

## **VD\_GERICHTE ZQ16.051398 vom 14. März 2017**

VD Tribunal cantonal, 2017-03-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_ZQ16.051398](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZQ16.051398)

FR: VD\_GERICHTE ZQ16.051398 du 14 mars 2017

IT: VD\_GERICHTE ZQ16.051398 del 14 marzo 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 01**

12 2012 2'060 F. \_\_\_\_\_ Par décision sur opposition du 12 février 2015, la Caisse a partiellement admis l'opposition de l'assuré et retenu une activité déployée à hauteur de quatre heures par jour au sein de H. \_\_\_\_\_ SA entre le 1er janvier 2011 et le 30 septembre 2012. Il n'y avait pas lieu de procéder à une déduction pour frais professionnels, les gains intermédiaires correspondant à l'intégralité des revenus réalisés pendant la période de contrôle. Il n'était pas davantage envisageable de déduire un forfait de 20% du fait d'un revenu dégagé à titre indépendant alors que la caisse de compensation compétente avait considéré l'assuré comme une personne salariée. La Caisse a au surplus renvoyé la cause à l'autorité administrative inférieure pour correction des décomptes d'indemnité et nouvelle décision de restitution. E. En date du 6 mai 2015, la Caisse a rendu une décision de restitution corrigée, arrêtant le montant réclamé à l'assuré à 37'949 fr. 85. L'assuré s'est derechef opposé à cette décision de restitution par courrier du 1er juin 2015, faisant grief à la Caisse de ne pas avoir détaillé les montants réclamés respectivement pour 2011 et 2012. Il a par ailleurs à nouveau requis la déduction de ses frais professionnels, à concurrence de 25% des commissions perçues, soit la prise en compte exclusivement des montants déclarés en matière AVS. Il a en outre relevé que seule l'activité déployée dès 2011 pour H. \_\_\_\_\_ SA en matière d'assurances générales devait être prise en compte, à l'inverse de celle relative au secteur de l'assurance-maladie, dans lequel il œuvrait depuis 2008 pour cette même société. Enfin, à son avis, les allocations familiales ne lui avaient pas été servies pour tous les mois concernés. Il a dès lors conclu à la réforme de la décision de restitution du 6 mai 2015. La Caisse a rendu sa décision sur opposition le 17 août 2015, rejetant l'opposition de l'assuré. Elle a observé que l'assuré avait certes

- 8 - exercé une activité accessoire pour le compte de H. \_\_\_\_\_ SA dès 2007, mais qu'il avait étendu cette activité durant sa période de chômage de sorte que les revenus dégagés devaient être qualifiés de gains intermédiaires. Elle a rappelé qu'il n'y avait pas lieu de procéder à une déduction de 25% de frais professionnels, tandis que l'intégralité des revenus bruts s'avérait déterminante en matière d'assurance-chômage. S'agissant du supplément journalier afférent aux allocations familiales, elle a souligné que l'allocation était versée par l'employeur ou par la caisse d'allocations familiales en cas de gain intermédiaire. L'assuré ne pouvait en conséquence prétendre aux suppléments initialement acquittés par la Caisse de mars 2012 à septembre 2012 compte tenu de son activité au sein de H. \_\_\_\_\_ SA, à l'exception du mois d'avril 2012 où son gain intermédiaire avait été inférieur à 587 francs. Eu égard aux frais de déplacement et de repas, elle a relevé avoir pris en compte des montants identiques à ceux versés en 2012. Partant, le montant de 37'949 fr. 85 soumis à restitution devait être confirmé, de même que la décision querellée. F. Par acte de recours du 14 septembre 2015, l'assuré a déféré la décision sur opposition du 17 août

2015 à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à sa réforme quant au montant sujet à restitution. Dans ce cadre, il a contesté les montants retenus au titre de gains intermédiaires et repris ses précédents griefs, tout en remettant en question le gain assuré fixé initialement par la Caisse. La Caisse a produit sa réponse au recours le 8 octobre 2015, en proposant le rejet sur la base des considérations contenues dans la décision sur opposition entreprise. Elle a souligné que les revenus dégagés par le recourant pour le compte de F.\_\_\_\_\_ et G.\_\_\_\_\_SA avaient été considérés comme des gains accessoires, à l'inverse de ceux réalisés dès 2011 pour H.\_\_\_\_\_SA où l'assuré avait sensiblement étendu son activité. Après un rappel des faits survenus au cours de la procédure administrative, elle a exposé avoir finalement retenu en tant que gains intermédiaires les revenus bruts effectivement réalisés par le recourant au sein de cette société, soit 29'515 fr. pour 2011 et 22'965 fr. 10 pour les

- 9 - neuf premiers mois de l'année 2012. Elle a au surplus maintenu ses arguments quant aux déductions sollicitées par le recourant et au supplément d'allocations familiales. Elle a enfin constaté que le gain assuré n'avait pas à être discuté vu qu'il n'avait jamais été précédemment querellé. La Cour de céans a rendu un arrêt le 22 février 2016, en la cause ACH 153/15 – 29/2016, admettant le recours de l'assuré par substitution de motifs. Elle a constaté la péremption de la créance en restitution de la Caisse, vu l'émission à son sens tardive – en date du 6 mai 2015 – de la décision de restitution, et annulé la décision sur opposition du 17 août 2015. G. Le Tribunal fédéral a statué par arrêt du 4 novembre 2016, portant numéro de cause 8C\_213/2016, sur le recours en matière de droit public introduit par la Caisse contre l'arrêt cantonal précité. Il a laissé ouverte la question de savoir si le délai de péremption d'une année prévu par l'art. 25 al. 2 LPGA (loi fédérale du

## **E. 6**

Quand bien même l'ensemble des griefs du recourant peuvent être écartés, il n'est pas possible de vérifier le montant réclamé en restitution (37'949 fr. 85) sur la base des décomptes rectificatifs de l'intimée. En particulier, on ignore si le principe de survenance (cf.

- 21 - considérant 4b supra) et la ventilation comptable qu'il implique ont été respectés en l'espèce. a) On rappellera en effet les dispositions suivantes de la convention conclue entre le recourant et H.\_\_\_\_\_SA en date du 26 octobre 2010 : « [...] 6.2 En matière de commission de rappel (supercommission annuelle), l'agent a droit à une participation de 90% sur les affaires qu'il aura lui-même réalisées. Les barèmes de calcul des compagnies partenaires de H.\_\_\_\_\_SA sont également applicables pour l'agent. Seules les affaires enregistrées sous le code de l'agent sont prises en considération pour le calcul de son rappel. Ce taux de participation est valable pour les agents ayant un statut d'indépendant ou étant une personne morale. Pour les agents salariés, 5% est déduit du taux ci-dessus pour tenir compte des charges d'AVS que doit supporter H.\_\_\_\_\_SA. La participation se monte par conséquent à 85%. Le décompte de commission de rappel est établi et le montant dû à l'agent est versé au mois de mars qui suit la fin de l'exercice civil considéré. [...] 6.4 Compte de garantie Dans le but de se prémunir contre le risque de ducroire engendré par une éventuelle incapacité de l'agent à faire face aux éventuelles ristournes de commissions, les 4/5 de toutes commissions revenant à l'agent lui sont crédités en fin de mois, au plus tard un mois après réception par H.\_\_\_\_\_SA de l'avis de la compagnie d'assurance concernée. Le 1/5 restant est destiné à alimenter un fonds de réserve pour compenser les rétrocessions de commissions. Demeurent réservées certaines affaires dites importantes

(hors normes) pour lesquelles une garantie individuelle pourrait être exigée. Le fonds de réserve doit correspondre à 10% du total des commissions du dernier exercice civil (1er janvier au 31 décembre) mais au minimum à CHF 3'000 par collaborateur au service de l'agent. H. \_\_\_\_\_ SA porte au crédit de ce compte 1/5 des commissions acquises par l'agent et, au débit, la totalité des rétrocessions selon justificatifs remis par les compagnies d'assurances. Un relevé de compte du fonds de réserve est remis à l'agent par H. \_\_\_\_\_ SA à la fin de chaque mois. Un éventuel montant dépassant le fonds de réserve minimal (voir alinéa précédent) est crédité à l'agent dans le courant du mois d'avril qui suit l'exercice civil écoulé. [...] » Les décomptes établis par la Caisse ne permettent pas de déterminer si les commissions acquittées respectivement en mars 2011 et mars 2012 comprennent ou non la « supercommission » prévue par le chiffre 6.2 de la convention, cité ci-dessus. Cas échéant, on ignore si cette

- 22 - « supercommission » a dûment fait l'objet d'une répartition sur l'année concernée à défaut de pouvoir connaître le ou les mois de sa réalisation. Eu égard aux retenues prévues par le chiffre 6.4 de la convention, on ne peut savoir si le recourant a bénéficié d'éventuelles rétrocessions, lesquelles devraient également être réparties, à titre de gain intermédiaire supplémentaire, sur l'entier de l'exercice concerné. b) On ajoutera que le décompte récapitulatif annuel de l'année 2011, produit tant par le recourant que par H. \_\_\_\_\_ SA, ne concorde pas avec le montant inscrit au CI de l'assuré par la Caisse de compensation D. \_\_\_\_\_ pour l'année concernée. Sur ce décompte, figure en effet un montant de 32'850 fr. 40, alors que le CI du recourant fait état d'un total de 22'662 francs. Il convient par conséquent de vérifier les montants effectivement perçus par l'assuré au titre de commissions pour l'exercice de 2011, après avoir sollicité la production de l'intégralité des pièces justificatives. c) On peut par ailleurs synthétiser les différents décomptes rectificatifs établis par l'intimée selon le tableau ci-dessous :

2011	Décompte	Gain	Décompte	Gain
Indemnités	Gain de mai	intermédiaire	de intermédiaire	allouées intermédiaire
2015 /	septembre	initialement	effectif	Restitution 2013 /
Restitution	janvier	0.-	0.-	1'297.10
1'760.-	5'937.85	1'479.15	février	0.-
537.40	2'370.75	3'200.-	5'449.35	2'393.65
mars	907.65	4'901.35	2'701.55	3'680.-
6'266.80	4'901.35	avril	0.-	407.60
1'875.90	2'560.-	5'826.85	407.60	mai
0.-	1'902.60	2'591.30	3'520.-	5'994.30
1'902.70	juin	0.-	1'183.95	2'591.30
3'520.-	5'994.30	1'183.95	juillet	3'240.80
10'376.50	2'481.05	3'360.-	5'721.85	10'376.50
août	0.-	1'599.40	2'701.55	3'680.-
6'266.80	1'599.40	septembre	412.60	4'062.95
2'591.30	3'520.-	5'994.30	4'062.95	octobre
0.-	1'172.30	2'481.05	3'360.-	5'721.85
1'172.30	novembre	0.-	0.-	2'591.30
3'520.-	5'994.30	552.05	décembre	0.-
3'370.85	2'591.30	3'520.-	5'994.30	3'394.40
2012	janvier	0.-	1'989.25	2'599.15
3'520.-	6'012.70	1'989.25	février	1'186.30
4'985.40	2'488.60	3'360.-	5'739.45	4'985.40
mars	1'776.15	2'411.85	248.85	320.-
6'760.15	2'411.85	avril	0.-	268.50
240.90	320.-	6'194.95	268.50	mai
615.85	2'208.90	1'229.45	1'360.-	6'700.70
2'208.90	juin	481.25	2'579.05	1'608.10
1'920.-	6'073.95	2'579.05	juillet	747.35
4'565.90	2'768.25	3'520.-	6068.70	3'744.90

- 23 - août 0.- 1'058.80 2'886.80 3'680.- 6'344.65 1'058.80 septembre 0.- 2'898.45 2'531.15 3'200.- 5'517.-- 2'898.45 On y relève d'emblée plusieurs erreurs de détermination du gain intermédiaire brut : ■ Les décomptes afférents aux mois de janvier 2011 et février 2011 laissent apparaître des montants portés en compensation (solde négatif reporté), lesquels ne devraient pas être pris en compte pour respecter le principe de survenance. ■ Eu égard au gain intermédiaire effectif retenu en juillet 2011, on observe que ce montant – très élevé par rapport à ceux des autres mois – englobe vraisemblablement à tort des commissions perçues

pour d'autres périodes, lesquelles doivent être ventilées conformément au principe de survenance. ■ S'agissant de novembre 2011 et décembre 2011, le récapitulatif produit par H.\_\_\_\_\_SA englobe les cotisations sociales prélevées auprès du recourant. Celles-ci ont été retenues par l'intimée dans la détermination du gain intermédiaire effectif, alors qu'il y a lieu de prendre en compte le gain intermédiaire brut. ■ Concernant août 2012, on relève que l'intimée a pris en considération un remboursement de frais de la centrale d'achats, mentionné dans le récapitulatif de H.\_\_\_\_\_SA, lequel n'a pourtant pas lieu d'être qualifié de revenu. Il doit en conséquence être déduit du gain intermédiaire. Il découle de ce qui précède qu'il n'est pas possible de statuer sur l'étendue de la créance en restitution de l'intimée sans procéder à un complément d'instruction.

## E. 7

a) 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 l'assureur, qui

- 24 - prend les mesures d'instruction nécessaires et recueille les renseignements dont il a besoin (cf. art. 43 al. 1 LPGA). Le devoir d'instruction s'étend jusqu'à ce que les faits nécessaires à l'examen des prétentions en cause soient suffisamment élucidés (TF 8C\_364/2007 du 19 novembre 2007 consid. 3.2). Si elle estime que l'état de fait déterminant n'est pas suffisamment établi, ou qu'il existe des doutes sérieux quant à la valeur probante des éléments recueillis, l'administration doit mettre en œuvre les mesures nécessaires au complément de l'instruction (ATF 132 V 93 consid. 6.4). b) Lorsque le juge des assurances examine l'opportunité de renvoyer la cause à l'administration afin qu'elle procède à un complément d'instruction, son comportement ne doit être dicté que par la question de savoir si une instruction complémentaire est nécessaire afin d'établir, au degré de la vraisemblance prépondérante, l'état de fait déterminant sur le plan juridique (TF U 571/06 du 29 mai 2007 consid. 4.2, in : SVR 2007 UV n° 33 p. 111 ; Ueli Kieser, ATSG- Kommentar, Zurich, 3ème éd. 2015, ad art. 43 LPGA). Le juge cantonal qui estime que les faits ne sont pas suffisamment élucidés a en principe le choix entre deux solutions : soit renvoyer la cause à l'assureur pour complément d'instruction, soit procéder lui-même à une telle instruction complémentaire. Un renvoi à l'assureur, lorsqu'il a pour but d'établir l'état de fait, ne viole ni le principe de simplicité et de rapidité de la procédure, ni le principe inquisitoire (ATF 122 V 157 consid. 1d). Il en va cependant autrement quand un renvoi constitue en soi un déni de justice (par exemple, lorsque, en raison des circonstances, seule une expertise judiciaire ou une autre mesure probatoire serait propre à établir l'état de fait), ou si un renvoi apparaît disproportionné dans le cas particulier (TF 9C\_162/2007 du 3 avril 2008 consid. 2.3). A l'inverse, le renvoi à l'assureur apparaît en général justifié si celui-ci a constaté les faits de façon sommaire, dans l'idée que le tribunal les éclaircirait comme il convient en cas de recours (DTA 2001 n° 22 p. 170, consid. 2). Un renvoi à l'administration est également possible

- 25 - lorsqu'il s'agit de trancher une question qui n'a jusqu'alors fait l'objet d'aucun éclaircissement, ou lorsqu'il s'agit d'obtenir une clarification, une précision ou un complément (ATF 137 V 210 consid. 4.4.1.4 et 4.4.1.5). c) Etant donné les lacunes et imprécisions relevées au considérant 6 ci-avant, il s'agit de renvoyer la cause à l'intimé pour compléter l'instruction, respectivement corriger ses décomptes rectificatifs, dans le respect du principe de survenance.

**E. 8**

Sur le vu des considérants qui précèdent, le recours de l'assuré doit être partiellement admis et la décision sur opposition litigieuse annulée. a) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires, la procédure étant gratuite (cf. art. 61 let. a LPGA), b) Bien que le recourant obtienne partiellement gain de cause, il ne saurait prétendre des dépens dans la mesure où il n'est pas représenté par un mandataire professionnel (cf. art. 61 let. g LPGA et art. 55 al. 1 LPA-VD ; cf. également eu égard à la notion de représentation professionnelle : art.

**E. 11**

TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; RSV 173.36.5.1).

- 26 -

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.