

CHAMBRE DES RECOURS PENALE

Arrêt du 9 juin 2015

Composition : M. ABRECHT, président
MM. Perrot et Maillard, juges
Greffière : Mme Choukroun

Art. 87 al. 3 LAVS ; 76 al. 3 LPP

Statuant sur le recours interjeté le 13 avril 2015 par **G.** _____ SA en liquidation contre l'ordonnance de classement rendue le 26 mars 2015 par le Ministère public de l'arrondissement de La Côte dans la cause n° **PE10.031348-XCR**, la Chambre des recours pénale considère :

En fait :

A. **a)** Le 18 novembre 2005, la société H. _____ SA, inscrite au Registre du commerce le 21 janvier 1913 avec siège à [...], a changé sa raison sociale pour B. _____ SA. Elle a pour but l'exploitation des branches de l'industrie graphique, le commerce de papier, l'édition, la participation à des entreprises similaires ainsi que toutes opérations

commerciales, financières et immobilières (P. 5, annexe 1). La société H._____ SA a été affiliée auprès de la G._____ SA, aujourd'hui en liquidation, depuis sa constitution en 1971. Il en a été de même lorsqu'elle a changé sa raison sociale pour B._____ SA en novembre 2005.

b) Entre 2002 et 2007, ainsi qu'en 2009, les acomptes versés par la société B._____ SA à la G._____ SA en liquidation ont toujours couvert la part « employé » des cotisations mais pas l'entier des cotisations, soit les parts « employé » et « employeur », à l'exception de l'année 2007 (P. 5, annexe 7). En revanche, en 2008, les administrateurs de la société B._____ SA, soit D._____, X._____, Z._____, M._____ et K._____, auraient retenu des cotisations à leurs employés, sans en transférer ensuite la totalité à la G._____ SA en liquidation, utilisant une part de ces retenues, par 104'101 fr. 60, pour payer les fournisseurs de la société.

Entre 2009 et 2011, X._____ et D._____, en leur qualité d'administrateurs de la société B._____ SA, auraient retenu une partie des cotisations AVS prélevées sur les salaires de leurs employés, sans les reverser à la Caisse AVS [...], pour des montants de 108'887 fr. 60 en 2009, de 97'536 fr. 45 en 2010 et de 105'945 fr. en 2011.

c) Dans un courrier du 20 décembre 2010 intitulé « dénonciation pénale », la G._____ SA a déposé une plainte pénale contre les administrateurs de la société B._____ SA, soit M._____, K._____, D._____ et Z._____ (P. 4). Elle leur reprochait en substance de ne lui avoir versé que partiellement les cotisations retenues aux salariés de l'entreprise pour l'année 2008, en violation de l'art. 76 al. 3 LPP (Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 ; RS 831.40), nonobstant les nombreux rappels et la procédure de poursuite qu'elle avait entamée le 23 décembre 2008 à l'encontre de la société B._____ SA et qui avait abouti à la notification d'une commination de faillite en date du 13 mars 2009.

La Caisse AVS [...] n'a en revanche pas déposé plainte contre D. _____ et X. _____.

d) Une instruction pénale a été ouverte à l'encontre des administrateurs précités, pour les infractions de l'art. 76 al. 3 LPP et de l'art. 87 al. 3 LAVS.

Le Procureur de l'arrondissement de La Côte a procédé à l'audition de M. _____ le 31 mai 2011. Celui-ci a notamment déclaré que la société B. _____ SA n'avait pas été en mesure de régler l'ensemble des cotisations LPP pour les années 2009 à 2011. Il a ajouté que la société rencontrait des problèmes de rentabilité et de trésorerie et n'était toujours pas en mesure de faire face à ses obligations vis-à-vis de ses employés (PV aud. 1).

Entendu le même jour, Z. _____ a expliqué qu'en 2005, X. _____, alors directeur de la société H. _____ SA, devenue B. _____ SA, l'avait approché alors qu'il était l'actionnaire majoritaire de la société [...] SA, société active dans les arts graphiques. Les deux hommes avaient convenu de regrouper leurs forces compte tenu des difficultés que connaissait le domaine de l'imprimerie à cette époque. C'est ainsi qu'en novembre 2007, [...] SA était entrée dans le capital-actions de la société B. _____ SA, Z. _____ intégrant le conseil d'administration de cette société. Il a précisé avoir rapidement compris que la société B. _____ SA ne serait pas restructurée rapidement et qu'il manquait des liquidités, et avoir alors démissionné du conseil d'administration le 5 novembre 2008 (PV aud. 4).

Egalement entendu le 31 mai 2011, D. _____ a indiqué avoir injecté dans la société B. _____ SA, par le biais de la société [...] SA dont il était l'administrateur et actionnaire majoritaire, un montant d'environ 900'000 fr. en deux fois à l'occasion de deux augmentations de capital. Il a précisé que lors de la première recapitalisation en 2007, il était prévu de vendre un immeuble propriété de la société B. _____ SA et de louer ensuite les locaux, ce qui aurait permis - selon lui - d'éponger les arriérés

de charges sociales, ainsi que les autres dettes de la société. Cette opération n'a toutefois pas eu lieu pour des motifs légaux. D._____ a enfin précisé que le chiffre d'affaires de la société avait baissé après chaque recapitalisation mais que les administrateurs avaient pour priorité de ne pas faire perdre leur places de travail à la quarantaine d'employés de la société, ajoutant que le problème de liquidités était toujours d'actualité au jour de sa comparution (PV aud. 3).

Entendu lui aussi le 31 mai 2011, K._____ a indiqué que le capital-actions de la société B._____ SA avait été réduit à 0 fr. le 12 septembre 2007, puis reconstitué à hauteur de 1'000'000 francs. Il a précisé avoir insisté, de même que le prévenu D._____, pour que cet argent frais soit affecté en priorité au paiement des arriérés des charges sociales et de la TVA. Les fournisseurs de la société demandaient toutefois à être payés d'avance, de sorte que l'argent frais injecté a finalement servi à assurer la production afin d'éviter la liquidation de la société (PV aud. 2). Dans un courrier qu'il a adressé au Procureur le 21 mars 2014 (P. 38/1), K._____ a soutenu que la société B._____ SA avait toujours disposé des moyens d'assurer le règlement de l'ensemble des arriérés dus aux institutions de prévoyance au cours des années 2008 et 2009, de sorte qu'à son avis, aucune violation de l'art. 76 LPP ne pouvait être retenue. Il expliquait en effet que la valorisation du bien immobiliser propriété de la société s'élevait à 11'350'000 fr., selon l'estimation de l'Office des faillites de Morges en 2009, et qu'une fois les hypothèques grevant le bien à hauteur de 5'183'603 fr. 45 soustraites, la valeur nette de l'immeuble en question se montait à quelque 6'166'396 fr. 55, soit un montant significativement plus important que les arriérés de cotisations LPP pour l'année 2008.

Entendu en qualité de témoin le 28 juillet 2011, R._____, curateur de la G._____ SA en liquidation, a indiqué qu'il s'agissait - selon lui - d'un cas typique d'une entreprise en difficulté qui paie d'abord ses fournisseurs avant de faire face à ses obligations relatives aux charges sociales (PV aud. 5).

X._____, administrateur président directeur de la société B._____ SA, a été entendu le 22 octobre 2013. Il a expliqué que cette société était devenue une société purement immobilière à partir du 1^{er} mai 2012, son personnel étant intégré à H._____ SA. Il a précisé que les problèmes de trésorerie de la société remontaient à l'année 2001. Selon lui, l'entreprise disposait de suffisamment de moyens pour payer les fournisseurs et les salaires des employés. La faillite avait été évitée en 2006, mais l'augmentation du capital-actions en 2007 n'avait pas suffi à redresser la situation (PV aud. 6).

e) La faillite de la société B._____ SA a été prononcée le 8 août 2013. La liquidation est intervenue après une longue procédure d'ajournement de faillite, ledit ajournement ayant été octroyé le 9 mai 2011. La requête d'ajournement était motivée par le fait qu'un immeuble, propriété de la société B._____ SA à [...], allait être réalisé par l'Office des poursuites de Morges dans le cadre d'une procédure en réalisation de gage immobilier, d'une part, et qu'une réorganisation de la société avait été entamée par les dirigeants de la société, d'autre part (P. 55/2).

f) Par ordonnance du 26 mars 2015, approuvée le 27 mars suivant par le Procureur général, le Ministère public de l'arrondissement de La Côte a ordonné le classement de la procédure pénale dirigée contre D._____ et X._____ pour infraction à la Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, et infraction à la Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants ainsi que contre Z._____, M._____ et K._____ pour infraction à la Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (I), a alloué à K._____ un montant de 4'706 fr. 20, TVA et débours inclus, à titre d'indemnité pour l'exercice raisonnable de ses droits de procédure (II), et a laissé les frais de la décision, ainsi que les émoluments relatifs aux procès-verbaux d'audition de M._____, de K._____ et de Z._____, à la charge de l'Etat (III).

Le Ministère public a retenu que les éléments du dossier n'avaient pas permis de déterminer si la société B._____ SA disposait,

lors du versement des salaires en 2008, des fonds nécessaires pour effectuer les déductions sociales, la partie plaignante indiquant dans ses déterminations du 5 septembre 2014 que B._____ SA n'aurait absolument jamais disposé des liquidités nécessaires pour s'acquitter des montants dus, que cela soit durant l'année 2008, le 27 janvier 2009, date à laquelle les montants réclamés étaient exigibles, ou après cette date (P. 54, p. 2, point 2g). Le Procureur a considéré qu'il était très difficile d'établir ce point, estimant disproportionnée la mise en œuvre d'une expertise comptable au moment de chaque paiement de salaire et, éventuellement, à l'expiration de chaque délai de paiement, pour vérifier que les disponibilités financières existaient ou non à la première date et faisaient défaut à la seconde.

B. Par acte du 13 avril 2015, G._____ SA en liquidation a recouru auprès de la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal contre l'ordonnance de classement en concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à son annulation et au renvoi du dossier de la cause au Ministère public pour nouvelle décision dans le sens des considérants, et subsidiairement à la poursuite de la procédure.

Par courrier du 27 mai 2015, le Ministère public a indiqué qu'il renonçait à se déterminer sur le recours.

Le 1^{er} juin 2015, M._____ a conclu au rejet du recours.

Dans ses déterminations du 1^{er} juin 2015, K._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, à l'irrecevabilité du recours de G._____ SA en liquidation. Faisant référence à l'art. 301 al. 3 CPP, K._____ soutient qu'en sa qualité de dénonciatrice, G._____ SA en liquidation ne serait pas partie à la procédure et ne disposerait dès lors pas de la qualité pour recourir. A titre subsidiaire, K._____ a conclu au rejet du recours.

En droit :

1.

1.1 Les parties peuvent attaquer une ordonnance de classement rendue par le ministère public en application des art. 319 ss CPP dans les dix jours devant l'autorité de recours (art. 322 al. 2 et 396 al. 1 CPP; cf. art. 20 al. 1 let. b CPP), qui est dans le canton de Vaud la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal (art. 13 LVCPP [loi vaudoise d'introduction du Code de procédure pénale suisse; RSV 312.01]; art. 80 LOJV [loi vaudoise d'organisation judiciaire; RSV 173.01]).

Aux termes de l'art. 382 al. 1 CPP, toute partie qui a un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification d'une décision a qualité pour recourir contre celle-ci. La notion de partie visée à cette disposition doit être comprise au sens des art. 104 et 105 CPP. L'art. 104 al. 1 let. b CPP reconnaît notamment cette qualité à la partie plaignante, soit, selon l'art. 118 al. 1 CPP, au « lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil ». L'art. 118 CPP dispose qu'une plainte pénale équivaut à une telle déclaration (al. 2). La déclaration doit être faite devant une autorité de poursuite pénale avant la clôture de la procédure préliminaire (al. 3). Si le lésé n'a pas fait spontanément de déclaration, le ministère public attire son attention dès l'ouverture de la procédure préliminaire sur son droit d'en faire une (al. 4).

1.2 La notion de lésé est définie à l'art. 115 CPP. Il s'agit de toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction. En règle générale, seul peut se prévaloir d'une atteinte directe le titulaire du bien juridique protégé par la disposition pénale qui a été enfreinte (ATF 139 IV 78, c. 3.1 ; ATF 138 IV 258 c, 2.3 ; ATF 129 IV 95 c. 3.1 ; TF 6B_261/2014 du 4 décembre 2014, publié à l'ATF 141 IV 1, c. 3.1 ; CREP 13 septembre 2013/667 ; Perrier, in : Kuhn/Jeanneret (éd.), Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, nn. 8 et 11 ad art. 115 CPP).

Aux termes de l'art. 76 al. 3 LPP, celui qui, en sa qualité d'employeur, aura déduit des cotisations du salaire d'un travailleur sans les affecter au but auquel elles étaient destinées sera puni, à moins qu'il ne s'agisse d'un délit ou d'un crime frappé d'une peine plus lourde par le code pénal, de l'emprisonnement pour six mois au plus ou d'une amende de 30'000 francs au plus.

L'art. 66 al. 2 LPP dispose que l'employeur est débiteur de la totalité des cotisations envers l'institution de prévoyance. Celle-ci peut majorer d'un intérêt moratoire les cotisations payées tardivement.

1.3 En l'espèce, l'infraction de l'art. 76 al. 3 LPP reprochée aux prévenus lèse directement le patrimoine de la recourante. Cette dernière est en effet créancière de la totalité des cotisations retenues par les prévenus sur les salaires de leurs employés (art. 66 al. 2 LPP). Celle-ci a par ailleurs déposé une plainte pénale (P. 4, p. 2) et non une simple dénonciation au sens de l'art. 301 al. 3 CPP, comme l'affirme à tort l'intimé K. _____ dans ses déterminations. La recourante est ainsi bien partie plaignante, comme demandeur au pénal, au sens de l'art. 118 al. 1 CPP (CREP 18 juillet 2013/469 in JT 2013 III 188). Elle a dès lors qualité pour recourir au sens de l'art. 382 al. 1 CPP.

Pour le surplus, le recours a été déposé en temps utile, de sorte qu'il est recevable.

2. Selon l'art. 319 al. 1 CPP, le ministère public ordonne le classement de tout ou partie de la procédure lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi (let. a), lorsque les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas réunis (let. b), lorsque des faits justificatifs empêchent de retenir une infraction contre le prévenu (let. c), lorsqu'il est établi que certaines conditions à l'ouverture de l'action pénale ne peuvent pas être remplies ou que des empêchements de procéder sont apparus (let. d) ou lorsqu'on peut renoncer à toute poursuite ou à toute sanction en vertu de dispositions légales (let. e). L'art. 319 al. 2 CPP

prévoit encore deux autres motifs de classement exceptionnels (intérêt de la victime ou consentement de celle-ci au classement).

De manière générale, les motifs de classement sont ceux « qui déboucheraient à coup sûr ou du moins très probablement sur un acquittement ou une décision similaire de l'autorité de jugement » (Message du Conseil fédéral relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 pp. 1057 ss, spéc. 1255). Un classement s'impose donc lorsqu'une condamnation paraît exclue avec une vraisemblance confinant à la certitude. La possibilité de classer la procédure ne saurait toutefois être limitée à ce seul cas, car une interprétation aussi restrictive imposerait un renvoi en jugement, même en présence d'une très faible probabilité de condamnation (ATF 138 IV 86 c. 4.1.1; TF 1B_272/2011 du 22 mars 2012 c. 3.1.1). Le principe « in dubio pro duriore » exige donc simplement qu'en cas de doute, la procédure se poursuive. Pratiquement, une mise en accusation s'impose lorsqu'une condamnation apparaît plus vraisemblable qu'un acquittement (ATF 137 IV 219 c. 7; ATF 138 IV 86 c. 4.1.1; ATF 138 IV 186 c. 4.1; TF 1B_272/2011 du 22 mars 2012 c. 3.1.1).

3. La recourante reproche au Procureur d'avoir retenu à tort qu'il ne serait pas possible d'établir si les éléments constitutifs de l'infraction de l'art. 76 al. 3 LPP seraient réalisés et d'avoir refusé de mettre en œuvre des mesures d'instruction qu'il a jugé disproportionnées.

3.1 Aux termes de l'art. 76 al. 3 LPP, celui qui, en sa qualité d'employeur, aura déduit des cotisations du salaire d'un travailleur sans les affecter au but auquel elles étaient destinées, sera puni, à moins qu'il ne s'agisse d'un délit ou d'un crime frappé d'une peine plus lourde par le code pénal, de l'emprisonnement pour six mois au plus ou d'une amende de 30'000 francs au plus.

La réalisation de l'infraction visée par cette disposition suppose notamment que l'employeur ait eu les moyens de s'acquitter du

montant des cotisations au moment où il a effectué la retenue (ATF 122 IV 270 c. 2c; ATF 117 IV 78 c. 2d/aa) et qu'il ait omis de transférer les cotisations échues à la dernière date possible (ATF 122 IV 270 c. 2c), bien qu'il en ait eu la faculté ou parce que son incapacité à le faire résulte d'une violation fautive du devoir de garder à disposition les fonds nécessaires. L'obligation de conserver la substance de ces fonds correspond à un devoir général de diligence de l'entrepreneur, dont la violation est punissable. Il ne s'agit pas de fonds confiés à l'employeur par l'employé, mais de cotisations déduites du salaire par l'employeur, qui est chargé de les gérer, sans toutefois pouvoir en disposer, conformément à une obligation imposée par le droit public d'opérer certaines déductions du salaire et de transférer ces sommes à l'organisme auquel elles sont destinées (cf. art. 66 al. 3 et 4 LPP). C'est la raison pour laquelle l'employeur viole l'obligation qui lui incombe s'il provoque ou tolère volontairement une situation qui le prive des moyens d'effectuer le transfert au dernier moment possible. Il faut entendre par là des actes ou des omissions qui font courir aux montants prélevés des risques déraisonnables ou inhabituels, une gestion propre à porter atteinte à la substance de l'entreprise ou à sa solvabilité, ainsi que tout procédé auquel ne recourrait pas un employeur consciencieux (ATF 122 IV 270 c. 2c et les arrêts cités).

3.2 En l'espèce, le Procureur, se référant à la jurisprudence rappelée ci-dessus, a considéré qu'il n'était pas possible de déterminer si la société B._____ SA disposait, lors du versement des salaires en 2008, des fonds nécessaires au paiement des charges sociales et qu'on ignorait tout de la situation qui prévalait à cette époque. Par courrier du 21 mars 2014 (P. 38/1), l'intimé K._____ lui avait cependant affirmé que la société B._____ SA avait toujours disposé des moyens d'assurer le règlement de l'ensemble des arriérés dus aux institutions de prévoyance au cours des années 2008 et 2009, dans la mesure où la société disposait d'un bien immobilier dont la valeur nette, telle qu'estimée par l'Office des faillites de Morges en 2009, s'élevait à 6'166'396 fr. 55, soit un montant significativement plus important que les arriérés de cotisations LPP pour l'année 2008. Cet élément, à lui seul, justifiait des investigations

complémentaires pour déterminer si la société B._____ SA disposait des fonds nécessaires au paiement des retenues sociales en 2008. Or, le Procureur n'a requis aucune pièce comptable de la société B._____ SA et n'a pas interrogé les prévenus sur la situation des actifs de celle-ci en 2008. Par ailleurs, c'est à tort que le magistrat a d'emblée estimé qu'une expertise serait disproportionnée, alors qu'une telle mesure d'instruction ne saurait être exclue dans une affaire de ce genre, où les montants en jeu sont importants. A ce stade, on ne peut dès lors exclure la réalisation des conditions cumulatives posées par le Tribunal fédéral s'agissant de l'infraction de l'art. 76 al. 3 LPP.

Compte tenu de ce qui précède, le classement de la procédure pénale dirigée contre les administrateurs de la société B._____ SA pour infraction à la LPP apparaît prématuré. Il appartiendra au Ministère public d'instruire plus précisément la question de savoir si la société B._____ SA disposait en 2008 des actifs permettant de couvrir les cotisations sociales de ses employés, notamment en interrogeant les administrateurs sur ce point et, éventuellement, en mettant un expert en œuvre.

En application de la maxime de l'instruction (art. 6 CPP) et du principe de la légalité de la procédure pénale (art. 7 CPP; cf. Moreillon/Parein Reymond, Petit Commentaire du Code de procédure pénale, Bâle 2013, n. 3 ad art. 7 CPP), le classement prononcé pour les infractions à la LAVS sera également annulé (CREP 18 novembre 2014/825).

4. En définitive, le recours doit être admis, l'ordonnance de classement annulée et le dossier de la cause renvoyé au Ministère public pour qu'il procède dans le sens des considérants.

Les frais de la procédure de recours, constitués du seul émolument d'arrêt, par 1'210 fr. (art. 20 al. 1 TFIP [Tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010, RSV 312.03.1]), seront mis à la charge de K._____ et de X._____, par

moitié chacun et solidairement entre eux (art. 418 al. 1 et 2 CPP), dans la mesure où ils ont conclu au rejet du recours (art. 428 al. 1 CPP).

S'agissant des dépens réclamés par la recourante, il appartiendra le cas échéant à cette dernière d'adresser à la fin de la procédure - pour autant que les conditions d'une indemnité selon l'art. 433 al. 1 CPP soient alors remplies - ses prétentions à l'autorité pénale compétente selon l'art. 433 al. 2 CPP (CREP 16 avril 2013/279 c. 4 et les références citées).

Par ces motifs,
la Chambre des recours pénale
prononce :

- I.** Le recours est admis.
- II.** L'ordonnance du 26 mars 2015 est annulée.
- III.** Le dossier de la cause est renvoyé au Ministère public de l'arrondissement de La Côte pour qu'il procède dans le sens des considérants.
- IV.** Les frais d'arrêt, par 1'210 fr. (mille deux cent dix francs), sont mis à la charge de X._____ et de K._____, par moitié chacun et solidairement entre eux.
- V.** Le présent arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- M. Fabien Hohenauer, avocat (pour G._____ SA en liquidation),
- M. Hubert Gillieron, avocat (pour K._____),

- M. Cédric Thaler, avocat (pour X. _____),
- M. M. _____,
- M. D. _____,
- M. Z. _____,
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Procureur de l'arrondissement de La Côte,

par l'envoi de photocopies.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral ; RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :