

Cour des assurances sociales. Séance du 14 décembre 2000. Statuant sur les recours interjetés le 21 mai 1999 (**5S 99 324 / 325**) par la société **X SA**, à A, et **Y**, à B, **recourants**, tous deux représentés par la fiduciaire Z, à Fribourg, contre les décisions rendues le 23 avril 1999 par la **Caisse de compensation du canton de Fribourg**, à Givisiez, **autorité intimée, en matière d'AVS/AI/APG/AC/AFC (contribution, cotisations paritaires arriérées et intérêts moratoires)**

En fait:

- A. La société X SA, dont le siège est à A, est affiliée comme employeur à la Caisse de compensation du canton de Fribourg (ci-après: la Caisse). Elle s'acquitte ainsi des cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC ainsi que des contributions au régime des AFC sur les salaires versés à son personnel.

Suite à un contrôle d'employeur opéré par la Caisse le 19 janvier 1999, il est apparu que la société avait prêté un montant de 345'660 francs à Y, son directeur. Or, dans le cadre d'un assainissement, dite société a abandonné cette créance et procédé à son annulation comptable le 31 mars 1997.

A connaissance de ce fait, la Caisse a notifié le 23 avril 1999, d'une part à ladite société et d'autre part à Y, deux décisions de même nature, par lesquelles elle a soumis ce montant à contributions sociales en le considérant comme faisant partie du salaire déterminant. Elle réclame ainsi à l'employeur à titre de cotisations paritaires et de contributions arriérées AVS/AI/APG/AC/ AFC non payées pour 1997 la somme de 50'137 francs 65. Elle a rendu le même jour une décision d'intérêts moratoires sur ce montant, de janvier 1998 à mars 1999, pour un total de 3'088 francs 55.

- B. Le 21 mai 1999, la société X SA, représentée par la fiduciaire Z, à Fribourg, conteste auprès de l'Instance de céans la décision de cotisations arriérées, implicitement également celle qui concerne les intérêts moratoires et qui lui est étroitement liée. Le même jour et par l'intermédiaire du même mandataire, Y interjette lui aussi recours. Ils concluent tous deux à l'annulation de ces décisions et à l'octroi de l'effet suspensif. Le Président de la Cour de céans leur a toutefois signalé le 31 mai 1999 que la conclusion tendant à l'octroi de l'effet suspensif aux pourvois était sans objet *ab ovo* selon la loi.

A l'appui de leurs conclusions, les recourants font valoir essentiellement que Y a reçu de l'entreprise des montants à titre de prêt, montants qui ne sauraient être considérés comme du salaire par suite d'un renoncement à leur remboursement.

Dans ses observations du 30 juin 1999, la Caisse intimée, s'appuyant sur le rapport de son organe de révision interne, propose le rejet des recours.

(...)

En droit:

1. Interjetés en temps utile et dans les formes légales par des personnes dûment représentées et touchées dans leurs intérêts actuels juridiquement protégés, les recours sont recevables *ratione tant materiae* (art. 84 de la loi du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS; RS 831.10]) que *loci* (art. 200 al. 1 et 4 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants [RAVS; RS 831.101]).

Y s'est vu notifier une décision spécifique pour lui permettre d'exercer son droit de recours et d'être ainsi partie au litige (cf. RCC 1958 p. 93 consid. 1), mais il eût dû recevoir exactement la même décision que celle adressée à l'entreprise étant donné que les cotisations paritaires et la contribution AFC incombent exclusivement à cette dernière (RCC 1957 p. 317; cf. aussi RCC 1963 p. 351).

2. Puisque les deux recours mettent en cause des personnes liées par le même objet litigieux, portent sur les mêmes faits, demandent l'application des mêmes dispositions légales et sont donc dans une relation de très étroite connexité entre eux, il se justifie de les réunir et de les trancher dans un seul et même jugement.
3. a) Le Tribunal fédéral des assurances (ci-après: TFA) a rappelé que les caisses de compensation ont non seulement le droit, mais aussi le devoir de faire contrôler les employeurs (art. 162 s. RAVS) quant au respect de leur obligation légale de percevoir et verser des cotisations sur toute rémunération salariale (art. 14 et 51 LAVS) et de réclamer puis recouvrer des cotisations en conséquence (RCC 1992 p. 333 consid. 4a).

En vertu de l'art. 39 RAVS, si une caisse de compensation a connaissance du fait qu'une personne soumise à l'obligation de payer des cotisations n'a pas payé de cotisations ou n'en a payé que pour un montant inférieur à celui qui était dû, elle doit ordonner le paiement des cotisations arriérées.

- b) Le salaire déterminant, au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Font partie de ce 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 dues ou accordées de plein gré. On considère 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 (124 V 100 consid. 2 et les références; RCC 1991 p. 182 consid. 2; ATF 110 V 229 consid. 2a; RCC 1985 p. 116 consid. 2a). Selon la jurisprudence constante du TFA, ne peuvent être un salaire au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS que les rémunérations en relation étroite - directe ou indirecte - avec le rapport de travail. Les sommes touchées par le salarié ne font partie du salaire déterminant que si leur versement est économiquement lié au contrat de travail (ATF 120 III 163 consid. 3a et les références).

Lorsque l'employeur favorise le salarié en renonçant volontairement à une créance qu'il possède à son égard, cette prestation constitue normalement un salaire déterminant (RCC 1986 p. 486). Le TFA considère cependant - en la qualifiant de prestation sociale (au sens de l'art. 5 al. 4 LAVS) - qu'elle ne fait pas partie du salaire déterminant lorsque certaines conditions sont réalisées, soit si elle ne dépasse pas les proportions habituelles et reste dans un rapport raisonnable avec la rémunération proprement dite du travail, rapport excluant notamment l'intention de tourner la loi (ATF 106 V 133 / RCC 1981 p. 192 consid. 3; GREBER/DUC/SCARTAZZINI, Commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), Bâle 1997, p. 156 s. n° 18).

L'avantage économique que représente une remise de dette ne peut pas être, d'une manière générale, considéré comme salaire déterminant. Il ne peut l'être que s'il est la contrepartie d'une activité habituellement exercée par le débiteur au profit du créancier qui renonce à sa dette (ATF 98 V 186 / RCC 1973 p. 131 consid. 3b). Ainsi, le TFA a considéré que la remise à un actionnaire d'une société anonyme d'une dette en compte courant lors de son départ représente un élément du salaire déterminant (RCC 1986 p. 486), mais il a jugé en revanche qu'une remise de dette ne fait pas partie du salaire déterminant lorsqu'elle n'est pas volontaire, mais qu'elle est motivée par d'autres raisons, notamment lorsque le créancier renonce à une créance à la suite de l'insolvabilité de son débiteur (ATF 98 V 186 / RCC 1973 p. 131 consid. 3; H. KÄSER, *Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV*, 2^e éd., Berne 1996, n^{os} 3.93 s. et 4.10 s.).

4. a) En l'espèce, la question juridique à résoudre est celle de savoir s'il est justifié de considérer comme salaire soumis à cotisations l'abandon du prêt de 345'660 francs que la société a consenti à Y.

Il sied de constater à titre préliminaire que cette remise de dette ne peut être rangée dans les éléments du salaire déterminant qui sont expressément mentionnés aux art. 5 al. 2 LAVS et 7 RAVS et qu'elle ne tombe sous aucune des exceptions prévues par les art. 6 al. 2 et 8 RAVS (cf. ATF 106 V 133 / RCC 1981 p. 192 consid. 2).

- b) Il ressort du dossier que Y a été nommé directeur, avec signature individuelle, de la société (...) X SA, lors de la fondation de celle-ci le 28 décembre 1983. Il a en outre pris, à titre fiduciaire, deux actions de cette société pour un total de 2'000 francs sur les 100'000 francs du capital social. Conformément à une convention non datée produite par les recourants, il a ensuite accepté d'en rester le directeur avec signature collective à deux, en s'engageant à travailler en qualité de (...) de sorte qu'un salaire mensuel minimum de 2'500 francs puisse lui être attribué.

Par contrat du 6 juillet 1984, Y a emprunté à la société la somme de 31'313 francs. A fin décembre 1984, il était débiteur d'un montant de 51'993 francs 60. Concernant l'évolution de cette dette, les recourants affirment dans leurs pourvois que «d'autres prêts ont été accordés à Monsieur Y par la société et se sont ajoutés au fil des ans, intérêts compris, au montant dû initialement de telle sorte qu'en 1997, le montant dû par Monsieur Y a atteint la somme de fr. 345.660,00».

Par une autre convention, également non datée, la société reconnaît avoir abandonné sous condition cette créance de 345'660 francs à l'encontre de Y, celui-ci s'engageant à rembourser «au cas où il reviendrait à meilleure fortune (par exemple: gain à la loterie, PMU, héritage, etc.)». Elle a procédé à l'annulation comptable de cette dette en compte courant le 31 mars 1997.

Y est actuellement toujours inscrit au registre du commerce comme directeur de la société, avec signature collective à deux.

- c) Au vu de ce qui précède, il est incontestable que les sommes prêtées l'ont été en lien économique étroit avec le contrat de travail, qu'elles dépassent les proportions habituelles et ne restent pas dans un rapport raisonnable avec la rémunération proprement dite du travail. Ainsi, l'intention de tourner la loi ne saurait être exclue. Les recourants reconnaissent en outre que la dette s'est accrue «*au fil des ans*», le prêt représentant ainsi un montant annuel moyen de plus de 26'000 francs, intérêts compris, durant plus de treize ans. Ils n'ont toutefois donné aucune explication sur les raisons qui ont conduit la société à octroyer de tels prêts à son directeur. Ils font certes valoir que le débiteur est insolvable et que les banques ont demandé à la société de renoncer à de telles créances dans le cadre d'un assainissement. Toutefois, au vu des faits rappelés ci-dessus, il est pour le moins

incompréhensible que celle-ci n'ait pas entrepris des démarches plus tôt pour recouvrer tout ou partie de sa créance ou n'ait pas, à tout le moins, cessé d'octroyer des prêts importants à son directeur en l'absence de garanties de remboursement.

Le cas ci-dessus mentionné, dans lequel la jurisprudence a admis qu'une dette remise ne devait pas être considérée comme faisant partie du salaire déterminant, n'est dès lors en rien comparable à celui objet du présent litige. Il s'agissait en effet d'un abandon partiel d'une créance par un fournisseur à l'encontre d'un détaillant en denrées alimentaires dans le cadre d'un plan d'amortissement, la remise d'un montant de 62'000 francs sur une créance de plus de 90'000 francs étant motivée par le caractère partiellement irrécouvrable de la créance et par l'établissement d'un plan d'amortissement réaliste. Cette jurisprudence, qui exclut du salaire déterminant les remises de dette en cas d'insolvabilité du débiteur, ne saurait donc trouver application dans le cas présent où des prêts ont été effectués aussi régulièrement, sur une si longue période et sans plan de remboursement.

La remise de dette consentie par X SA à son directeur Y doit donc être considérée comme faisant partie du salaire déterminant. Il n'est en outre pas contesté que les cotisations sont dues pour l'année 1997; la remise de dette a en effet eu lieu cette année-là, l'annulation comptable étant datée du 31 mars 1997.

Les recours doivent dès lors être rejetés et les décisions prises le 23 avril 1999, soit celles concernant les cotisations paritaires notifiées à la société ainsi qu'à son directeur de même que celle portant sur les intérêts moratoires correspondants, confirmées.

(...)