

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 17 novembre 2016

Composition : M. MÉTRAL, président
Mme Dessaux, juge, et M. Berthoud, assesseur
Greffière : Mme Berseth Béboux

Cause pendante entre :

J._____, à [...], recourante, représentée par Me S._____, avocat à [...],

et

W._____, à [...], intimée.

Art. 10, 12 al. 1, 43 al. 1, 46, 49 al. 3 et 52 al. 2 LPGA ; art. 5 al. 2 et 9 al. 1 LAVS

E n f a i t :

A. J._____ (ci-après : la recourante) est une association à but non lucratif qui organise des tournois de poker privés. Le 28 octobre 2014, la W._____ (ci-après : la caisse AVS ou l'intimée) a procédé à un contrôle par sondage de l'association, notamment de sa comptabilité des salaires (journaux, fiches individuelles) pour la période 2010-2013. Le 16 mars 2015, elle lui a adressé un décompte ensuite de ce contrôle d'employeur, faisant état de salaires soumis à cotisations sociales de 36'400 fr. en 2010 (mars à décembre), 88'491 fr. en 2011, 82'603 fr. en 2012 et 51'741 fr. en 2013, soit un montant total de 259'235 fr. pour l'ensemble de ces périodes. Les employés concernés étaient désignés comme suit : « Divers sans dénomination ». Le même jour, la caisse AVS a rendu une décision exigeant le paiement de 42'848 fr. 80 correspondant aux cotisations paritaires à l'assurance-vieillesse et survivants, à l'assurance-invalidité, à l'assurance-chômage et en matière d'allocations familiales et de prestations complémentaires cantonales pour les familles, à des frais d'affiliation et d'administration, ainsi qu'aux intérêts moratoires sur les cotisations dues, pour les salaires faisant l'objet du décompte établi après le contrôle d'employeur. Par décision séparée du même jour, elle exigeait le paiement de 4'971 fr. 80 d'intérêts moratoires.

J._____ s'est opposée à ces deux décisions, le 13 avril 2015, par l'intermédiaire de Me S._____. Elle a exposé qu'elle avait payé les cotisations pour les deux employés qu'elle rémunérait. Elle ajoutait ce qui suit :

« Les croupiers ne sont pas des employés. Ce sont les joueurs qui désignent des croupiers à leur table. J._____ assure uniquement la gestion de l'argent pendant les jeux et tient la cantine. S'agissant d'une situation de fait relativement exceptionnelle, il m'apparaît qu'une discussion devrait permettre de mieux comprendre le mécanisme. Je sollicite dès lors un entretien en présence de M. V._____ qui n'est pas membre du comité, mais qui peut donner tous les renseignements ».

Par courrier du 31 août 2015, faisant suite à un entretien du 1^{er} juin 2015 dans les locaux de la W._____ - dont aucun procès-verbal

ne figure toutefois au dossier -, Me S. _____ a fait savoir à la caisse que le président de l'association J. _____, son vice-président, ainsi que M. V. _____ s'étaient réunis pour refaire le point sur la question. Il résumait comme suit leurs conclusions :

« Il faut partir de la situation telle que vous l'avez constatée. Mes clients ont pris note de vos remarques formulées le 16 mars 2015. L'organisation sur place a comporté jusqu'à maintenant deux collaborateurs salariés, MM. A.T. _____ et A.T. _____, qui sont engagés à plein temps et à l'année. Leur activité est déclarée comme tout autre salarié, à l'Office d'impôt, aux assurances sociales et au Centre patronal.

[...]

Il y avait aussi - et c'est là que le problème a surgi - des croupiers que vous considérez semble-t-il comme des employés. Ces croupiers - il faudrait parler de donneurs de cartes - sont désignés au cas par cas et par table, d'un commun accord entre les joueurs de chaque table. Ils n'ont pas de rémunération si ce n'est qu'ils reçoivent un défraiement pour le service rendu. En principe, le montant qui leur est alloué par les joueurs est d'une vingtaine de francs par soir. Cet argent est mis dans un pot commun et le gérant le restitue aux croupiers en fin de soirée.

L'Association a pris acte du fait que toute rémunération est assimilable à un revenu qui doit être déclaré, sous réserve de la limite de fr. 2'300.- par an dont vous faites état. En quelque sorte, cette rémunération peut être assimilée à des overtips comme dans la restauration.

L'Association envisage que, dorénavant, les sociétaires choisis comme donneurs de cartes ne seraient pas rémunérés si ce n'est qu'ils recevraient, en fonction des décisions des joueurs d'une table, un montant considéré comme pourboire ou overtip. Cet argent ne transiterait plus par l'intermédiaire du gérant et serait distribué directement de la main à la main par les joueurs.

A titre exceptionnel, si pour des besoins techniques, l'Association devait engager du personnel auxiliaire, ce dernier serait listé et déclaré comme tout collaborateur.

L'Association conteste le montant que vous avez mis à sa charge. Elle souhaite que vous réexaminiez votre décision à la lumière des éléments qui vous ont été apportés, comme l'a suggéré l'un d'entre vous lors de la réunion du 1^{er} juin 2015 ».

Par décision sur opposition du 15 septembre 2015, la W. _____ a maintenu son point de vue et a exigé le paiement d'un montant de 42'848 fr. 80 correspondant aux cotisations, frais d'affiliation et d'administration, ainsi qu'aux intérêts précédemment réclamés. Elle a considéré qu'aucune information plus précise ne lui avait été communiquée, de sorte qu'elle n'avait pas de motif de revoir sa position. Il n'était pas contestable que la prestation fournie par les croupiers, ou

donneurs de cartes, contre rémunération, entrant dans le cadre du salaire déterminant soumis à cotisations. Les croupiers se trouvaient manifestement dans un rapport de subordination à l'égard de l'association, au même titre que tout croupier actif dans un casino. L'association gérait toute la partie financière et rémunérait les différents acteurs. Il en allait de même pour les personnes engagées pour assumer le service de la cantine et la sécurité. Au surplus, la caisse renvoyait à un rapport du 22 mai 2012 de la fiduciaire F._____, dans lequel on peut lire :

« Concernant le service de la cantine et de la sécurité, il serait bon de clarifier les situations personnelles de chacun et d'entreprendre les démarches pour régler les affaires concernant les charges sociales. A défaut, le non-respect de ces annonces est soumis à des sanctions pénales ».

B. Le 16 octobre 2015, l'association J._____, représentée par Me S._____, a interjeté un recours de droit administratif contre cette décision sur opposition, dont elle demande l'annulation sous suite de frais et dépens. Elle reprend pour l'essentiel l'argumentation déjà présentée dans son opposition du 13 avril 2015 et sa lettre du 31 août 2015 en rappelant, ou précisant, que l'association se bornait à organiser les soirées et à fournir les tables. Les joueurs s'organisaient seuls et déterminaient la rémunération des croupiers. L'association ne faisait que de fournir une assistance administrative et comptable.

Le 20 novembre 2015, l'intimée a conclu au rejet du recours en reprenant la motivation de la décision contestée.

Le 1^{er} février 2016, la recourante a maintenu ses conclusions en contestant tout lien de subordination entre les croupiers et l'association J._____. Les croupiers n'étaient pas des employés de l'association, mais étaient désignés par cooptation entre les joueurs d'un soir, qui décidaient par ailleurs de leur allouer tel ou tel montant en fin de soirée. Les croupiers changeaient au gré des joueurs présents en soirée.

Le tribunal a communiqué cette dernière détermination à l'intimée, pour information.

E n d r o i t :

1. **a)** La procédure devant le tribunal cantonal des assurances institué par chaque canton en application de l'art. 57 LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est réglée par le droit cantonal, sous réserve de l'art. 1 al. 3 PA (loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative ; RS 172.021) et des exigences minimales fixées par l'art. 61 LPGA. Dans le canton de Vaud, la procédure de recours est régie par la LPA-VD (loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; RSV 173.36). Cette loi attribue à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal la compétence pour statuer sur les recours interjetés conformément aux art. 56 ss LPGA (cf. art. 93 let. a LPA-VD).

b) Le recours a été déposé dans les trente jours dès la notification de la décision litigieuse (art. 60 al. 1 LPGA) et respecte les autres conditions de recevabilité. Il convient donc d'entrer en matière.

2. Le litige porte sur le montant des cotisations paritaires aux assurances sociales fédérales et cantonales encore dues par l'association J._____ pour les années 2010 à 2013, ainsi que sur le montant des frais d'affiliation et d'administration pour la même période, plus les intérêts moratoires. Il s'agit plus particulièrement de déterminer si la rémunération ou l'indemnité versée aux croupiers, ou donneurs de cartes, à la fin de chaque soirée, correspond à un salaire déterminant selon la LAVS.

3. Est réputé salarié celui qui fournit un travail dépendant et qui reçoit pour ce travail un salaire déterminant au sens des lois spéciales (art. 10 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 (art. 12 al. 1 LPGA). 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).

Le point de savoir si l'on a affaire, dans un cas donné, à une activité indépendante ou salariée au sens des dispositions mentionnées ci-avant ne doit pas être tranché d'après la nature juridique du rapport contractuel entre les partenaires. Ce qui est déterminant, bien plutôt, ce sont les circonstances économiques. Les rapports de droit civil peuvent certes fournir éventuellement quelques indices pour la qualification en matière d'AVS, mais ne sont pas déterminants. 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 qui 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 considéré (ATF 123 V 162 consid. 1, 122 V 171 consid. 3a, 283 consid. 2a, 119 V 161 consid. 2 et les arrêts cités).

4. Dans le cadre de l'instruction en procédure administrative, la caisse de compensation compétente doit prendre d'office les mesures d'instruction nécessaires et recueillir les renseignements dont elle a besoin. Les renseignements donnés oralement doivent être consignés par écrit (art. 43 al. 1 LPGa). La caisse doit enregistrer de manière systématique tous les documents qui peuvent être déterminants (art. 46 LPGa). Sous réserve de la procédure simplifiée, elle doit rendre une décision motivée (art. 49 al. 3 LPGa), ce qui implique de constater les faits pertinents puis d'exposer les conclusions qu'elle en tire sur l'obligation de cotisations mise à la charge de l'employeur. En cas d'opposition, elle doit

motiver la décision sur opposition (art. 52 al. 2 LPGA), ce qui implique de prendre position sur les arguments soulevés par l'opposant et expliquer pourquoi ils ne sont pas pertinents si elle entend maintenir sa position.

5. En l'espèce, le décompte de salaire établi après le contrôle d'employeur du 28 octobre 2014 ne mentionne aucun nom de personnes que l'intimée aurait considérées comme salariées. On ignore en particulier le nombre de personnes concernées et, par conséquent, les montants en jeu pour chacune de ces personnes, ne serait-ce qu'à titre approximatif. Seul un montant annuel global est mentionné, avec la référence « Divers sans dénomination ».

Par ailleurs, l'intimée s'est limitée à constater, dans sa décision et sa décision sur opposition, de même que dans sa détermination du 20 novembre 2015 en procédure de recours, que les croupiers - ou donneurs de cartes - étaient manifestement dans un lien de subordination avec l'association J._____. On ne partage pas ce point de vue, quand bien même un indice sérieux plaide dans ce sens, à avoir le fait que l'association leur versait elle-même une rémunération. D'autres circonstances peuvent toutefois être importantes pour apprécier le statut de cotisant et déterminer si les montants versés constituent un simple défraiement pour des frais de déplacement ou s'il s'agit d'une véritable rémunération d'une activité salariée, dans le cadre de rapports de travail impliquant un lien de subordination et la prise en charge des risques d'entreprise par l'employeur. Or, on ne trouve dans la décision sur opposition et les allégations de l'intimée aucune constatation relative au point de savoir si la rémunération était préalablement récoltée auprès des joueurs, comme l'allègue depuis le début la recourante, si les croupiers étaient eux-mêmes membres de l'association et participaient aux soirées tantôt comme joueurs, tantôt comme croupiers lorsqu'ils étaient désignés comme tels, s'ils étaient soumis à des horaires et à des jours de présence, etc. En bref, aucun des éléments qui permettraient de constater leur statut n'est mentionné dans la décision litigieuse ni allégué en procédure de recours, à l'exception du fait qu'ils touchaient chaque soir, en tout cas par l'intermédiaire de l'association, une rémunération ou une indemnité

dont on ignore même l'ordre de grandeur. L'intimée ne propose par ailleurs aucune mesure d'instruction.

Il ressort de la décision sur opposition et du rapport de la fiduciaire F._____ que d'autres personnes assuraient un service de cantine et un service de sécurité. Il paraît acquis que, dans la mesure où ces personnes ont été rémunérées, les montants versés constituent un salaire déterminant au sens de la LAVS. On ignore toutefois quel part ces montants représentent dans le décompte de salaire établi après le contrôle d'employeur.

Au vu de ce qui précède, la cause n'est pas suffisamment instruite et la décision sur opposition litigieuse ne permet pas de déterminer sur quels faits exactement l'intimée fonde ses prétentions. Dans ces conditions, il n'appartient pas à la Cour de céans de se substituer à l'intimée et de constater, pour la première fois, les faits déterminants. La cause sera renvoyée à l'intimée pour qu'elle y procède et statue à nouveau.

6. Le présent arrêt est rendu sans frais (art. 61 let. a LPGA). Les dépens sont mis à la charge de l'intimée (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 admis.

- II. La décision sur opposition rendue le 15 septembre 2015 par la W._____ est annulée et la cause est renvoyée à cette autorité pour qu'elle complète l'instruction et statue à nouveau.

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

- IV. La W._____ versera une indemnité de dépens de 2'500 fr. (deux mille cinq cents francs) à l'association J._____.

Le président :

La greffière :

Du

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

- Me S._____ (pour la recourante),
- W._____,
- Office 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 :