compte de la société seraient considérés comme un revenu de son activité.

- Quant à M. C.T. _____, il ressort des allégations de la recourante dans son mémoire du 14 juin [recte: mai] 2012, [...], que l'intéressé ne vit pas en Suisse et qu'il était au bénéfice d'une procuration de M. B.T. _____ pour effectuer des prélèvements sur le compte de la société. Le montant des prélèvements effectués par M. C.T. _____ en 2010 (correspondant à un salaire brut de Fr. 53'220.-) devrait - si ces allégations se confirment - dès lors également être attribué à l'ancien administrateur, M. B.T. _____ [...]"

E n d r o i t :

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 - 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 par ailleurs été formé en temps utile (art. 60 LPGA).

2. a) 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 (voir les art. 4 et 5, ainsi que les art. 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 concerné.

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.

b) En l'espèce, la caisse intimée a, dans le cadre d'une reprise fondée sur un contrôle d'employeur effectué par son service de révision, qualifié de salaires déterminants des sommes versées par la société recourante à B.T._____, C.T._____ et au fonds de solidarité Kosovo, alors que ladite société a fait valoir qu'il s'agissait de remboursements de comptes-courants actionnaires, d'investissements au Kosovo ou encore de rendements du capital. Par conséquent, au vu des principes établis ci-dessus, la caisse était tenue, à défaut d'une exception valable fondée sur

des raisons pratiques, de notifier ses décisions également aux personnes employées par la recourante dans la mesure où elles étaient touchées personnellement par ces décisions.

3. a) Lorsqu'il apparaît que le salarié doit être mis en mesure de s'opposer, puis 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. Cette jurisprudence signifie notamment que l'autorité judiciaire de première instance, saisie d'un recours dirigé contre une décision relative à des cotisations paritaires, laquelle aurait dû être notifiée à tous les salariés intéressés, ne peut juger l'affaire au fond aussi longtemps que cette violation du droit d'être entendu subsiste. En revanche, elle n'exprime pas une obligation faite aux premiers juges, laquelle consisterait à leur imposer de recueillir eux-mêmes l'avis des assurés intéressés, mais uniquement la manière dont il peut être remédié à cette violation (TF 9C_461/2012 du 24 octobre 2012, consid. 3).

Certes, il est permis au juge saisi de l'affaire d'opter pour un appel en cause direct des intéressés, notamment lorsque des motifs d'économie de procédure le justifient. Toutefois, rien ne s'oppose à ce qu'il prononce, pour des raisons propres au cas d'espèce, le renvoi préalable de la cause à l'administration, afin que celle-ci respecte le droit des salariés de recevoir personnellement notification de la décision litigieuse et, le cas échéant, celui de participer à la procédure préparatoire de cette même décision (ATF 113 V 1 consid. 4a, 110 V 145 consid. 2 in fine, 105 la 193 consid. 2b/cc). 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 (ATF 113 V 1 consid. 3a, ATFA 1965 p. 239 consid. 1 et 3, RCC 1979 p. 116 consid. 1b, 1978 p. 62 consid. 3a). A cet égard, à l'instar de la caisse, on peut effectivement relever que si C.T. _____ vit effectivement à l'étranger et si la notification

de la décision se révélait difficile pour des raisons pratiques, la caisse devrait être dispensée de lui notifier une décision. Cela n'empêche toutefois pas que la caisse doive tenter de donner à la personne à l'étranger la possibilité de se prononcer (sans une notification formelle de la décision).

b) Compte tenu des éléments retenus par la caisse à l'encontre de B.T. _____ et C.T. _____, le renvoi à la caisse intimée se justifie et devrait ainsi permettre aux personnes concernées de participer à la procédure préparatoire des décisions à venir.

Au vu de ce qui précède, il convient, sans discuter le fond du litige, d'annuler la décision entreprise et de renvoyer la cause à la caisse, afin qu'elle donne l'occasion à B.T. _____ et C.T. _____ de se déterminer et rende ensuite de nouvelles décisions. Dans cette mesure, le recours est bien fondé.

4. S'agissant des frais et dépens (art. 91 LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD [loi vaudoise sur la procédure administrative du 28 octobre 2008, RSV 173.36]), il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA). La recourante, assistée des services d'un mandataire professionnel et qui obtient partiellement gain de cause, a droit à des dépens qu'il convient d'arrêter à 1'000 fr. mis à la charge de l'intimée qui succombe (art. 55 LPA-VD).

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

- I. Le recours est partiellement admis.

- II. La décision sur opposition du 13 avril 2012 de la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS est annulée, la cause lui étant renvoyée afin qu'elle procède conformément aux considérants.

- III. Il n'est pas perçu de frais de justice.

- IV. La Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS versera à B. _____ SA le montant de 1'000 fr. (mille francs), à titre de dépens.

Le président :

Le greffier :

Du

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

- Me Guy Longchamp (pour B. _____ SA),
- Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS,
- Office fédéral des assurances sociales (OFAS),

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 :