

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 25 mars 2024

Composition : Mme GAURON-CARLIN, présidente
MM. Neu et Piguet, juges
Greffier : M. Varidel

Cause pendante entre :

A. _____, à [...], recourant, représenté par Me Jeton Kryeziu, avocat à
Lausanne,

et

CAISSE K. _____, à [...], intimée.

Art. 52 LAVS

E n f a i t :

A. a) E._____ Sàrl (ci-après, également : la société) précédemment à [...], avec siège désormais à [...], a été inscrite le 14 janvier 2016 auprès du Registre du commerce du canton de Vaud, avec pour but l'exploitation d'une entreprise de plâtrerie-peinture ; les travaux d'isolation et de rénovation. A l'inscription de la société, A._____ était l'unique associé gérant avec signature individuelle d'E._____ Sàrl.

La société a été affiliée auprès de K._____, singulièrement à la Caisse K._____ (ci-après : la caisse ou l'intimée) depuis le 14 janvier 2016 pour le paiement des cotisations sociales et a signé un bulletin d'adhésion par lequel elle s'engageait notamment à s'acquitter régulièrement des charges sociales.

Lors de son affiliation en janvier 2016, la société a indiqué employer 14 personnes et annoncé une masse mensuelle salariale de 85'000 fr., c'est-à-dire 1'020'000 fr. annuellement.

Le 8 septembre 2016, la société a requis de la caisse qu'elle modifie à la baisse la masse salariale mensuelle déterminante pour la fixation des acomptes, indiquant un montant de 60'000 fr. par mois. La caisse intimée a confirmé, le 12 septembre 2016, avoir procédé à la modification des acomptes des cotisations sociales.

A la suite d'une demande de la caisse d'estimation de la masse salariale pour l'année 2017, la société a répondu le 14 décembre 2016, sur le formulaire idoine, que le montant annuel des salaires projeté était de 550'000 francs. Le 6 janvier 2017, la caisse a confirmé avoir tenu compte de ce montant pour fixer les acomptes.

Le 21 mars 2017, la société a retourné à l'intimée sa déclaration des salaires pour l'année 2016, sur laquelle figurait une masse salariale annuelle de 995'178 fr. 17 pour un effectif de 24 collaborateurs actifs durant tout ou partie de l'année 2016.

Au cours de l'année 2017, l'effectif en personnel de l'entreprise a régulièrement augmenté de 18 personnes en janvier 2017 jusqu'à 34 personnes en août 2017, pour finalement redescendre à 31 employés en décembre 2017. La société n'a cependant procédé à aucune annonce de modification de ses acomptes auprès de la caisse en 2017.

A partir du 1^{er} janvier 2018, E. _____ Sàrl a été affiliée auprès de la Caisse G. _____, à [...] pour le paiement des charges sociales.

Le 2 mars 2018, E. _____ Sàrl a retourné sa déclaration des salaires AVS pour l'année 2017 avec l'indication d'une masse salariale annuelle totalisant 1'637'959 fr. 35, correspondant à 41 employés pour tout ou partie de l'année 2017.

Le 29 mars 2018, la caisse a adressé une facture finale pour le décompte définitif des cotisations salariales 2017 à la société, totalisant une créance de 187'319 fr. 35.

En janvier 2019, l'arriéré dû par E. _____ Sàrl atteignait la somme de 194'126 fr. 85, comprenant le décompte définitif de cotisations 2017, les taxes de sommation, les frais de poursuites et les intérêts moratoires.

Par décision du Tribunal d'arrondissement de [...] du 24 janvier 2019, la société E. _____ Sàrl a été déclarée en faillite par défaut des parties avec effet à partir du 24 janvier 2019, à 11h02.

A. _____ a cédé le 4 février 2019 ses vingt parts de 1'000 fr. du capital social d'E. _____ Sàrl en liquidation à H. _____, de [...], à [...], nouvel associé gérant avec signature individuelle, de sorte qu'il n'était plus associé gérant et sa signature a été radiée le 1^{er} février 2019 (publication dans la FOSC [Feuille officielle suisse du commerce] du 1^{er} février 2019).

La procédure de faillite ayant été clôturée le 28 décembre 2021, la société E. _____ Sàrl a finalement été radiée d'office du Registre du commerce du canton de Vaud le 7 avril 2022.

b) Constatant que les cotisations dues par la société E. _____ Sàrl pour l'année 2017 resteraient impayées, la caisse a, par courrier recommandé du 10 décembre 2021, mis A. _____, en sa qualité d'ancien dirigeant de la société faillie, en demeure de s'acquitter d'un montant de 194'126 fr. 85 jusqu'au 14 janvier 2022, avec la mention des conséquences de l'absence de paiement.

Par décision du 4 mars 2022, la caisse a réclamé à A. _____ la réparation du dommage qu'elle subissait en raison de l'insolvabilité de la société E. _____ Sàrl en liquidation, pour un total de 163'767 fr. 90.

Par courrier du 1^{er} avril 2022, A. _____, par son conseil, a formé opposition à la décision de réparation du dommage du 4 mars 2022, concluant en substance à ce qu'il soit constaté qu'A. _____ n'est débiteur d'aucun montant envers la caisse.

Par décision sur opposition du 28 février 2023, la caisse a rejeté l'opposition et confirmé sa décision du 4 mars 2022 en réparation du dommage prise à l'encontre de l'intéressé. Elle retenait qu'un dommage de 163'767 fr. 90 lui avait été causé par le non-paiement du solde du décompte définitif des charges sociales 2017 - élément non contesté -, qu'A. _____ était le seul organe inscrit au Registre du commerce en tant qu'associé gérant avec signature individuelle de la société E. _____ Sàrl pour la période litigieuse, qu'il n'existait aucune circonstance permettant de justifier le comportement fautif de l'employeur et qu'il avait à tout le moins fait preuve d'une négligence grave, même s'il avait privilégié le paiement du salaire de ses collaborateurs, car il n'avait pas pris des mesure pour s'acquitter ensuite dans un délai raisonnable des charges sociales y afférentes.

B. Par acte du 31 mars 2023, A._____, représenté par Me Jeton Kryeziu, exerce un recours auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant à la réforme de la décision sur opposition du 28 février 2023 en ce sens qu'il n'est débiteur d'aucun montant en faveur de la Caisse de compensation des entrepreneurs, subsidiairement à l'annulation de la décision sur opposition attaquée et au renvoi de la cause à la caisse intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Il fait valoir qu'en 2017, sa société fonctionnait bien et qu'il a ainsi engagé du renfort, avant que sa société ne périclite en 2018. Il ajoute avoir fait tous les efforts possibles pour redresser les finances de son entreprise et considère qu'en priorisant le versement des salaires, il a agi de manière responsable sans intention de violer les dispositions de la LAVS, en sorte qu'aucune négligence, *a fortiori* grave, ne peut lui être reprochée.

Au préalable, A._____ requiert le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure de recours et la désignation de Me Kryeziu en qualité d'avocat d'office.

Dans sa réponse du 1^{er} juin 2023, l'intimée a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision sur opposition querellée. Elle relève que le bilan au 31 décembre 2017 de la société E._____ Sàrl démontrait déjà que les fonds propres étaient négatifs en raison des pertes réalisées en 2017 alors que le compte courant de l'associé était débiteur de la société d'un montant de plus de 45'400 fr., de sorte que l'associé avait volontairement puisé dans les avoirs de la société pour renflouer son compte courant et omis de faire l'avis de surendettement, violant de ce fait les art. 680 et 725 CO.

Le 3 juillet 2023, le recourant a informé la Cour de céans qu'il n'avait pas d'explication complémentaire à fournir.

C. Par décision du 4 avril 2023, A._____ a été mis au bénéfice de l'assistance judiciaire avec effet au 1^{er} mars 2023. Il a été exonéré du paiement d'avances ainsi que des frais judiciaires et un avocat d'office en la personne de Me Jeton Kryeziu lui a été désigné. Le recourant a été par

ailleurs astreint au paiement d'une franchise mensuelle de 50 fr., dès et y compris le 1^{er} mai 2023.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-vieillesse et survivants (art. 1 al. 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 peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances du canton dans lequel l'employeur est domicilié (art. 56 al. 1 LPGA et 52 al. 5 LAVS), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

2. Le litige porte sur le droit de l'intimée au paiement d'un montant de 163'767 fr. 90 par le recourant, à titre de réparation du dommage subi ensuite du non-paiement par la société E. _____ Sàrl, en sa qualité d'employeur, de cotisations sociales pour l'année 2017.

3. a) L'art. 14 al. 1 LAVS (en corrélation avec les art. 34 ss RAVS [règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.101]) prévoit que l'employeur doit déduire, lors de chaque paie, la cotisation du salarié et verser celle-ci à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation. Les employeurs doivent remettre périodiquement aux caisses les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de

l'employeur de percevoir les cotisations et de remettre les décomptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. Celui qui néglige de l'accomplir enfreint par conséquent les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 137 V 51 consid. 3.2 et les références citées).

b) Selon l'art. 52 al. 1 LAVS, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation. L'art. 52 al. 2 LAVS, dans sa teneur depuis le 1^{er} janvier 2012 (RO 2011 4745, 4750), précise que si l'employeur est une personne morale, les membres de l'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à titre subsidiaire du dommage. Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles répondent solidairement de la totalité du dommage (ATF 137 V 51 consid. 3.1 ; 132 III 523 consid. 4.5 ; TF 9C_470/2022 du 10 janvier 2023 consid. 3.2). Les personnes qui sont formellement ou légalement organes d'une personne morale entrent en principe toujours en considération en tant que responsables subsidiaires aux conditions de l'art. 52 LAVS. Le Tribunal fédéral a ainsi reconnu la responsabilité non seulement des membres du conseil d'administration, mais également de l'organe de révision et des directeurs disposant d'un droit de signature individuel d'une société anonyme, du gérant d'une société à responsabilité limitée, ainsi que celle du président, du responsable des finances et du gérant d'une association sportive (voir par exemple : TFA H 34/04 du 15 septembre 2004 consid. 5.3.1 et les références ; TF 9C_289/2009 du 19 mai 2010 consid. 2). La responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS incombe aussi à toutes les personnes qui, sans être désignées formellement en qualité d'organes, prennent en fait les décisions réservées à ces derniers ou se chargent de la gestion proprement dite, soit les « organes de fait » (ATF 132 III 523 consid. 4.5 ; 126 V 237 consid. 4 et les références).

S'agissant plus particulièrement de la responsabilité du gérant d'une société à responsabilité limitée, il convient de rappeler que l'art. 809 al. 1 CO (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse -

livre cinquième : droit des obligations ; RS 220) prévoit que les associés exercent collectivement la gestion de la société. Les statuts peuvent régler la gestion de manière différente, notamment la désignation des gérants. Ces derniers sont compétents pour toutes les affaires qui ne sont pas attribuées à l'assemblée des associés par la loi ou les statuts (art. 810 al. 1 CO). Ils ont notamment pour attributions intransmissibles et inaliénables celles d'exercer la haute direction de la société et d'établir les instructions nécessaires, de fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier ainsi que le plan financier, pour autant que celui-ci soit nécessaire à la gestion de la société ; ils doivent également exercer la surveillance sur les personnes chargées de parties de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données (art. 810 al. 2 ch. 1, 3 et 4 CO). Ces attributions imposent en particulier à l'associé gérant d'une société à responsabilité limitée de veiller, comme l'administrateur d'une société anonyme, à ce que les cotisations sociales soient régulièrement payées conformément à ce que prévoit l'art. 14 al. 1 LAVS, sans quoi sa responsabilité pour négligence grave est en principe engagée (ATF 126 V 237 ; Melanie Fretz, La responsabilité selon l'art. 52 LAVS : une comparaison avec les art. 78 LPGA et 52 LPP, in : HAVE/REAS 3/2009 p. 238).

c) En matière de cotisations, qui représentent le champ d'application principal de l'art. 52 LAVS, un dommage se produit lorsque l'employeur ne déclare pas à l'AVS tout ou partie des salaires qu'il verse à ses employés et que les cotisations correspondantes se trouvent ultérieurement frappées de péremption ou lorsque des cotisations demeurent impayées en raison de l'insolvabilité de l'employeur (ATF 123 V 12 consid. 5b et les références citées). Dans la première éventualité, le dommage est réputé survenu au moment de l'avènement de la péremption ; dans la seconde, au moment où les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire, eu égard à l'insolvabilité du débiteur (ATF 123 V 12 consid. 5b et les références citées ; 121 III 382 consid. 3bb ; 111 V 172 consid. 3a). Ainsi, en cas de faillite, en raison de l'impossibilité pour la caisse de récupérer les cotisations dans la procédure ordinaire de recouvrement, le dommage subi par la caisse est réputé être

survenu le jour de la faillite (ATF 129 V 193 consid. 2.2). Si la faillite n'est liquidée ni selon la procédure ordinaire ni selon la procédure sommaire, il faut admettre que la connaissance du dommage - né au moment de l'ouverture de la faillite - intervient en règle générale au moment de la suspension de la faillite faute d'actif, la date de la publication de cette mesure dans la FOSC étant déterminante (ATF 129 V 193 consid. 2.3 ; 123 V 12 consid. 5c).

Par ailleurs, le caractère subsidiaire de la responsabilité des organes d'une personne morale signifie que la caisse de compensation doit d'abord agir contre le débiteur des cotisations, à savoir l'employeur. Ce n'est que lorsque celui-ci n'est plus à même de remplir ses obligations, autrement dit est insolvable, ou ne doit plus réparer le dommage pour une autre raison, que la caisse est fondée à agir contre les organes responsables (ATF 121 III 382 consid. 3bb ; 113 V 256 consid. 3c ; TFA H 234/02 du 16 avril 2003 consid. 6.3).

d) Pour que l'organe d'une société soit tenu de réparer le dommage causé à la caisse de compensation en raison du non-paiement des cotisations sociales, encore faut-il, en vertu de l'art. 52 al. 1 LAVS, qu'il ait violé intentionnellement ou par négligence grave les devoirs lui incombant et qu'il existe un lien de causalité adéquate entre le manquement qui lui est imputable et le préjudice subi. Pour admettre une responsabilité de l'organe selon l'art. 52 LAVS, il ne suffit donc pas de se contenter de la constatation que les cotisations n'ont pas été payées par manque de liquidités, car cela reviendrait à admettre une responsabilité (objective) causale et non pas une responsabilité basée au moins sur une négligence grave (ATF 136 V 268 consid. 3 ; 121 V 243 consid. 5 ; TF 9C_330/2010 du 18 janvier 2011 consid. 3.3).

D'après la jurisprudence, est intentionnelle la faute de l'auteur qui a agi avec conscience et volonté. Se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui manque de l'attention qu'une personne raisonnable aurait observée dans la même situation et dans les mêmes circonstances (ATF 112 V 156 consid. 4 et la référence citée). La négligence grave est

admise très largement par la jurisprudence dans le cadre de l'art. 52 LAVS, notamment en raison de la position exceptionnelle de l'employeur et de ses organes. S'en rend coupable l'employeur qui ne respecte pas la diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie. Dans le cas d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention que la société doit accorder, en tant qu'employeur, au respect des prescriptions de droit public sur le paiement des cotisations d'assurances sociales. Les mêmes exigences s'imposent également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur. De surcroît, la jurisprudence retient qu'il existe en règle générale un lien de causalité adéquate entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations, en particulier lorsque l'organe était déjà en fonction lorsque les difficultés financières sont survenues (ATF 132 III 523 consid. 4.6 et les références citées ; au sujet de la négligence grave, voir également ATF 98 V 26 consid. 6). Enfin, il convient de rappeler que celui qui se déclare prêt à assumer ou à conserver un mandat d'administrateur, tout en sachant qu'il ne pourra pas le remplir consciencieusement, viole son obligation de diligence (voir par exemple ATF 122 III 195 consid. 3b ; TF 9C_446/2014 du 2 septembre 2014 consid. 4.2).

e) Quant à la détermination du dommage, l'ampleur de ce dernier correspond au capital dont la caisse de compensation se trouve frustrée, auquel s'ajoutent la perte des cotisations à l'assurance-chômage, les cotisations impayées aux caisses d'allocations familiales régies par le droit cantonal, ainsi que les frais de sommation et de poursuite encourus (ATF 134 I 179 ; 121 III 382 consid. 3bb et 113 V 186). S'agissant des intérêts moratoires, ils sont dus en raison du retard dans le paiement des cotisations, si bien qu'ils font aussi partie du dommage (ATF 121 III 382).

4. a) En l'espèce, il est constant et incontesté au demeurant que la société E._____ Sàrl ne s'est pas acquittée de la totalité des cotisations sociales dues pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre

2017 auprès de la caisse à laquelle elle était affiliée depuis le 14 janvier 2016.

Le recourant réfute sa responsabilité envers la caisse intimée, invoquant l'absence de volonté de nuire, sans dessein de s'enrichir sur un plan personnel au détriment de tiers. Il souligne sa volonté de préserver le paiement des salaires et son ignorance de la péjoration des finances de sa société en cours d'année 2017.

b) En l'occurrence, le recourant revêtait incontestablement la qualité de seul associé gérant avec signature individuelle de la société E._____ Sàrl inscrit au Registre du commerce durant l'ensemble de la période litigieuse, à savoir l'année 2017.

Concernant sa responsabilité, il admet qu'étant en proie à des difficultés de trésorerie apparues en cours d'année qu'il n'aurait constatées que l'année suivante, sa société ne s'est pas acquitté des cotisations sociales auprès de l'intimée, exposant en ce sens qu'il privilégiait l'allocation du peu de liquidités au paiement des salaires des employés de la société pour permettre la survie de cette dernière. Il n'allègue rien concernant le paiement des charges sociales dans un délai raisonnable, singulièrement, il ne ressort pas du dossier qu'il aurait contacté l'intimée à ce sujet afin de prévoir un plan de paiement pour s'acquitter des cotisations dans un délai raisonnable. Il apparaît donc indiscutable qu'en raison du choix visant le redressement de sa société, le non-paiement volontaire des dettes sociales par le recourant est constitutif d'une faute et que cette faute doit être qualifiée d'intentionnelle. En effet, en adoptant un tel comportement, l'intéressé a fait supporter le risque inhérent au financement d'une entreprise par l'assurance sociale et commis de la sorte une négligence grave au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS (ATF 108 V 189 consid. 4). Si les ressources financières de la société ne lui permettaient pas de payer les cotisations paritaires dans leur intégralité, il lui appartenait de ne verser que les salaires pour lesquels les créances de cotisations qui en découlaient de par la loi pouvaient être couvertes (cf. TF 9C_430/2021 du 7 avril 2022 consid. 5.2 ;

9C_848/2018 du 21 janvier 2019 consid. 4.2 ; 9C_713/2013 du 30 mai 2014 consid. 4.2.3 et les références).

La question qui se pose est celle de savoir si le comportement intentionnel de non-paiement des cotisations sociales litigieuses auprès de la caisse intimée adopté par le recourant est excusable comme il le soutient.

Or, ainsi qu'il a déjà été mentionné ci-avant, on constate à la lecture du dossier que le recourant n'a pas averti en cours d'année des modifications de son effectif en personnel et ainsi la correction à la hausse de ses acomptes afin d'échelonner les paiements et d'éviter de recevoir un décompte final important à régler, puis au plus tard en fin d'année, sachant sa société prise dans des difficultés financières, à tout le moins en manque de liquidités, le recourant n'a ni averti la caisse intimée à réception dudit décompte final des cotisations 2017 de ses difficultés, ni *a fortiori* requis de plan de paiement. Si comme il le prétend, il a souhaité privilégier le versement des salaires à ses employés, il lui incombait de s'assurer d'être en mesure de verser les charges sociales y afférentes dans un délai raisonnable. A tout le moins, il lui aurait appartenu de limiter ses dépenses. Il ressort cependant du dossier, singulièrement du bilan et comptes de pertes et profits comparés des exercices 2017 et 2016, que le compte courant de l'associé gérant était débiteur de plus de 45'400 fr. en faveur de la société, ce que ce dernier ne nie pas. Le recourant a ainsi fait passer ses propres intérêts avant ses obligations en sa qualité d'associé gérant d'E. _____ Sàrl. Faisant preuve d'une passivité déconcertante sur de longs mois, voire d'un comportement actif irresponsable, il a laissé la situation vis-à-vis des institutions sociales se péjorer encore durant l'année suivante au cours de laquelle il a affilié sa société auprès d'une autre caisse AVS en répétant le même comportement passif, avant de remettre sa société à un tiers le 4 février 2019, quelques jours après qu'E. _____ Sàrl ne tombe en faillite. En passant sous silence ses difficultés à la caisse et en n'essayant pas de faire face à ses problèmes de trésorerie, le recourant ne saurait se prévaloir d'un comportement excusable envers cette dernière.

c) Compte tenu de ses graves manquements qui ont directement provoqué le dommage causé à la caisse du fait des cotisations sociales restées impayées, le recourant ne saurait s'exonérer de sa responsabilité. Il est donc seul responsable du dommage dont la caisse lui réclame réparation, sur la base de l'art. 52 LAVS.

5. a) S'agissant de l'étendue temporelle de la responsabilité du recourant au sens de l'art. 52 LAVS, l'intimée a retenu une période couvrant l'année 2017 uniquement, qui n'a pas été contestée. Partant, le recourant est responsable du dommage subi par l'intimée pour l'entier de la période allant du 1^{er} janvier au 31 décembre 2017. Il existe en effet un lien de causalité adéquate entre sa passivité dans l'exercice de sa fonction d'associé gérant avec signature individuelle et le dommage résultant du non-acquittement par la société E. _____ Sàrl des cotisations sociales envers l'intimée, dans la mesure où en agissant en conformité avec les prérogatives inhérentes à sa fonction au sein de ladite société, le recourant aurait pu et dû s'assurer du paiement des cotisations sociales ou, à tout le moins, éviter qu'elles restent impayées en mettant en œuvre tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui pour que tel ne soit pas le cas.

b/aa) Bien que l'exception de la prescription ne soit pas invoquée par le recourant, on se limitera à rappeler qu'aux termes de l'art. 52 al. 3 LAVS, l'action en réparation du dommage se prescrit conformément aux dispositions du code des obligations sur les actes illicites, à savoir par trois ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne tenue à réparation et, dans tous les cas, par dix ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé (art. 60 al. 1 CO). Jusqu'au 31 décembre 2019, l'ancien art. 52 al. 3 LAVS prévoyait que le droit à la réparation se prescrivait deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. En renvoyant aux nouvelles dispositions du CO relatives à la prescription, le nouvel art. 52 al. 3 LAVS porte le délai de

prescription relatif de deux à trois ans et le délai de prescription absolu de cinq à dix ans. En outre, le délai absolu de prescription ne commence plus à courir à la survenance du dommage mais au jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé (Message relatif à la modification du code des obligations [droit de la prescription] du 29 novembre 2013, FF 2014 221 spéc. p. 260).

Dans la mesure où le délai de prescription relatif n'a pas changé de point de départ, il y a lieu d'appliquer sur ce point la jurisprudence rendue à propos de l'ancien art. 52 al. 3 LAVS, et de retenir que la caisse de compensation a connaissance du dommage au moment où elle doit savoir, en usant de l'attention qu'on est en droit d'attendre d'elle, que les circonstances ne lui permettent plus d'exiger le paiement des cotisations, mais peuvent entraîner l'obligation de réparer le dommage. En cas de faillite, le dommage est en règle générale déjà suffisamment connu lorsque la collocation des créances est publiée, respectivement lorsque l'état de collocation (et l'inventaire) est déposé pour être consulté (ATF 129 V 193 consid. 2.1 et 2.3 et les références citées).

bb) En l'espèce, c'est le non-paiement des cotisations de l'année 2017 après la remise du décompte définitif du 29 mars 2018 qui constitue le dommage, lequel est devenu certain après la connaissance des difficultés financières de la société, lesquelles n'ont donc pas été annoncées à la caisse. Il ressort du dossier que la caisse a cherché à recouvrer ce montant au cours de l'année 2018, puis la mise en faillite en début d'année 2019 et la procédure de faillite ont suspendu les possibilités de recouvrement jusqu'à la clôture de la faillite le 28 décembre 2021. La caisse a ainsi mis en demeure le recourant de s'en acquitter le 10 décembre 2021. Ce n'est qu'à l'échéance du délai de mise en demeure le 14 janvier 2022 que le dommage est devenu certain. Cependant on peut considérer qu'au jour de la faillite de la société, la caisse intimée a eu une connaissance suffisante du dommage et que c'est ce qui constitue le point de départ de la prescription.

Le délai de prescription absolue de l'action en réparation du dommage qui a commencé à courir en 2019 était de cinq ans et il n'était pas échu à l'entrée en vigueur du nouveau droit. Lorsque les nouvelles règles sont entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2020, ce délai est passé de cinq à dix ans. Le délai de prescription absolue n'était donc pas atteint lorsque la décision de réparation du dommage a été rendue le 4 mars 2022.

Pour ce qui concerne le délai de prescription relative, la faillite de l'employeur a été prononcée le 24 janvier 2019. S'agissant du moment de la connaissance du dommage en cas de faillite, la jurisprudence retient généralement celui du dépôt de l'état de collocation, ou celui de la publication de la liquidation de la faillite faute d'actifs (ATF 129 V 193 consid. 2.3). L'état de collocation a été déposé le 27 mars 2020. C'est donc à cette date que le dommage subi par la caisse peut être considéré comme suffisamment connu. Le délai de prescription de trois ans était en vigueur selon la nouvelle teneur de la disposition applicable depuis le 1^{er} janvier 2020. Il en résulte que la décision du 4 mars 2022 a été rendue avant l'échéance de ce délai de prescription relative. Le délai a ensuite été interrompu pendant la procédure d'opposition et n'était pas échu lorsque la décision sur opposition a été rendue le 28 février 2023.

6. a) Quant à la détermination du dommage, la disposition légale entrant en considération dans le cas particulier est l'art. 14 al. 1 LAVS, qui - en corrélation avec les art. 34 ss RAVS - impose à l'employeur de verser périodiquement à la caisse de compensation les cotisations perçues sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité dépendante, cotisations qui sont retenues lors de chaque paie, et la cotisation de l'employeur (ATF 132 III 523 consid. 4.4). Dans le domaine de l'assurance-chômage, une réglementation analogue est prévue par les art. 5 et 6 LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0). Il en va de même en matière d'allocations pour perte de gain (LAPG [loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité ; RS 834.1]), d'allocations familiales (LAFam [loi fédérale du 24 mars 2006 sur les

allocations familiales ; RS 836.2]) et d'assurance-invalidité (LAI [loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité ; RS 831.20]).

Le dommage, dont l'ampleur est égale au capital dont la caisse de compensation se trouve frustrée (ATF 108 V 189 consid. 2c), comprend ainsi les cotisations paritaires dues en vertu des lois citées ci-dessus (LAVS, LAI, LACI, LAFam, LAPG) ; en font également partie les contributions aux frais d'administration des caisses de compensation que l'employeur doit selon l'art. 69 al. 1 LAVS, ainsi que les frais de sommation selon l'art. 34a RAVS, les frais de poursuite et les intérêts moratoires selon l'art. 41bis RAVS (ATF 134 I 179 ; 121 III 382 consid. 3bb ; 113 V 186).

b) *In casu*, l'ampleur du dommage, dont le total a été chiffré à 163'767 fr. 90, n'a pas été contesté par le recourant qui n'a formulé aucun grief sur le calcul des cotisations dues, lesquelles ne sont en outre pas prescrites, dans le cadre de la présente procédure. Ce montant peut être d'office confirmé.

7. En définitive, le principe de la responsabilité du recourant et la quotité du dommage sont établis à satisfaction de droit. Le recourant doit ainsi à l'intimée un montant de 163'767 fr. 90, au titre de réparation du dommage subi ensuite du non-paiement de cotisations paritaires par la société faillie pour l'année 2017.

8. **a)** Au regard de ce qui précède, le recours est entièrement mal fondé et c'est à juste titre que la caisse a exigé la réparation de son dommage à hauteur de 163'767 fr. 90. Il s'ensuit que le recours doit être rejeté et la décision sur opposition entreprise confirmée.

b) La présente procédure ne porte pas sur l'octroi ou le refus de prestations d'assurance au sens de l'art. 61 let. fbis LPGA. Elle donne lieu à la perception de frais de justice, qu'il convient de mettre à la charge du recourant, vu l'issue du litige (art. 45 et 49 al. 1 LPA-VD ; art. 1 al. 1 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière

administrative ; BLV 173.36.5.1]). Les frais sont fixés à 3'000 fr. compte tenu de l'importance et de la difficulté de la cause (art. 4 al. 1 TFJDA).

c) L'intimée n'a pas droit à des dépens, dès lors qu'elle a agi en qualité d'institution chargée de tâches de droit public (ATF 126 V 143 consid. 4 ; voir également ATF 128 V 323).

d) Le recourant est au bénéfice de l'assistance judiciaire. Les frais judiciaires mis à sa charge ci-avant sont donc provisoirement supportés par l'Etat et Me Kryeziu peut, de manière forfaitaire, prétendre une équitable indemnité pour son mandat d'office, qu'il convient de fixer à 1'200 fr., débours et TVA compris (art. 2, 3 al. 2 et 3bis RAJ [règlement cantonal du 7 décembre 2010 sur l'assistance judiciaire en matière civile ; BLV 211.02.3]).

e) Le recourant est rendu attentif au fait qu'il devra rembourser les frais et l'indemnité provisoirement pris en charge par l'Etat dès qu'il sera en mesure de le faire (art. 122 al. 1 et 123 CPC [code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272], applicables par renvoi de l'art. 18 al. 5 LPA-VD). Les modalités de ce remboursement sont fixées par la Direction du recouvrement de la Direction générale des affaires institutionnelles et des communes (auparavant : le Service juridique et législatif ; art. 5 RAJ).

**Par ces motifs,
la Cour des assurances sociales
prononce :**

I. Le recours est rejeté.

II. La décision sur opposition rendue le 28 février 2023 par la Caisse K. _____ est confirmée.

- III.** Les frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr. (trois mille francs), sont mis à la charge du recourant et provisoirement supportés par l'Etat.

- IV.** Il n'est pas alloué de dépens.

- V.** L'indemnité d'office de Me Jeton Kryeziu, conseil du recourant, est arrêtée à 1'200 fr. (mille deux cents francs), débours et TVA compris.

- VI.** Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC applicable par renvoi de l'art. 18 al. 5 LPA-VD, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité du conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

La présidente :

Le greffier :

Du

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

- Me Jeton Kryeziu, pour A. _____,
- Caisse K. _____,
- 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 :