



29 août 2013

---

## Jurisprudence du Tribunal fédéral relative au droit des cotisations AVS

### sélection de l'OFAS – n° 42

---

**Règlement (CEE) 1408/71: le droit communautaire ne donne pas une définition autonome de l'« activité salariée », respectivement de l'« activité non salariée », de sorte que les définitions déterminantes sont celles du droit national en cause (consid. 2.3.1) ;**

**Art. 20, al. 3, RAVS : le commanditaire domicilié en Suisse d'une GmbH & Co. KG qui a son siège en Allemagne est tenu de verser des cotisations en tant que personne de condition indépendante sur les revenus qu'il tire de cette société, ce indépendamment du fait qu'il y travaille personnellement ou qu'il ait une influence sur la gestion des affaires (consid. 2.5.2) ;**

**L'art. 42, al. 2, RAVS repose sur une base légale suffisante et le taux d'intérêt qu'il fixe à 5 % par année n'est ni contraire à la loi ni encore moins arbitraire (consid. 3).**

*arrêt du 27 mai 2013 (9C\_62/2013)*

[ATF 139 V 297](#)

Domicilié en Suisse, W. est commanditaire de la société X. GmbH & Co. KG dont le siège est en Allemagne et, en même temps, directeur salarié aussi bien de la filiale Y. GmbH, sise en Allemagne, que de sa succursale Z. en Suisse. Le domicile en Suisse du recourant ainsi que son activité salariée en Suisse ne sont pas contestés. Le litige porte en revanche sur le point de savoir si les revenus que W. tire en tant que commanditaire de X. GmbH & Co. KG sont soumis à une obligation de cotiser pour la période de 2006 à 2008 au titre de revenus d'une activité indépendante. En outre, W. conteste la légalité des créances d'intérêts moratoires pour les années 2007 et 2008.

Le Tribunal fédéral expose que, compte tenu de la période à prendre en considération, il faut encore se baser sur le règlement de l'UE 1408/71. L'« activité salariée » et l'« activité non salariée » telles que désignées aux art. 14<sup>bis</sup> et 14<sup>quater</sup> de ce règlement correspondent aux activités considérées comme telles dans le cadre des dispositions légales sur la sécurité sociale de l'Etat membre dans lequel l'activité est exercée. Il n'existe par conséquent pas de définition autonome dans le droit communautaire de sorte que les définitions du droit national en cause sont déterminantes (ATF 138 V 533 ; Directives sur l'assujettissement aux assurances AVS et AI [DAA], n° 2013 s.) (consid. 2.3).

Il faut donc d'abord déterminer, selon le droit allemand, comment la position de commanditaire dans une GmbH & Co. KG. doit être qualifiée, ce qui permettra ensuite de désigner aussi bien la norme de conflit pertinente que le droit applicable. S'il faut admettre, comme l'invoque W., que, selon le droit

allemand, le fait d'être commanditaire n'a rien d'une activité lucrative, la norme est sans importance du point de vue des règles de conflit (article 14, paragraphe 2, point b) i) / article 14<sup>quater</sup>, point a), R 1408/71), ce qui implique que le droit suisse entre en application. On aboutirait au même résultat si, selon le droit allemand, W., en tant que commanditaire, était qualifié d'indépendant (art. 14<sup>quater</sup>, point a), R 1408/71) ou de salarié (article 14, paragraphe 2, point b) i), R 1408/71) (consid. 2.4).

W. est donc soumis au système juridique suisse et la question du statut en matière de cotisations doit être tranchée selon le droit suisse. L'art. 20, al. 3, RAVS prévoit notamment que les membres de sociétés en commandite sont considérés comme des personnes de condition indépendante. La jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral (ATF 136 V 258) est maintenue et, ainsi, seule importe la question de savoir s'il s'agit d'un ensemble de personnes poursuivant un but lucratif sans avoir la personnalité juridique, ce qui est le cas de la GmbH & Co. KG allemande. C'est pourquoi, les produits que W. réalise en qualité de commanditaire sont soumis à l'obligation de cotiser en tant que revenus d'une activité indépendante (consid. 2.5).

En ce qui concerne le grief portant sur les créances en intérêts moratoires, il est douteux, selon le Tribunal fédéral, qu'il existe un acte annulable à leur sujet, car aucune opposition n'a été formée les concernant. La question sera toutefois laissée ouverte puisque W. ne peut rien en tirer à son profit. Selon le Tribunal fédéral, l'art. 26, al. 1, LPGA, en relation avec l'art. 1, al. 1, LAVS, est une base légale suffisante et l'art. 41<sup>bis</sup>, al. 1, let. b, RAVS est conforme à la loi (ATF 134 V 202). L'intérêt moratoire, qui est dû indépendamment d'une faute et qui n'a pas de caractère punitif, a pour but de compenser de manière forfaitaire la perte d'intérêts du créancier par le gain d'intérêts du débiteur. En outre, le travail administratif occasionné par la perception tardive, respectivement ultérieure des cotisations et par le prélèvement des intérêts moratoires est indemnisée. En ce qui concerne le taux d'intérêt de 5 % (art. 42, al. 2, RAVS), le niveau des intérêts inférieur de 1 à 2 % qui prévaut depuis des années ne permet pas à lui seul de conclure à un défaut de légalité, auquel s'oppose également le fait que l'art. 104, al. 1, CO fixe de manière formelle dans la loi le taux d'intérêt moratoire à 5 %. Or, cette disposition s'applique par analogie en droit administratif en tant que principe juridique général en l'absence de règle particulière. Le Tribunal fédéral parvient donc à la conclusion qu'il n'y a aucun motif de s'écarter de la jurisprudence constante selon laquelle l'art. 42, al. 2, RAVS repose sur une base légale suffisante et que le taux d'intérêt qui y est fixé n'est ni contraire à la loi ni arbitraire (consid. 3).