

**CHAMBRE DES RECOURS PENALE**

---

---

Arrêt du 8 septembre 2016

---

Composition : M. MAILLARD, président  
MM. Abrecht et Perrot, juges  
Greffière : Mme Bonjour

\*\*\*\*\*

**Art. 76 al. 3 LPP et 319 al. 1 CPP**

Statuant sur le recours interjeté le 13 juin 2016 par **S.**\_\_\_\_\_ contre l'ordonnance de classement rendue le 27 mai 2016 par la Procureure d'arrondissement itinérante dans la cause **n° PE15.006292-LAE**, la Chambre des recours pénale considère :

**En fait :**

**A.**           **a)** Par contrat d'affiliation valable à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2008, conclu les 29 janvier et 3 août 2009 auprès de **S.**\_\_\_\_\_, fondation de prévoyance professionnelle LPP (loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 ; RS

831.40), la société T.\_\_\_\_\_ Sàrl a assuré ses employés obligatoirement soumis à la LPP. Elle ne s'est toutefois pas acquittée des cotisations LPP prélevées sur le salaire de ses collaborateurs, accumulant ainsi des arriérés de 35'827 fr. 40 au 31 décembre 2011.

Le 9 janvier 2012, T.\_\_\_\_\_ Sàrl a résilié ce contrat d'affiliation, avec effet au 31 décembre 2011, ensuite de la cessation de ses activités.

**b)** Le 20 juillet 2012, S.\_\_\_\_\_ a déposé une réquisition de poursuite, auprès de l'Office des poursuites du district de Lausanne, contre T.\_\_\_\_\_ Sàrl pour un montant de 37'453 fr. 10 correspondant aux primes relatives au contrat d'affiliation. Le 7 août 2012, T.\_\_\_\_\_ Sàrl a fait opposition totale au commandement de payer qui lui avait été notifié le jour-même dans la poursuite n° 6301163.

**c)** Le 11 juillet 2013, S.\_\_\_\_\_ a déposé une action de droit administratif devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois en concluant, en substance, à ce que T.\_\_\_\_\_ Sàrl soit condamnée à lui payer 39'778 fr. 90 avec intérêts et à ce que l'opposition formée par T.\_\_\_\_\_ Sàrl au commandement de payer soit levée.

Par jugement du 24 octobre 2014, la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois a notamment dit que T.\_\_\_\_\_ Sàrl devait payer à S.\_\_\_\_\_ les sommes de 35'827 fr. 40 avec intérêts à 6 % l'an dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012, 1'625 fr. 70 avec intérêts à 6 % l'an dès le 20 juillet 2012, 2'325 fr. 80 avec intérêts à 6 % l'an dès le 25 décembre 2013 et 1'250 fr. avec intérêts à 6 % l'an dès le 19 juillet 2013 (I) et que l'opposition formée par T.\_\_\_\_\_ Sàrl au commandement de payer n° 6301163 de l'Office des poursuites du district de Lausanne était définitivement levée à concurrence de 35'827 fr. 40 avec intérêts à 6 % l'an dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012 et de 1'625 fr. 70 avec intérêts à 6 % l'an dès le 20 juillet 2012 (II) (CASSO PP 22/13-48/2014 du 24 octobre 2014).

**d)** La faillite de T.\_\_\_\_\_ Sàrl a été prononcée le 23 avril 2015 par le Tribunal d'arrondissement de Lausanne, avec effet à partir du 29 juin 2015 (P. 5/2).

**B. a)** Par acte du 27 mars 2015, S.\_\_\_\_\_, fondation de prévoyance professionnelle LPP, a déposé plainte auprès du Ministère public de l'arrondissement de Lausanne contre F.\_\_\_\_\_, R.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_, anciennement gérants de la société T.\_\_\_\_\_ Sàrl, pour ne pas s'être acquittés, entre le 1<sup>er</sup> septembre 2008 et le 31 décembre 2011, des cotisations LPP prélevées sur le salaire des employés de cette société, accumulant ainsi des arriérés à hauteur de 38'153 fr. 20 (soit 35'827 fr. 40 + 2'325 fr. 80 ; cf. jugement CASSO du 24 octobre 2014 précité consid. 4a).

**b)** Le 13 juillet 2015, la Procureure d'arrondissement itinérante a ouvert une instruction pénale contre R.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_ pour infraction à la LPP (art. 76 al. 3 LPP).

Entendus par la procureure le 21 octobre 2015 en qualité de prévenus, F.\_\_\_\_\_ et R.\_\_\_\_\_ ont tous deux affirmé, en substance, que la société ne disposait pas des liquidités suffisantes pour verser à S.\_\_\_\_\_ les cotisations LPP prélevées sur les salaires de ses employés. Ils ont également déclaré qu'aucun arrangement de paiement n'avait pu être trouvé entre T.\_\_\_\_\_ Sàrl et S.\_\_\_\_\_ pour permettre le remboursement des arriérés (PV aud. 1 et 2 ; P. 7).

Faisant suite à l'avis de prochaine clôture du Ministère public du 6 novembre 2015, S.\_\_\_\_\_ a requis, par lettre du 20 novembre 2015, la production des décomptes de salaires des employés de la société T.\_\_\_\_\_ Sàrl.

**c)** Par ordonnance du 27 mai 2016, la Procureure d'arrondissement itinérante a ordonné le classement de la procédure pénale dirigée contre R.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_ et D.\_\_\_\_\_ pour infraction à la LPP (I) et a laissé les frais de procédure à la charge de l'Etat (II).

A l'appui de son ordonnance, la procureure a considéré que les conditions de l'art. 76 al. 3 LPP n'étaient pas remplies. Elle a en substance retenu, d'une part, que T.\_\_\_\_\_ Sàrl ne disposait pas, à l'époque des faits, des liquidités suffisantes pour verser à S.\_\_\_\_\_ les cotisations LPP déduites des salaires de ses employés et, d'autre part, que la proposition faites par les gérants de T.\_\_\_\_\_ Sàrl de trouver un arrangement de paiement pour rembourser les arriérés démontrait qu'ils estimaient que les montants LPP allaient pouvoir être payés au moment où les retenues étaient effectuées.

**C.** Par acte du 13 juin 2016, S.\_\_\_\_\_ a recouru auprès de la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal contre cette ordonnance en concluant, avec suite de frais et dépens, à son annulation et au renvoi de la cause à la Procureure d'arrondissement itinérante.

Par lettre du 1<sup>er</sup> septembre 2016, la procureure a conclu au rejet du recours, se référant à la motivation de l'ordonnance entreprise.

Les prévenus ne se sont pas déterminés dans le délai qui leur a été imparti.

## **En droit :**

### **1.**

**1.1** Une ordonnance de classement rendue par le Ministère public peut être attaquée par la voie du recours (art. 393 al. 1 let. a CPP [Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 ; RS 312.0]) auprès de la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal (art. 396 al. 1 CPP ; art. 13 LVCP [loi d'introduction du Code de procédure pénale suisse du 19 mai 2009 ; RSV 312.01] ; art. 80 LOJV, [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; RSV 173.01]). Le recours doit être adressé par écrit, dans un délai de dix jours dès la notification de la décision attaquée (art. 322 al. 2 CPP et art. 396 al. 1 CPP).

**1.2** Selon 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.

Aux termes de l'art. 66 al. 2 LPP, 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.

En l'espèce, l'infraction de l'art. 76 al. 3 LPP reprochée aux prévenus est de nature à léser directement le patrimoine de la recourante, dès lors que celle-ci est créancière de la totalité des cotisations retenues par les prévenus sur les salaires de leurs employés (art. 66 al. 2 LPP ; CREP 9 juin 2015/386 consid. 3.1). Par conséquent, interjeté en temps utile devant l'autorité compétente par la partie plaignante qui a qualité pour recourir, et satisfaisant aux conditions de forme prescrites (art. 385 al. 1 CPP), le recours de S.\_\_\_\_\_ est recevable.

**2.** La recourante soutient en substance que T.\_\_\_\_\_ Sàrl aurait eu les moyens de lui verser les cotisations prélevées sur les salaires de ses employés et que l'infraction de l'art. 76 al. 3 LPP serait réalisée. Elle fait ainsi valoir que l'instruction serait lacunaire et que la situation financière de T.\_\_\_\_\_ Sàrl devrait être examinée afin de déterminer de quelles liquidités elle disposait au terme de chaque mois et d'examiner la gestion du cash-flow par les prévenus.

**2.1** 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. Le principe in dubio pro durore 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. En effet, en cas de doute, ce n'est pas à l'autorité d'instruction ou d'accusation mais au juge matériellement compétent qu'il appartient de se prononcer (ATF 138 IV 86 consid. 4.1.1 ; TF 6B\_236/2013 du 16 juillet 2013 consid. 3.1.1).

**2.2** Aux termes de l'art. 76 al. 3 LPP, est punissable 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.

Le simple fait de ne pas verser les cotisations de l'employé à la caisse de compensation ne constitue pas à lui seul un détournement. L'employeur doit en plus violer son devoir de garder les fonds nécessaires à disposition, c'est-à-dire qu'il doit affecter les fonds nécessaires à d'autres buts. L'infraction de l'art. 76 al. 3 LPP suppose donc l'omission de transférer à l'expiration de l'ultime délai imparti les cotisations échues et une violation de l'obligation de conserver celles-ci ou leur équivalent (ATF 122 IV 270 consid. 3, JdT 1998 IV 84 ; Tremp/Uttinger, in : Schneider/Geiser/Gächter [éd], LPP et LFLP, Berne, 2010, nn. 26 ss ad art. 76 LPP).

L'obligation de conserver la substance de ces cotisations correspond à un devoir général de diligence de l'employeur 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 avisé (ATF 122 IV 270 consid. 2c ; TF 2C\_465/2011 du 10 février 2012 consid. 3.7.4).

Sur le plan subjectif, l'infraction de l'art. 76 al. 3 LPP est intentionnelle. L'employeur doit avoir intentionnellement ou par dol éventuel utilisé les moyens à disposition ou les fonds correspondants en sachant - ou en devant savoir - qu'il se mettait ainsi dans l'impossibilité de procéder au versement à la dernière date possible (Trempe/Uttinger, op. cit., n. 32 ad. art. 76 LPP).

**2.3** En l'espèce, force est de constater, avec la recourante, qu'on ne dispose d'aucun élément, hormis les déclarations des prévenus, permettant de connaître la situation financière réelle de T.\_\_\_\_\_ Sàrl à l'époque des faits et donc de déterminer si les prévenus étaient ou non en mesure de verser les cotisations prélevées sur les salaires des employés de la société. On précisera à cet égard que le jugement rendu le 24 octobre 2014 par la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal a eu pour effet de rendre exigible la dette correspondant aux cotisations prélevées sur les salaires des employés.

Il appartiendra par conséquent au Ministère public d'instruire plus avant la cause afin d'établir si l'infraction de l'art. 76 al. 3 LPP est réalisée.

**3.** En définitive, le recours de S.\_\_\_\_\_ doit être admis, l'ordonnance de classement du 27 mai 2016 annulée et la cause renvoyée à la Procureure d'arrondissement itinérante pour qu'elle reprenne l'instruction dans le sens des considérants qui précèdent.

Les frais de la procédure de recours, constitués en l'espèce du seul émolument d'arrêt, par 880 fr. (art. 20 al. 1 et 2 TFIP [tarif des frais de procédure et indemnités en matière pénale du 28 septembre 2010 ; RSV 312.03.1]), seront laissés à la charge de l'Etat.

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 consid. 4 ; TF 1B\_151/2016 du 1<sup>er</sup> juin 2016, consid. 3).

Par ces motifs,  
la Chambre des recours pénale  
prononce :

- I.** Le recours est admis.
- II.** L'ordonnance du 27 mai 2016 est annulée.
- III.** Le dossier de la cause est renvoyé à la Procureure d'arrondissement itinérante pour qu'elle procède dans le sens des considérants.

- IV.** Les frais de la procédure de recours, par 880 fr. (huit cent huitante francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- V.** L'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 :

- Me Johanna Trümpy (pour S. \_\_\_\_\_),
- M. R. \_\_\_\_\_,
- M. F. \_\_\_\_\_,
- M. D. \_\_\_\_\_ (ne peut être avisé, sans domicile connu),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- Procureure d'arrondissement itinérante de Lausanne,

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 :