

VD_GERICHTE ZC12.042468 vom 3. September 2013

VD Tribunal cantonal, 2013-09-03, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZC12.042468

FR: VD_GERICHTE ZC12.042468 du 3 septembre 2013

IT: VD_GERICHTE ZC12.042468 del 3 settembre 2013

Erwägungen

E. 13

décembre 2007. Elle a toutefois accepté d'annuler cette décision à la suite d'une conversation téléphonique avec l'avocat de A.J._____ et de la société Z._____ SA. Lors de cette conversation, cette dernière a exposé être disposée à revoir sa position pour autant que les revenus allégués de l'activité indépendante de A.J._____ ressortent effectivement de sa comptabilité pour son activité indépendante (lettre du

E. 17

décembre 2007 de Me Duc à la Caisse AVS). Me Duc a alors produits plusieurs pièces les 17 décembre 2007, 19 décembre 2007, 10 janvier 2008 et 23 janvier 2008. Parmi ces pièces figure une version corrigée des comptes de pertes et profits au 31 décembre 2004 et au 31 décembre 2005, faisant notamment état de recettes brutes de 374'200 fr. en 2004. Ces comptes sont datés du 21 juin 2006. c) Parallèlement à cette procédure d'opposition, la fiduciaire R._____ SA a adressé au Département des finances du canton du Valais, le 19 mars 2008, la version corrigée des comptes de pertes et profit 2004 et 2005 concernant l'activité de A.J._____, faisant désormais état, notamment, de recettes brutes de 374'200 fr. en 2004. d) Par décision sur opposition du 12 juin 2008, la Caisse AVS a rejeté l'opposition formée contre sa décision du 29 juin 2007, qu'elle a maintenue. Cette décision sur opposition retient notamment ce qui suit, dans sa partie "En droit": "Aux termes de l'art. 5, alinéa 2 de la Loi sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant fourni dans un temps déterminé ou indéterminé. L'article 7 RAVS énumère les éléments du salaire déterminant. Ainsi, les rémunérations des membres du conseil d'administration et des organes dirigeants d'une personne morale appartiennent au salaire déterminant (art. 7 let. h RAVS). L'administrateur d'une SA ne saurait facturer les travaux faits pour les clients de la société au nom de cette dernière comme un indépendant. A.J._____ étant administrateur (signature

- 6 - individuelle) de Z._____ SA, les rémunérations qui lui ont été versées en 2002, 2003, 2004 et 2005 par ladite société doivent en conséquence être qualifiées de salaires au sens de la législation AVS. Cependant, conformément à votre demande et par économie de procédure, la Caisse était disposée à réexaminer sa position, dans le cas où les rémunérations en question avaient été effectivement incluses dans la comptabilité indépendante de M. A.J._____ et avaient ainsi été soumises à titre de cotisations personnelles. Nous constatons que M. A.J._____ a obtenu un statut d'indépendant auprès de la Caisse de compensation AVS du canton du Valais pour la période du 1er octobre 2004 au 30 septembre 2005. Ses cotisations personnelles ont été fixées sur la base des revenus suivants: 2004: Fr. 0.- (définitif), soit sur une perte de Fr. 391'721.- 2005: Fr. 30'000.- (provisoire) La perte 2004 de Fr. 391'721 ressort bien de la décision de taxation 2004 émise par le service des contributions du canton du Valais. Elle se décompose de la

manière suivante: Imposition des gains immobiliers réalisés par M. A.J._____, selon chiffres de l'office d'impôt du district de [...], soit pertes imposables de 2004 – Fr. 455'888.- Bénéfice net de l'activité indépendante de 2004 de M. A.J._____ Fr. 64'167.- Perte nette Fr. 391'721.- Nous relevons à ce propos que le comptes de pertes et profits au 31 décembre 2004 de M. A.J._____ [réd.: établi le 24 mai 2005] ne fait état, au niveau des recettes, que d'un montant de Fr. 89'200.- (pièce No 1). Il est donc manifestement erroné de prétendre que les rémunérations reprises à hauteur de Fr. 369'225.- (2004) ont été incluses dans la comptabilité d'indépendant de M. A.J._____. Vous nous avez par ailleurs remis le 19 décembre 2007 (pièce No 2) un exemplaire des comptes 2004 et 2005 de M. A.J._____ établi le

E. 21

juin 2006, soit postérieurement à la décision de taxation 2004 du service des contributions du canton du Valais (17 mai 2006), et dont les chiffres et par conséquent le résultat (bénéfice de Fr. 332'066.20) sont différents de la version prise en compte par l'autorité fiscale. Il est pour le moins insolite de présenter deux comptabilités différentes pour le même exercice. Au vu de ce qui précède, les rémunérations versées par la société Z._____ SA à M. A.J._____ n'ont pas été incluses dans sa comptabilité d'indépendant et n'ont en conséquence pas été annoncées à l'AVS, contrairement à ce que votre mandant prétend. La décision de la Caisse du 29 juin 2007 est donc conforme à la législation en vigueur."

- 7 - e) Z._____ SA a recouru contre cette décision sur opposition, en concluant, avec suite de dépens, à son annulation. Elle a exposé que le litige portait sur la question de savoir si l'intimée était en droit de corriger le salaire AVS de A.J._____, comme salarié de la société, en y ajoutant les montants de 369'255 fr. pour l'année 2004, ainsi que de 172'450 fr. et 17'310 fr. pour l'année 2005. Elle soutenait que ces montants ne correspondaient pas à des honoraires payés par la société Z._____ SA à A.J._____ en qualité d'administrateur, mais de versements d'honoraires pour une activité exercée indépendamment de cette société en qualité de promoteur immobilier. Elle a requis la mise en œuvre d'une expertise comptable, ainsi que la suspension de la procédure jusqu'à droit connu sur la demande de révision de la taxation fiscale déposée auprès de l'administration fiscale valaisanne. La Caisse AVS a conclu au rejet du recours. Elle a notamment observé que la recourante n'expliquait pas les raisons pour lesquelles A.J._____ avait utilisé les comptes de Z._____ SA pour obtenir sa rémunération en tant que "promoteur immobilier en Valais"; en effet, si A.J._____ avait agi en tant qu'indépendant, on ne voyait pas pourquoi il n'avait pas encaissé ses honoraires directement auprès de ses propres clients. Au surplus, la recourante n'avait jamais produit les factures ou pièces justificatives relatives aux rémunérations en cause. Par jugement du 9 février 2010 (cause AVS 29/08 – 7/2010), la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal a partiellement admis le recours formé par Z._____ SA. Il a considéré que la Caisse AVS n'aurait pas dû prendre en compte, dans son décompte rectificatif des cotisations du 29 juin 2007, d'une part, un montant brut de 369'225 fr. à titre de salaire déterminant pour l'année 2004, mais un montant résultant de la revalorisation au salaire brut de la somme de 285'000 fr.; d'autre part, l'intimée n'aurait pas dû prendre en considération le montant de 17'310 fr. comme salaire déterminant pour 2005. La Cour des assurances sociales a annulé la décision litigieuse et renvoyé la cause à la Caisse AVS pour qu'elle procède à de nouveaux calculs dans ce sens et adapte le montant des cotisations exigées.

- 8 - f) Par décision du 18 août 2010, la Caisse AVS a rectifié les reprises relatives à A.J._____ conformément au jugement du 9 février 2010 de la Cour des assurances sociales, selon le calcul suivant: Année 2004: Fr. 285'000.- (net) converti en salaire brut = Fr. 300'346.35 Rapport initial: Fr. 369'225.00 Montant admis: Fr. 300'346.35 Rectification: – Fr. 68'878.65 Année 2005: Rectification – Fr.17'310.00 Il en résultait un solde de cotisations dû par Z._____ SA en faveur de la Caisse AVS de 91'518 fr. 40. La Caisse AVS a confirmé ses exigences relatives au paiement de 91'518 fr. 40, par décision sur opposition du 1er octobre 2010. C. a) Z._____ SA a recouru contre cette nouvelle décision sur opposition, en concluant à son annulation, sous suite de dépens. Elle a exposé que le litige portait sur la question de savoir si la Caisse AVS était en droit de corriger le salaire AVS de A.J._____ en y ajoutant le montant de 285'000 fr. à valoriser au brut, pour 2004, et de 172'450 fr., à valoriser au brut, pour 2005. Elle a soutenu que ces montants correspondaient en réalité à des honoraires versés par la société à A.J._____ pour une activité indépendante de promotion immobilière. Elle a requis la mise en œuvre d'une expertise comptable ainsi que la suspension de la procédure jusqu'à droit connu sur la demande de révision de la taxation fiscale pour l'année 2004, déposée auprès de l'administration fiscale valaisanne. Par jugement du 20 juillet 2011 (cause AVS 52/10 – 35/2011), la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal a rejeté le recours et confirmé la décision sur opposition litigieuse. Z._____ SA a recouru devant le Tribunal fédéral.

- 9 - Par arrêt du 25 septembre 2012 dans la cause 9C_624/2011, le Tribunal fédéral a, en substance, partiellement admis le recours, annulé le jugement contesté en tant qu'il admettait qu'un montant net de 285'000 fr. (à revaloriser au brut) devait être repris par l'intimée comme salaire non annoncé pour l'année 2004; sur ce point, il a renvoyé la cause à la Cour de céans pour instruction complémentaire et nouveau jugement au sens des considérants. En tant que le jugement contesté portait sur la reprise de salaires pour l'année 2005, le Tribunal fédéral a déclaré le recours irrecevable. Le Tribunal fédéral a notamment observé que "de toute part manquent les pièces pertinentes, nécessaires à la constitution du dossier permettant d'établir l'état de fait déterminant. En ce qui concerne l'année 2004, manque notamment le compte 5260 "sous-traitants" de la société Z._____ SA; qu'il s'agisse de A.J._____, manquent notamment les comptes dont a fait état le réviseur en ce qui concerne ses honoraires et le compte de pertes et profits au 31 décembre 2004, tel qu'établi le 24 mai 2005." Il convenait donc de compléter l'instruction et de vérifier si Z._____ SA avait fait figurer en 2004, dans sa comptabilité sous le compte 5260 "sous-traitants" les rémunérations de l'activité indépendante de A.J._____. Cela n'était pas impossible puisque la Cour de céans avait admis, à propos du montant de 16'436 fr. qui faisait l'objet d'une reprise de salaire en 2005, que ce montant correspondait aux recettes réalisées en 2005 par A.J._____ dans son activité de promoteur indépendant en Valais. Il était dès lors déterminant de savoir si A.J._____ avait œuvré en 2004 en qualité de sous-traitant pour le compte de Z._____ SA dans son activité de promoteur indépendant en Valais et quels étaient les revenus qui avaient pu lui être versés par Z._____ SA à ce titre et être comptabilisés dans le compte 5260 "sous-traitants". b) A réception de l'arrêt du Tribunal fédéral du 25 septembre 2012, le juge en charge de l'instruction de la cause pour la Cour de céans a requis du mandataire de Z._____ SA et de A.J._____ qu'il produise "un exemplaire de la comptabilité de Z._____ SA et de A.J._____ pour l'année 2004." Etait requise, en particulier, la production "[du] compte

- 10 - 5260 Sous-traitants" de Z. _____ SA, ainsi que la comptabilité d'indépendant de A.J. _____, dans sa version au 24 mai 2005. L'intimée a également été invitée à produire ces documents dans la mesure où elle en disposait. Par ailleurs, les parties ont été invitées à se déterminer sur l'arrêt du Tribunal fédéral si elles le souhaitaient. Le 23 octobre 2012, le mandataire de Z. _____ SA et de A.J. _____ a produit la comptabilité de A.J. _____ pour son activité indépendante en 2004, telle qu'établie le 24 mai 2005, ainsi que la comptabilité de Z. _____ SA pour l'année 2004. Le 2 mai 2013, le Tribunal a invité la Caisse AVS à produire notamment l'ensemble de ses correspondances avec la fiduciaire de Z. _____ SA, avec la Caisse de compensation du canton du Valais, avec les autorités fiscales valaisannes et vaudoises, ainsi qu'avec la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents, depuis 2004. Le 14 mai 2013, l'intimée a produit une liasse de pièces. Le 16 mai 2013, le Tribunal a informé les parties du fait que le dossier complet de la cause pouvait être consulté au greffe. La cause paraissait en l'état d'être jugée, de sorte que sauf nouvelle réquisition, un jugement serait rendu dès que l'état du rôle le permettrait. Le 4 juillet 2013, à la demande du mandataire de Z. _____ SA et de A.J. _____, le Tribunal lui a communiqué le dossier complet de la cause pour consultation. Le dossier a par la suite été restitué au tribunal sans autre réquisition ni détermination.

- 11 - E n d r o i t : 1. Le litige porte sur le point de savoir si l'intimée est en droit de prélever un solde de cotisation pour l'activité salariée de A.J. _____ en 2004, calculé sur un salaire net de 285'000 fr. soit 300'346 fr. 35 après conversion en salaire brut. Le Tribunal fédéral ayant rejeté le recours en tant qu'il portait sur le solde de cotisation exigée pour l'année 2005, cette question n'est plus litigieuse dans la présente procédure. 2. a) Aux termes de l'art. 1a al. 1 let. a LAVS (loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946; RS 831.10), sont assurés conformément à cette loi les personnes physiques domiciliées en Suisse. Les salariés obligatoirement assurés en vertu de l'art. 1a LAVS sont tenus de payer des cotisations tant qu'ils exercent une activité lucrative (art. 3 al. 1 LAVS). Une cotisation de 4.2% est perçue sur le revenu provenant d'une activité dépendante, appelé salaire déterminant (art. 5 al. 1 LAVS). Le salaire déterminant comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé (art. 5 al. 2 LAVS). Font partie du 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 (ATF 128 V 176, consid. 3c; 126 V 221, consid. 4a; 124 V 100, consid. 2, et la jurisprudence citée; TF 9C_365/2007 du 1er juillet 2008, consid. 5.1). b) Selon l'art. 7 let. h RAVS (règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants; RS 831.101), le salaire déterminant pour le calcul des cotisations comprend notamment, dans la mesure où il ne s'agit pas d'un dédommagement pour frais encourus, les tantièmes, les indemnités fixes et les jetons de présence des membres de l'administration et des organes dirigeants des personnes morales. Lorsque

- 12 - des honoraires sont versés par une société anonyme à un membre du conseil d'administration, il est présumé qu'ils lui sont versés en sa qualité d'organe d'une personne morale et qu'ils doivent être, par conséquent, considérés comme salaire déterminant (TF 9C_365/2007 du 1er juillet 2008, consid. 5.1, et les références citées ; cf. également ATF 121 V 80 consid. 2). Cette présomption peut être renversée en établissant que les honoraires versés ne font pas partie du salaire déterminant; c'est le cas lorsque les indemnités n'ont

aucune relation directe avec le mandat de membre du conseil d'administration mais qu'elles sont payées pour l'exécution d'une tâche que l'administrateur aurait assumée même sans appartenir au conseil d'administration (ATF 105 V 113, consid. 3; RCC 1953 p. 442; TF 9C_365/2007 du 1er juillet 2008, consid. 5.1). c) 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 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 ne supporte pas le risque économique couru par l'entrepreneur (ATF 123 V 161 consid. 3.1; TF H 19/06 du 14 février 2007, consid. 3.1). 3. a) En l'occurrence, la reprise de salaire contestée portait initialement sur des rémunérations nettes de 350'400 fr. versées en 2004, qui ressortent, dans la comptabilité de la recourante examinée par le réviseur de l'intimée, du compte 5260 "sous-traitants" et qui ont été revalorisées en salaires bruts à hauteur de 369'225 francs. A la suite du jugement du 9 février 2010 de la Cour de céans et de la décision du 18 août 2010 de l'intimée, seul reste litigieux le point de savoir si des cotisations doivent être prélevées sur une rémunération nette de 285'000 francs. Il a été admis que le solde correspondait bien à la rémunération

- 13 - d'une activité indépendante, dès lors qu'il avait d'emblée été intégré dans la comptabilité d'indépendant de A.J._____. b) Le montant de 285'000 fr. dont la qualification comme revenu d'une activité salariée ou indépendante est litigieuse a été comptabilisée au 31 décembre 2004 par Z._____ SA, avec la mention "honoraires 2004 A.J._____ IP s/ honoraires 2004 A.J._____", selon la dernière version de ces comptes présentée par la recourante. Ce montant n'a en revanche pas été comptabilisé par A.J._____, dans la comptabilité de son activité indépendante établie le 24 mai 2005. Le compte de pertes et profit pour l'année 2004 ne fait état que de recettes de 89'200 fr. (64'166 fr. 70 après déduction de divers frais). C'est sur la base de ce montant, et des pertes commerciales de A.J._____, que la décision de taxation fiscale du 17 mai 2006, entrée en force, a été établie. Le versement d'honoraires pour un montant de 285'000 fr. à A.J._____, par Z._____ SA SA, ne ressort pas davantage des différents postes de sa comptabilité d'indépendant, ni dans le compte 5260 "sous-traitants", tel qu'il résulte de la comptabilité de Z._____ SA établie au 20 mai 2005 (pièce produite par le mandataire de la recourante et de A.J._____ le 15 janvier 2013, annexée au compte de pertes et profits de A.J._____, p. 3). La recourante et A.J._____, soutiennent que le montant de 285'000 fr. correspond à des honoraires versés par la société pour une activité de promotion immobilière qu'aurait exercée A.J._____, comme indépendant. Toutefois, ils ne donnent aucune explication sur l'absence de comptabilisation de ce montant, pourtant élevé, dans la comptabilité d'indépendant de A.J._____ établie le 24 mai 2005, et dans le compte 5260 "sous-traitants" de Z._____ SA, dans sa version initiale. Ils ne donnent pas davantage d'explication sur les raisons pour lesquelles cette rémunération de 285'000 fr. a été comptabilisée d'un bloc, au 31 décembre 2004, dans le compte 5260 "sous-traitants" de Z._____ SA, contrairement aux autres honoraires qui ont été versés et enregistrés durant le courant de l'année 2004 – et qui ont d'emblée été intégrés dans la comptabilité d'indépendant de A.J._____ ainsi que dans le compte 5260 "sous-traitants" de Z._____ SA. Enfin, la recourante et A.J._____

- 14 - ne donnent aucune explication et ne produisent aucune pièce en vue d'établir à quoi exactement correspondait cette rémunération, se limitant à alléguer de manière vague une activité de promotion immobilière en faveur de la société. L'intimée a pourtant expressément soulevé en cours de procédure – en particulier dans sa réponse du 29 septembre 2008 au recours interjeté par A.J. _____ contre sa décision du 27 juin 2007 (pièces produites le 14 mai 2013, dossier no 1) – que la recourante et A.J. _____ n'avaient produit aucune facture ni aucune autre pièce qui aurait justifié le paiement de tels honoraires. Dans ces conditions, on doit admettre que la présomption d'après laquelle les rémunérations versées par une société commerciale à un administrateur constituent un revenu d'une activité salariée n'est pas renversée en l'espèce, au contraire. Une expertise comptable n'est par ailleurs pas justifiée, en l'absence de toute pièce justificative ou explication précise relative à l'origine d'un versement de 285'000 fr. à A.J. _____ le 31 décembre 2004, date de la clôture des comptes 2004 de la recourante. c) La recourante et A.J. _____ voient dans la comptabilité d'indépendant de A.J. _____, dans sa version du 21 juin 2006, une preuve du fait que la rémunération litigieuse était liée à cette activité indépendante. En effet, A.J. _____ a désormais intégré un revenu de 285'000 fr. supplémentaire dans sa comptabilité d'indépendant. Toutefois, cette nouvelle version des comptes 2004, établie bien après le délai répondant aux nécessités d'une marche régulière de l'entreprise (cf. art. 958 al. 2 CO), ne revêt qu'une faible valeur probante pour établir que la rémunération litigieuse avait bien été versée en contrepartie d'une activité indépendante pour la société. A défaut, il paraîtrait en effet trop aisé d'adapter une comptabilité, au fil des décisions fiscales et en matière de cotisations sociales et selon les intérêts de la société ou du particulier concerné. Il convient bien plutôt, dans le sens de la jurisprudence relative aux premières déclarations d'une partie à une procédure administrative (cf. ATF 121 V 45 et les références), de s'en tenir à la première version de la comptabilité présentée, sous réserve d'explications et de moyens de preuve convaincants produits par la personne concernée. Or, comme on

- 15 - l'a vu, de telles explications et moyens de preuve n'ont pas été produits en l'espèce. d) La recourante et A.J. _____ demandent une suspension de la procédure jusqu'à droit connu sur la demande de révision de la taxation fiscale de A.J. _____ pour l'année 2004. Ils allèguent qu'une telle suspension est nécessaire dans la mesure où l'intimée devrait être liée par la décision de taxation à rendre. Toutefois, contrairement à ce qu'ils soutiennent, la jurisprudence admet que les caisses de compensation ne sont pas liées par la qualification d'une rémunération comme revenu d'une activité dépendante ou salariée par les autorités fiscales, quand bien même elles ne doivent en principe procéder à leurs propres investigations que lorsqu'elles ont des doutes sérieux quant à leur exactitude (ATF 134 V 250 consid. 3.3, TF 9C_127/2009 du 28 août 2009 consid. 5.1). Par ailleurs, une décision de taxation a déjà été rendue, qui n'intègre pas la rémunération litigieuse de 285'000 fr. dans les revenus d'indépendant de A.J. _____. Il n'y a pas donc pas de motif de suspendre la procédure dans l'attente d'une hypothétique révision de la taxation fiscale de A.J. _____ pour l'année 2004. 4. Vu ce qui précède, le recours est mal fondé, ce qui entraîne la confirmation de la décision litigieuse. Il n'y a pas lieu de percevoir des frais de justice ni d'allouer de dépens (art. 61 let. a LPGA et art. 61 let. g LPGA a contrario).