

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 8 février 2013

Présidence de M. MÉTRAL
Juges : M. Pittet et Mme Moyard, assesseurs
Greffier : Mme Parel

Cause pendante entre :

R. _____, à Arveyes, recourant, représenté par Me Albert J. Graf, avocat à Nyon,

et

L. _____ **Caisse de compensation**, à Aarau, intimée

Art. 52 LAVS

E n f a i t :

A. Le 13 juillet 2010, le Président du Tribunal d'arrondissement de La Côte a prononcé la faillite de la société anonyme Y._____, dont le siège social est à Gland. D'après un extrait du registre du commerce, R._____ (ci-après : le recourant) occupait la fonction d'administrateur, avec signature individuelle, depuis le 22 mars 2004 jusqu'à la date de la faillite de la société.

En sa qualité d'employeur, Y._____ était affiliée à la Caisse de compensation L._____ (ci-après : la caisse ou l'intimée).

Selon le relevé de compte courant établi par la caisse le 22 février 2012 pour la période du 1^{er} janvier 2009 au 22 février 2012, la société Y._____, qui exploitait un établissement public à l'enseigne de " V._____ " à Gland, a peiné à faire face à ses obligations, notamment en ce qui concerne le paiement des cotisations AVS/AI/APG/AC, dès 2008. L'intimée a ainsi dû recourir à plusieurs reprises à sa mise en poursuite durant les années 2008 et 2009. Le 5 mai 2010, la société Y._____, sous la plume de son administrateur R._____, s'est adressée à la caisse en ces termes :

"Pour faire suite aux divers courriers que vous nous avez adressés, ainsi qu'à Monsieur R._____, administrateur, vous trouverez ci-joint la situation en ce qui concerne les poursuites ouvertes.
D'après nos calculs nous vous sommes redevables de la somme de Fr. 69'650.45 jusqu'au mois de décembre 2009.
L'office des poursuites a bloqué notre compte en banque sur votre demande et effectue des prélèvements pour rembourser les arriérés.
Cette situation est très difficile à gérer car de ce fait, nous sommes dans l'impossibilité de payer les salaires de nos employés.
Nous souhaiterions vous proposer un plan de remboursement afin de régulariser notre situation et ainsi débloquer notre compte bancaire.
(...)"

Par courrier du 7 juillet 2010, R._____ a informé la caisse de la situation de la société Y._____ en ces termes :

"(...)

Nous avons enregistré des pertes d'exploitation importantes depuis de nombreux mois, ce qui ne permet plus à la société de faire face à ses obligations et engagements. Toutes nos tentatives pour rétablir la situation ont malheureusement échoué.

De ce fait, nous avons dû cesser toute activité au 30 avril 2010.

Etant conscient qu'en tant qu'administrateur, je dois faire face à la situation.

Pour ce faire, je désire savoir comment je peux parvenir, avec une somme raisonnable, à me départir de mes obligations.

Etant retraité, je ferais avec mes économies un gros effort afin de m'éviter des ennuis que je n'ai jamais connus durant ma période active.

(...)"

Le 10 décembre 2010, la caisse a produit une créance de 165'639 fr. 80 dans le cadre de la faillite de la société Y._____ en requérant le privilège légal, collocation en 2^{ème} classe selon l'art. 219 al. 4 LP. Le 24 mars 2011, la caisse a produit une créance rectifiée de 150'833 fr. 30, qui tient compte d'un versement de l'office des poursuites de 14'800 fr. en date du 18 mars précédent, d'une extourne des frais du procès-verbal de saisie par 66 fr. 35 et d'une facture de l'office des poursuites pour frais de saisie par 59 fr. 85.

Le 20 octobre 2011, la caisse a adressé au recourant deux décisions de réparation du dommage fondées sur l'art. 52 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.10) dans lesquelles elle estimait son dommage, sous réserve d'un éventuel dividende résultant de la faillite de la société Y._____, à respectivement 55'248 fr. 30 pour la période courant du 1^{er} janvier 2009 au 31 décembre 2009 et à 36'893 fr. 35 pour la période allant du 1^{er} janvier 2010 au 30 avril 2010.

Par écriture du 14 novembre 2011, R._____ a formé opposition aux deux décisions de réparation du dommage précitées, en faisant notamment valoir ce qui suit :

"La faillite d'Y._____ a été principalement causée par l'interdiction de fumer. Notre chiffre d'affaires de patente de jeux a brutalement plongé de moins 40 %.

Face à cette situation que nous pensions passagère, j'ai demandé un versement aux actionnaires de plus de 100'000 francs au 31 décembre 2009 afin de payer les salaires et toutes les charges utiles pour assurer la continuité de l'activité. Cela n'a pas suffi à sauver l'entreprise qui a dû arrêter toutes activités au 30 avril 2011.

De plus, la situation du propriétaire faute de versement de loyer, n'a pas permis d'entretenir le bâtiment de façon satisfaisante, ce qui n'a pas arrangé la situation.

De ce fait, aucune négligence, faute grave ou malversation intentionnelle ne peut m'être imputée. Je vous prie donc d'annuler purement et simplement vos décisions de réparation du dommage."

Par décision sur opposition du 6 décembre 2011, la caisse a confirmé ses décisions en réparation du dommage du 20 octobre précédent en relevant notamment ce qui suit :

"Nous admettons que, suite à votre intervention auprès des actionnaires, des versements importants ont été effectués en amortissement des cotisations de l'année 2009. Il n'empêche qu'un solde de CHF 55'249.30 reste dû pour 2009. De plus, la société n'a pas versé un seul acompte pour la dernière période d'exploitation (1^{er} janvier 2010 au 30 avril 2010).

L'importance des sommes encore dues et tenant compte du fait que la société débitrice était confrontée à des problèmes financiers depuis plusieurs années sans toutefois prendre les dispositions d'assainissement adéquates (des poursuites ont dû être engagées régulièrement depuis début 2007), la négligence grave et intentionnelle s'applique dans ce cas d'espèce. Ceci d'autant plus qu'aucun dividende ne pourra être attribué à notre créance produite dans la faillite d'Y._____. Confirmation qui nous a été donnée aujourd'hui par Monsieur [...], préposé de l'Office des poursuites de La Côte, à Nyon."

B. Par acte du 19 janvier 2012 de son conseil l'avocat Me Albert J. Graf, R._____ a recouru contre cette décision en concluant principalement à l'annulation, le recourant étant libéré de toute réparation du dommage. Subsidiairement, il a conclu à l'annulation et au renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour nouvelle instruction et décision dans le sens des considérants de l'arrêt à rendre. Le recourant a requis que l'entier du dossier de la caisse lui soit remis pour consultation et qu'un délai pour le dépôt d'un mémoire complémentaire lui soit fixé. Sur le fond, il a repris l'argumentation développée dans son opposition, à savoir que la faillite est due à l'introduction de l'interdiction de fumer dans les établissements publics, de sorte qu'aucune négligence grave ou

intentionnelle ne peut être retenue à son encontre dans le dommage subi par la caisse du fait de la faillite.

Par réponse du 23 février 2012, la caisse a conclu au rejet du recours. Tout en reprenant les motifs développés dans sa décision sur opposition, elle a insisté sur le fait qu'il ressortait clairement du relevé de compte au 22 février précédent que la situation financière de la société Y._____ s'était aggravée à partir du mois de janvier 2009, le solde des cotisations dues étant passé de 36'137 fr. 35 au 1^{er} janvier 2009 à 150'327 fr. 80 au moment de la remise de commerce.

Dans sa réplique du 4 juin 2012, le recourant a principalement fait valoir que l'organe de révision de la société Y._____ avait été radié en date du 13 octobre 2009, qu'à cette date, il n'y avait pas lieu de déposer le bilan, de sorte qu'il n'avait pas de mesures particulières à prendre à ce moment-là, alors même que les fêtes de fin d'année avaient toujours été très lucratives en permettant de finir l'année comptable avec de bons chiffres; relevant que la faillite avait été prononcée huit mois après la radiation de l'organe de révision, lequel n'avait pas donné d'ordre de faillite à l'époque de sa radiation, il a fait valoir que la faillite était de nature conjoncturelle et qu'il n'y avait pas matière à retenir une faute à son encontre en sa qualité d'employeur.

Par duplique du 5 juillet 2012, la caisse a confirmé ses conclusions. Elle a relevé en particulier que le recourant avait systématiquement violé les prescriptions concernant son obligation de renseigner et n'avait pas respecté les délais de paiement prévus à l'art. 34 al. 3 RAVS de façon répétée. Ces violations avaient eu pour effet d'augmenter la dette de la société dont il était l'administrateur envers la caisse, d'autant qu'il avait formé opposition à toutes les mises aux poursuites, ce qui allongeait la procédure d'encaissement. La caisse a encore souligné le fait qu'au moment de l'entrée en vigueur de la loi vaudoise sur l'interdiction de fumer, le 15 septembre 2009, l'arriéré de cotisations de la société Y._____ s'élevait déjà à 120'000 francs.

E n d r o i t :

1. a) La voie du recours de droit administratif au Tribunal cantonal est ouverte contre une décision sur opposition prise par une caisse de compensation en application de l'art. 52 LAVS. Le tribunal des assurances du canton dans lequel l'employeur est domicilié est compétent pour traiter le recours (art. 52 al. 5 LAVS). Dans le canton de Vaud, la procédure de recours est régie par la LPA-VD (loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36). Cette loi attribue à la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal la compétence pour statuer sur les recours interjetés conformément aux art. 56 ss LPGA ([loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1]; cf. art. 93 al. 1 let. a LPA-VD).

Le recours a été déposé dans les trente jours dès la notification de la décision litigieuse (art. 95 LPA-VD) et respecte les autres conditions de recevabilité. Il convient donc d'entrer en matière.

b) Le litige porte sur le droit de l'intimée au paiement d'un montant total de 92'141 fr. 65 (55'248 fr. 30 + 36'893 fr. 35) par le recourant, à titre de réparation du dommage subi ensuite du non-paiement de l'entier des cotisations sociales dues par Y. _____ pour la période allant du 1^{er} janvier 2009 au 30 avril 2010. La valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr., la présente cause relève de la compétence de la cour de céans composée de trois membres (art. 94 al. 4 LPA-VD).

2. Le recourant prétend que les conditions de la responsabilité, selon l'art. 52 LAVS, ne sont pas réunies en ce qui le concerne. Il conteste ainsi le principe de la condamnation à payer le montant litigieux, sans critiquer le calcul de la caisse de compensation, ni le fait que ce montant restait dû, à la date de la décision attaquée, au titre des cotisations sociales en relation avec l'exploitation de la société dont il était l'administrateur. En l'absence de tout grief relatif au montant du dommage

subi par l'intimée du fait des cotisations sociales impayées par Y. _____ - pour l'année 2009 et la période du 1^{er} janvier 2010 au 30 avril 2010 -, et vu les pièces au dossier, il convient de tenir pour établi que ce dommage est de 92'141 fr. 65.

3. a) Aux termes de l'art. 52 al. 1 LAVS, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas les prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation. La prescription entrant en considération dans le cas particulier est celle de l'art. 14 al. 1 LAVS, qui - en corrélation avec les art. 34 ss RAVS (règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.101) - 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 (cf. ATF 132 III 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).

b) Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom. Dans le cas d'une société anonyme, la notion d'organe responsable selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui ressort de l'art 754 al. 1 CO ([loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième: Droit des obligations), RS 220]; "responsabilité à l'égard de la société, des actionnaires et créanciers sociaux, des membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion et de la liquidation"). La responsabilité incombe donc non seulement aux administrateurs, mais aussi aux organes de fait, à savoir les personnes qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante. Dans cette dernière éventualité, il faut cependant que la personne en question ait eu la possibilité de causer

un dommage ou de l'empêcher, en d'autres termes qu'elle ait exercé effectivement une influence sur la marche des affaires de la société (ATF 132 II 523 consid. 4.5 et les arrêts cités).

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 (employeur). Ce n'est que lorsque celui-ci, en l'occurrence la société anonyme, n'est plus à même de remplir ses obligations, autrement dit est insolvable, que la caisse est fondée à agir contre les organes responsables (ATF 113 V 256, consid. 3c; TF, H 234, 237 et 239/02 arrêt du 16 avril 2003, consid. 6.3 et la référence citée).

En matière de cotisations, qui représentent le champ d'application principal de cette disposition légale, un dommage se produit lorsque l'employeur ne déclare pas à l'AVS tout ou partie des salaires qu'il verse à ses employé et que les cotisations correspondantes se trouvent ultérieurement frappées de péremption selon l'art. 16 al. 1 LAVS, ou lorsque des cotisations demeurent impayées en raison de l'insolvabilité de l'employeur. Dans la première éventualité - qui n'est pas réalisée dans le cas d'espèce - le dommage est réputé survenu au moment de l'avènement de la péremption. Dans la seconde, le moment déterminant est celui 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; 121 III 382, consid. 3/bb; 113 V 256; 112 V 156, consid. 2; 108 V 189, consid. 2d). 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).

En l'espèce, la faillite de la société Y._____, dont le recourant était l'administrateur unique avec signature individuelle, a été prononcée le 13 juillet 2010. C'est donc ce jour-là que, conformément à la jurisprudence précitée, est née la créance de la caisse intimée en réparation du dommage dû au non-paiement de la totalité des cotisations sociales du 1^{er} janvier 2009 au 30 avril 2010. Les décisions en réparation

du dommage, datées du 20 octobre 2011, ont ainsi été rendues en temps utile, ce qui n'est du reste pas contesté.

c) Pour que l'organe, formel ou de fait, 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 une 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 causé. La négligence grave est admise très largement par la jurisprudence. S'en rend coupable l'employeur qui ne tient pas compte de ce que toute personne sensée, se trouvant dans la même situation et les mêmes circonstances, aurait considéré (ATF 108 V 199; 98 V 26). Le degré de diligence à exiger doit être mesuré à l'aune de ce qui est généralement attendu ou peut et doit être attendu, en matière commerciale, de la catégorie d'employeurs à laquelle appartient le recourant (ATF 108 V 199 op. cit.; 103 V 113; 98 V 26 op. cit.). Ainsi, lorsque l'employeur est une société anonyme, il convient en principe de soumettre l'obligation de diligence à des exigences sévères. On attendra cependant une plus grande vigilance du président du conseil d'administration et seul organe exécutif d'une petite entreprise qu'on ne le fera du membre du conseil d'administration d'une grande entreprise avec large répartition des fonctions et délégation étendue des pouvoirs (RCC 1983 p. 106, consid. 3a). Il y a présomption de négligence grave lorsque des cotisations ont été retenues sur les salaires et n'ont pas été versées à la caisse de compensation.

S'agissant en particulier du non-paiement intentionnel des cotisations paritaires, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'existe pas d'obligation de réparer le dommage si l'employeur peut justifier son comportement en invoquant des circonstances spéciales, pour autant qu'il ait de bonnes raisons de penser pouvoir payer plus tard, dans les délais, les cotisations dues (ATF 108 V 189, consid. 2b; 108 V 186; RCC 1985 p. 603 et 647; RCC 1983 p. 100). Lorsqu'un employeur n'a pas de raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable, le retard dans le paiement desdites

cotisations en vue du maintien en vie de l'entreprise est considéré par la jurisprudence comme constitutif d'une faute intentionnelle entraînant l'obligation de réparer le dommage (ATF 108 V 183; RCC 1992 p. 261, consid. 4b et la référence; RCC 1985 p. 602, consid. 3a). De jurisprudence constante, il n'est pas admissible de faire supporter le risque inhérent au financement d'une entreprise par l'assurance sociale (ATF 108 V 189 op. cit., consid. 4). Un tel comportement, qui constitue précisément un cas de négligence grave sanctionné par l'art. 52 LAVS, n'est nullement protégé par la jurisprudence. Tel est le cas de l'employeur qui a désintéressé les créanciers les plus pressants pendant de nombreux mois, au détriment des intérêts de la caisse de compensation.

4. En l'espèce, le recourant semble ne pas avoir saisi la portée de l'art. 52 LAVS et de la jurisprudence y relative, ainsi que la nature des griefs que lui adresse l'intimée. En particulier, nonobstant l'absence d'indication de l'organe de révision de la société au moment de sa dissolution à la fin de l'année 2009, il lui incombait de veiller, en sa qualité d'administrateur unique, à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés fussent effectivement payées à la caisse de compensation.

En particulier, le fait que l'organe de révision, radié le 13 octobre 2009, n'ait pas donné "d'ordre de faillite" à l'époque de sa radiation ne dispense pas le recourant de sa responsabilité d'administrateur, qui était de veiller au respect de ses obligations de droit public, particulièrement en matière de paiement des cotisations sociales. Par ailleurs, contrairement à ce que le recourant soutient, on ne saurait considérer qu'il n'avait pas "à prendre de mesures particulières à ce moment-là, alors même que les fêtes de fin d'année avaient toujours été très lucratives en permettant de finir l'année comptable avec de bons chiffres". Bien au contraire, du fait de l'entrée en vigueur de la loi vaudoise prohibant la fumée dans les établissements publics en septembre 2009, il lui appartenait de s'assurer que la société serait en mesure de s'acquitter de ses engagements d'employeur nonobstant la baisse de fréquentation, partant la diminution du chiffre d'affaires, que tout administrateur

d'établissement public pouvait et devait anticiper. Le fait d'être intervenu auprès des actionnaires afin qu'ils libèrent des liquidités pour éponger une partie de la dette de cotisations sociales – qui s'élevait, avant ce versement, à environ 150'000 fr. – ne suffit pas non plus à considérer que le recourant a pris toutes les mesures que la situation nécessitait, puisque la dette en question a continué à gonfler et que plus aucune cotisation sociale n'a été payée en 2010. Enfin, avec l'intimée, il faut admettre que la société Y. _____ était en proie à des difficultés financières chroniques depuis le début de l'année 2008 pour le moins, soit à une époque où il était encore possible de fumer dans les établissements publics, de sorte que le recourant ne peut pas se retrancher derrière l'argument de l'espoir de réaliser un bon chiffre d'affaires durant les fêtes de fin d'année pour se disculper. En tout état de cause, le paiement de l'entier de l'arriéré des cotisations sociales était conditionné à la réussite d'un véritable plan de sauvetage de la société, ce qu'un administrateur diligent eut compris.

En résumé, les conditions de la responsabilité du recourant à l'égard de la caisse intimée sont réalisées. Les moyens soulevés par ce dernier à l'encontre de la décision attaquée sont mal fondés.

5. Vu ce qui précède, les conclusions du recourant sont mal fondées et c'est à juste titre que l'intimée a exigé la réparation d'un dommage total de 92'141 fr. 65, soit 55'248 fr. 30 correspondant aux cotisations dues pour l'année 2009 et 36'893 fr. 35 correspondant à celles dues pour l'année 2010. Il s'ensuit que le recours doit être rejeté et la décision entreprise confirmée.

En vertu du droit fédéral, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens, ni au recourant, qui succombe (art. 55 al. 1 LPA-VD et 61 let. g LPGA), ni à la caisse (cf. ATF 128 V 323).

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

- I. Le recours est rejeté.
- II. La décision sur opposition rendue le 6 décembre 2011 par L._____ Caisse de compensation est confirmée.
- III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires ni alloué de dépens.

Le président :

La greffière :

Du

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

- Me Albert J. Graf, avocat à Nyon (pour le recourant),
- L._____ Caisse de compensation, à Aarau,
- Office fédéral des assurances sociales, à Berne,

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).

La greffière :