

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 16 décembre 2020

Composition : M. PIGUET, juge unique
Greffier : M. Schild

Cause pendante entre :

W._____, à Payerne, recourante, représentée par Me Jean-Emmanuel Rossel, avocat à Morges,

et

CAISSE DE COMPENSATION DES ENTREPRENEURS, AGENCE VAUDOISE, à Tolochenaz, intimée.

Art. 4 et 5 al. 2 LAVS, art. 7 RAVS

E n f a i t :

A. W._____ (ci-après : l'entreprise ou la recourante) est une entreprise active dans le domaine de la serrurerie et de la construction métallique. Elle est affiliée en tant qu'employeur auprès de la Caisse de compensation des entrepreneurs (ci-après : la Caisse).

A la suite d'un contrôle d'employeur réalisé le 1^{er} octobre 2018 portant sur la période courant du mois de janvier 2010 au 31 décembre 2017, la Caisse a, par décisions des 21 décembre 2018 (2013) et 24 janvier 2019 (2014 à 2017), réclamé à W._____ le versement d'arriérés de cotisations de 9'768 fr. 65 et de 17'362 francs (frais de gestion et intérêts moratoires compris).

Ces factures faisaient notamment suite à des reprises de salaire de 18'133 fr. concernant Q._____, de 2'896 fr. concernant F._____ et de 25'067 fr. concernant E._____.

W._____ s'est opposé à ces décisions les 24 et 28 janvier 2019, faisant valoir, entre autres motifs, que les reprises concernant Q._____ et F._____ portaient sur des indemnités (nettes) résultant de transactions passées devant le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, tandis que la reprise concernant E._____ portait sur une commission versée à ce dernier. Ces déclarations ont été confirmées à l'occasion d'un courrier adressé à la Caisse le 26 mars 2019.

Par deux décisions du 1^{er} avril 2019, la Caisse a partiellement admis les oppositions formées par B._____. Elle a en revanche maintenu la reprise de 18'133 fr. effectuée sur le salaire versé à Q._____, la reprise de 2'886 fr. effectuée sur le salaire versé à F._____, ainsi que la reprise de 25'067 fr. concernant E._____.

B. **a)** Par acte du 16 mai 2019, W._____, par l'intermédiaire de son conseil, Me Jean-Emmanuel Rossel, a déféré les décisions sur opposition du 1^{er} avril 2019 devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à leur annulation. De son point de vue, les reprises relatives à Q._____, F._____ et E._____ étaient injustifiées, dans la mesure où, s'agissant des deux premières personnes citées, elles portaient sur des indemnités nettes résultant d'une convention passée devant le Tribunal des Prud'hommes et où, s'agissant de E._____, il n'y avait jamais eu de relation de travail ou de sous-traitance avec W._____.

b) Dans sa réponse du 24 juin 2019, la Caisse de compensation des entrepreneurs a conclu principalement à l'irrecevabilité du recours, subsidiairement à son rejet. La Caisse retenait en premier lieu que l'acte de recours ne satisfaisait pas les exigences en matière de forme et de contenu des actes judiciaires et, partant, était irrecevable. Sur le fond, elle estimait que les transactions conclues entre Q._____ et F._____ d'une part et W._____ d'autre part, bien qu'elles aient été soumises au tribunal pour valoir jugement définitif, n'étaient pas exonérées de cotisations sociales. En effet, le fait que les parties à une transaction, même passée en justice, mentionnaient des montants nets ne pouvait lier la Caisse. Elle rappelait également que, pour être exonérée de cotisations sociales, l'indemnité devait être fixée par le juge, comme stipulé à la lettre des art. 336a al. 2 (congé abusif) et 337c al. 3 (congé injustifié) CO (Code des obligations : RS 220). Les reprises concernant les deux anciens collaborateurs de W._____ étaient ainsi parfaitement fondées. La Caisse émettait ensuite de sérieux doutes concernant la condition d'indépendant de E._____, soutenant au contraire l'existence d'un rapport contractuel de travail entre ce dernier et W._____. Les éléments essentiels d'un contrat de travail résidaient notamment dans le fait que l'entreprise lui avait donné des instructions et directives et remis une somme d'argent (30'000 fr.) pour son travail. Du fait de l'existence d'un rapport de travail, la reprise effectuée à son encontre était ainsi également justifiée.

c) Dans sa réplique du 28 octobre 2019, W._____ a maintenu ses conclusions. Sur la forme, elle alléguait que son recours était recevable. Sur le fond, elle soutenait que les indemnités convenues dans le cadre de transactions passées devant le Tribunal de Prud'hommes devaient être exemptées de cotisations AVS, dans la mesure où elles devaient être traitées de la même manière que celles découlant d'un licenciement abusif. Quant à la reprise concernant E._____, elle devait également être abandonnée. Ce dernier avait été rétribué sur la base d'un contrat de commission, contrat qui ne pouvait pas donner lieu à des prélèvements de cotisations.

d) Dans sa duplique du 20 novembre 2019, la Caisse a maintenu ses conclusions tendant au rejet du recours. Les indemnités litigieuses consistaient en des arriérés de salaire, soumis aux cotisations sociales. Concernant le contrat prétendument conclu avec E._____, la Caisse soulignait que W._____ n'avait pas apporté la preuve de la qualité d'indépendant de celui-ci.

e) Dans ses déterminations du 12 février 2020, W._____ a confirmé ses conclusions et produit le contrat de commission conclu le 21 juin 2017 avec E._____. Ce contrat prévoyait le versement d'une somme de 30'000 fr. en faveur de ce dernier en contrepartie de l'octroi de travaux sur un chantier à Genève.

f) A la demande du juge instructeur, W._____ a produit les écritures faites dans les procédures prud'homales qui l'ont opposée à Q._____ et à F._____.

g) A l'occasion de l'audience d'instruction tenue le 8 septembre 2020, le juge instructeur a informé les parties que le recours déposé par W._____ était recevable. Il a ensuite procédé à l'audition de B._____ et de E._____.

E n d r o i t :

1. a) Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-vieillesse et survivants (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. 56 et 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).

b) En l'espèce, le recours a été interjeté en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respecte pour le surplus les formalités prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), de sorte qu'il est recevable.

c) Vu la valeur litigieuse inférieure à 30'000 fr., la cause est de la compétence du juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

2. En l'occurrence, le litige a uniquement pour objet la qualification des indemnités de 17'000 fr. et 3'250 fr. allouées à Q. _____ et F. _____ en vertu des transactions passées les 27 octobre 2014 et 29 novembre 2016 devant le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois, respectivement de la commission de 30'000 fr. versée à E. _____ en vertu d'une convention passée le 21 juin 2017. Singulièrement, il s'agit de déterminer si ces montants sont sujets ou non à la perception de cotisations sociales.

3. a) Sont notamment assurées conformément à la LAVS les personnes physiques domiciliées en Suisse et les personnes physiques qui exercent en Suisse une activité lucrative (art. 1a al. 1 let. a et b LAVS). Selon l'art. 4 LAVS, les cotisations des assurés qui exercent une activité lucrative sont calculées en pour-cent du revenu provenant de l'exercice de l'activité dépendante ou indépendante. Les cotisations perçues sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité dépendante sont retenues

lors de chaque paie et doivent être versées périodiquement par l'employeur en même temps que la cotisation de l'employeur (art. 14 al. 1 LAVS).

b) Aux termes de l'art. 5 al. 2 LAVS, 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.

c) Font en définitive partie du salaire déterminant toutes les sommes touchées par le salarié si leur versement est économiquement lié au contrat de travail ; peu importe 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 133 V 153 consid. 3.1 et les références citées). Selon cette définition, entrent donc également dans le salaire déterminant tous les revenus liés à des rapports de travail ou de service qui n'auraient pas été perçus sans ses rapports (ATF 131 V 444 consid. 1.1).

d) L'art. 7 RAVS énumère de manière non exhaustive une série d'éléments répondant à la notion de salaire déterminant. L'art. 7 let. q RAVS mentionne notamment les prestations versées par l'employeur lors de la cessation des rapports de travail, si elles ne sont pas exceptées du salaire déterminant en vertu des art. 8^{bis} ou 8^{ter}. Au regard de cette disposition, l'élément déterminant pour la prise en compte des prestations versées par l'employeur lors de la cessation des rapports de travail est la relation directe ou indirecte, mais étroite entre les créances de l'employé

et les rapports de service (VSI 1997 p. 22 consid. 3). Font notamment partie du salaire déterminant les rétributions versées au salarié en cas de résiliation anticipée des rapports de service. En revanche, les indemnités pour résiliation abusive (art. 336a CO [Code des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220]) et pour résiliation injustifiée (art. 337c al. 3 CO) ne font pas partie du salaire déterminant (ATF 123 V 5 consid. 5 ; Michel Valterio, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI], Genève/Zurich/Bâle 2011, n. 367, p. 118). Sont ainsi notamment considérées comme des rétributions entrant dans le salaire déterminant des paiements effectués lors du licenciement d'un directeur et de son départ en pré-retraite (VSI 1994 p. 271 consid. 4). Il en va de même d'une indemnité forfaitaire servie au départ d'une employée, suite à la résiliation des rapports de travail par consentement mutuel (TF 8C_338/2017 du 29 janvier 2018 consid. 4.1).

4. 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 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3; 126 V 353 consid. 5b; 125 V 193 consid. 2). 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).

5. a) En l'espèce, l'intimée retient que les indemnités alloués en faveur de Q._____ et de F._____ en vertu des transactions passées les 27 octobre 2014 et 29 novembre 2016 devant le Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois sont soumises à cotisations, dans la mesure où elles concernent le paiement de salaire.

b) Il sied d'emblée de préciser que l'argument de l'intimée, selon lequel une indemnité versée en vertu de l'art. 336a CO devrait être fixée par un juge pour être valablement prise en compte est absolument sans pertinence. Une telle déduction ne ressort d'aucun texte légal ou réglementaire. Au contraire, cette exigence priverait de tout intérêt l'opportunité de conclure des transactions extra-judiciaires et reviendrait à imposer systématiquement le recours au juge pour éviter le risque de s'acquitter des charges sociales (CASSO AVS 48/17- 33/2018 du 6 août 2018 consid. 5).

c) Le 4 septembre 2020, la recourante a produit les requêtes déposées par Q. _____ et F. _____ auprès du Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois, respectivement les 4 avril 2014 et 13 octobre 2016. Les conclusions prises par Q. _____ consistaient à ce que la recourante soit reconnue comme débitrice d'un montant de 30'000 fr. brut. Cette somme correspondait à des rattrapages conventionnels en application de la convention collective de travail (CCT) Métal-Vaud, à des salaires impayés ainsi qu'au paiement du délai de congé au sens de l'art. 337b CO. Quant à F. _____, il avait conclu au paiement d'un montant de 7'352 fr. 80, expliquant que ses salaires d'avril à août 2014 n'avaient pas été payés correctement.

d) Au vu de ces éléments, les procédures qui ont donné lieu aux transactions litigieuses avaient uniquement pour objet des prétentions de nature salariale, à l'exclusion de toute prestation à caractère indemnitaire. A tout le moins, rien ne permet de penser que les indemnités versées par le recourant l'ont été en vertu des art. 336a ou 337c al. 3 CO. Dans ces conditions, la caisse intimée n'a pas violé le droit fédéral en considérant ces indemnités comme du salaire déterminant. Le fait que les montants des indemnités litigieuses aient été qualifiés dans les transactions de « nets » importe peu. En effet, l'application des prescriptions de droit public relatives aux cotisations sociales ne saurait être mise à néant par le biais d'une transaction passée sur le plan civil.

6. a) L'intimée retient également que la commission de 30'000 fr. versée à E._____ en vertu d'une convention passée le 21 juin 2017 doit être soumise à cotisations.

b) Au vu des déclarations recueillies lors de l'audience du 8 septembre 2020, il ressort que E._____ entendait soumissionner pour un chantier situé à [...] dans la République et canton de Genève. Depuis son passage comme employé de la recourante, E._____ était en contact avec cette dernière, en particulier avec B._____, gérant de la société recourante. Dans le cadre du chantier précité, E._____ a suggéré à la recourante de soumissionner avec lui pour les aspects de constructions métalliques. En contrepartie de l'obtention du mandat, les parties ont convenu du versement en faveur de E._____ d'une commission d'apport d'affaire, pratique apparemment courante dans le domaine de la construction.

c) Contrairement à la position défendue par la caisse intimée, il n'existe au dossier aucun élément qui laisse à penser que l'on se trouvait, dans le cadre de cette affaire, en présence d'une activité dépendante de E._____.

En l'occurrence, il est clairement établi que E._____ n'était, au moment des faits, pas employé par la recourante, mais titulaire de sa propre société, [...] Constructions Métallique Sàrl. Il arrivait ponctuellement que la société de E._____ confie certaines affaires à la recourante ; il s'agissait alors de mandats qui relevaient du contrat d'entreprise (art. 363 et ss CO). Dans le cas qui donne lieu à la reprise litigieuse, il appert que E._____ a proposé à la recourante d'unir leurs forces respectives afin de décrocher un chantier dans la République et canton de Genève. Dans ce contexte, on peine à trouver dans la relation juridique qui a lié les parties les éléments caractéristiques d'un contrat de travail. Aucun élément ne plaide dans le sens d'un lien de subordination de E._____ à l'égard de la recourante. A aucun moment d'ailleurs il n'a été mentionné que E._____ aurait reçu des instructions de la part de la recourante sur la manière de procéder afin d'obtenir le marché en cause.

Au contraire, il semble bien que c'était E._____ qui assumait la direction des opérations concernant l'adjudication du chantier genevois pour lequel il était en contact direct avec le maître d'ouvrage. Il apparaît ainsi, et contrairement à ce que soutient l'intimée, que les parties ont agi, tant dans le cadre du chantier en question que dans le cadre d'autres affaires, sur un pied d'égalité, comme partenaires. La libre entreprise est d'ailleurs un élément déterminant dans la qualification d'une activité indépendante (arrêt TF 8C_597/2011 du 10 mai 2012, consid. 2.3 et les références citées), statut qui, au vu des circonstances, ne saurait être nié à E._____.

La caisse intimée ne saurait rien tirer du fait que le montant litigieux ait été versé directement sur le compte personnel de E._____. En effet, la société de ce dernier avait dans l'intervalle fait faillite, de sorte que le montant de la commission ne pouvait plus être versé directement à cette société.

d) Sur le vu de ce qui précède, il apparaît que la caisse intimée a violé le droit fédéral, en considérant, sur la base des éléments à disposition, que le versement de la commission de 30'000 fr. résultait d'une activité dépendante et qu'elle devait, à ce titre, être soumise à cotisations sociales.

7. a) En partie bien fondé, le recours doit ainsi être partiellement admis. La décision sur opposition du 1^{er} avril 2019, en tant qu'elle porte sur la période allant du mois de janvier 2014 au mois de décembre 2017, est réformée en ce sens que la reprise de 25'067 fr. effectuée pour l'année 2017 concernant les activités de E._____ est abandonnée.

b) La procédure étant gratuite, il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. a LPGA).

c) La recourante, qui obtient partiellement gain de cause avec le concours d'un mandataire professionnel, a droit à une indemnité de dépens, dont le montant doit être déterminé d'après l'importance et la

complexité du litige (art. 61 let. g LPGA et 55 al. 1 LPA-VD ; cf. également : art. 11 al. 2 TFJDA [tarif cantonal vaudois du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; RSV 173.36.5.1]). En l'espèce, il y a lieu d'arrêter le montant des dépens à 1'500 fr. à la charge de l'intimée, qui succombe (art. 55 al. 2 LPA-VD).

**Par ces motifs,
le juge unique
prononce :**

- I. Le recours est partiellement admis.
- II. La décision sur opposition rendue le 1^{er} avril 2019 par la Caisse de compensation des entrepreneurs, en tant qu'elle porte sur la période courant du mois de janvier 2014 au mois de décembre 2017, est réformée en ce sens que la reprise de 25'067 fr. effectuée pour l'année 2017 concernant les activités de E. _____ est abandonnée.
- III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.
- IV. La Caisse de compensation des entrepreneurs versera à W. _____ la somme de 1'500 fr. (mille cinq cents francs) à titre de dépens.

Le juge unique :

Le greffier :

Du

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

- Me Rossel, pour la recourante,
- la Caisse de compensation des entrepreneurs, Agence 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).

Le greffier :