

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 8 décembre 2009

Présidence de M. JOMINI, juge unique
Greffier : M. Greuter

Cause pendante entre :

H._____, à [...], recourant, représenté par Me Yves Hofstetter, avocat à Lausanne,

et

CAISSE D._____, à [...], intimée, représentée par Me Benoît Bovay, avocat à Lausanne.

Art. 52 LAVS

E n f a i t :

A. Le Président du Tribunal d'arrondissement de Lausanne a prononcé le 25 octobre 2007 la faillite de la société T._____ SA, à [...]. D'après le registre du commerce, cette société, fondée en 1997 pour l'exploitation d'une entreprise [...], avait comme directeur, dès l'origine, H._____ - avec signature collective à deux, un second directeur, R._____, pouvant engager la société aux mêmes conditions. P._____ était administrateur de la société depuis le 21 mars 2003.

Selon le jugement prononçant la faillite, T._____ SA avait avisé le juge le 25 juillet 2005 de son état de surendettement (art. 725 CO) et l'ajournement de la faillite avait été ordonné, puis prolongé jusqu'au 15 juin 2007. La cessation de l'état de surendettement a été constatée et la procédure a pris fin. Mais le 4 septembre 2007, un créancier a requis la faillite. Par courrier du 24 septembre 2007 au Président du Tribunal d'arrondissement, T._____ SA a fait état de retards importants dans les encaissements de ses débiteurs, en particulier des montants réclamés à la société Q._____ SA à [...], à hauteur de 622'559 fr. 87 (en relation avec plusieurs chantiers). A l'audience du 25 octobre 2007, le mandataire de T._____ SA a exposé qu'elle menait constamment des tractations avec Q._____ SA - en étant prête à consentir une diminution de sa facture pour un des chantiers -, mais T._____ SA n'a entamé aucune procédure au fond contre ce créancier. Le Président du Tribunal d'arrondissement a considéré qu'il apparaissait que les pourparlers engagés entre les deux sociétés étaient aléatoires et nullement sur le point d'aboutir dans un avenir déterminé; aucun élément ne permet de supposer que T._____ SA bénéficierait, à terme, d'un règlement des créances qu'elle fait valoir à l'égard de Q._____ SA.

Le jugement de faillite retient encore - en relation avec une proposition de concordat - que l'activité seule de la société ne permettait pas, à ce moment-là, de générer des actifs suffisants, tous les employés, à

l'exception des directeurs, ayant été licenciés pour être engagés par des sous-traitants.

B. Comme employeur, T._____ SA versait les cotisations AVS à la caisse D._____, agence AVS [...] (ci-après: la Caisse).

Le 30 juillet 2008, la Caisse a adressé à H._____ une décision de réparation du dommage fondée sur l'art. 52 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants; RS 831.10). Elle se réfère aux renseignements obtenus de l'office des faillites, qui laissent présumer que ses décisions de taxation, pour la période de janvier 2006 au jour de la faillite, ne seront pas couvertes. Pour cette période, la Caisse estime son dommage à 29'200 fr. 55. Cette décision fixe à l'intéressé un délai au 3 septembre 2008 pour payer la somme précitée.

H._____ a formé opposition.

La Caisse a rendu le 29 septembre 2008 une décision sur opposition. Elle a rejeté l'opposition (ch. I du dispositif) et dit que la décision en réparation du dommage du 30 juillet 2008 était maintenue (ch. II), H._____ étant débiteur de la somme de 23'271 fr. 50, valeur échue (ch. III).

Dans les motifs, la décision retient que la créance de la Caisse à l'encontre de T._____ SA (produite dans la faillite) s'élève à 31'291 fr., correspondant à des cotisations impayées. Il est fait mention d'une première décision de réparation du dommage (décision du 7 août 2007, précisée le 10 janvier 2008), exigeant de H._____ le paiement de 8'091 fr. 50. Cette décision comporte le passage suivant:

"En l'espèce, les cotisations en souffrance ne pouvaient plus être perçues selon la procédure ordinaire en raison de la faillite de la société T._____ SA dès le 25 octobre 2007. Dans la mesure où l'office des faillites a annoncé, par circulaire du 27 mai 2008, que seul un dividende de 10% pourrait être versé aux créanciers de 1^{re} classe, la Caisse de compensation subit un dommage du fait de l'insolvabilité de l'employeur. L'insolvabilité de T._____ SA étant établie, la créance en réparation du dommage peut être dirigée contre les organes de la société. Par conséquent, en tant que

directeur de la société faillie, H._____ répond du dommage en cause."

C. Par acte du 15 octobre 2008, H._____ a recouru au Tribunal des assurances contre la décision sur opposition. Il demande au tribunal d'annuler cette décision et de constater que la Caisse n'a aucun droit ni aucune créance découlant de l'art. 52 LAVS dans le cadre de la faillite de T._____ SA contre lui. Il soutient que les conditions d'une responsabilité selon l'art. 52 LAVS ne sont pas remplies. A titre de mesure d'instruction, il requiert la production par l'office des faillites du dossier complet de la faillite de T._____ SA.

La Caisse conclut au rejet du recours. Dans son mémoire de réponse, elle précise notamment ce qui suit:

"De l'établissement de la décision d'assujettissement suite à un contrôle de l'employeur effectué le 17 novembre 2008, la Caisse a réduit sa prétention et sa production dans la faillite de 915 fr. 75, la ramenant à 30'375 fr. 25.

[...]

Le dommage total de la Caisse s'élevant, au jour de la décision, à 31'291 fr. et H._____ étant déjà tenu, par des décisions définitives et exécutoires, de réparer la somme de 8'091 fr. 50, la décision sur opposition que conteste ici le recourant porte sur le solde du dommage de la Caisse, soit la somme de 23'271 fr. 50. Ce montant peut aujourd'hui être réduit de 915 fr. 75, comme indiqué ci-dessus et ramené à 22'355 fr. 75."

Les parties ont confirmé leurs conclusions lors d'un second échange d'écritures.

E n d r o i t :

1. **a)** Les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; RS 830.1) s'appliquent à l'AVS (art. 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 sont sujettes à recours auprès du tribunal des assurances compétent (art. 58 LPGA). Le recours doit être déposé dans les trente

jours suivant la notification de la décision sujette à recours (art. 60 al. 1 LPGA).

b) La loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; RSV 173.36), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 et qui s'applique aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD), est immédiatement applicable dans la présente cause (voir la disposition transitoire de l'art. 117 al. 1 LPA-VD). La Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, qui succède au Tribunal des assurances, est compétente pour statuer (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD). La valeur litigieuse étant inférieure à 30'000 fr., la cause est de la compétence du juge instructeur statuant en tant que juge unique (art. 94 al. 1 let. a LPA-VD).

c) Les conditions de recevabilité du recours sont, en l'espèce, manifestement remplies et il y a lieu d'entrer en matière.

2. Le recourant prétend que les conditions de la responsabilité, selon l'art. 52 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants; RS 831.10), ne sont pas réunies en ce qui le concerne. En substance, il fait valoir qu'il y aurait lieu de rechercher prioritairement l'administrateur de la société. Il reproche à la Caisse de n'avoir pas expliqué pourquoi un directeur serait un organe de fait disposant de davantage de pouvoir de gestion qu'un administrateur. Par ailleurs, il se prévaut de la jurisprudence selon laquelle la responsabilité de la personne qui avait des raisons sérieuses et objectives de penser que la société pourrait s'acquitter de sa dette de cotisations dans un délai raisonnable, n'est pas engagée; il se réfère à "la dette reconnue par Q._____ SA, selon ce qui semble-t-il figure dans le dossier de l'office des faillites".

a) Aux termes de 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. La prescription entrant en considération dans le cas particulier est celle de l'art. 14 al. 1 LAVS, qui 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 d'employeur (cf. ATF 132 III 523, consid. 4.4). Il n'est pas contesté que des cotisations dues n'ont pas été payées, pendant la période litigieuse, et partant que l'assurance - soit la caisse de compensation intimée - a subi un dommage.

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 (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 mémoire de recours se borne à des considérations générales ou abstraites au sujet des rôles respectifs, dans une société anonyme, de l'administrateur et du directeur. Le recourant a donné davantage d'explications sur le fonctionnement de la société dans son mémoire complémentaire. Il se décrit comme un entrepreneur actif "sur le plan opérationnel et non administratif"; l'essentiel de son activité consistait à trouver et à faire fonctionner les chantiers. Il effectuait lui-même les paiements de la société mais cette tâche n'était pas "sous sa propre et seule responsabilité" car toutes les décisions ayant des implications financières étaient discutées au cours d'une séance hebdomadaire réunissant les deux directeurs et l'administrateur.

Il apparaît ainsi clairement, sur la base de cette description du fonctionnement de la société, que le recourant avait une influence déterminante sur la gestion de la société, notamment sur le versement des cotisations AVS. Aucun élément du dossier ne permettrait de considérer que ce directeur n'avait qu'un rôle subalterne dans la gestion. La Caisse intimée était donc fondée à lui reconnaître la fonction d'un organe de fait. Au demeurant, après la faillite de la société, la responsabilité subsidiaire des organes pouvait être engagée.

Le recourant fait valoir que d'autres personnes étaient également responsables de la gestion de la société, en premier lieu son administrateur. Toutefois, le régime de l'art. 52 LAVS prévoit la solidarité des différents responsables, de telle sorte que la caisse de compensation peut rechercher alternativement l'un ou l'autre des organes, en lui réclamant la réparation de la totalité du dommage (ATF 134 V 306, consid. 3.1). Aussi la décision attaquée n'est-elle pas critiquable de ce point de vue.

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 subi. La négligence grave est admise très largement par la jurisprudence. 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, 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. Enfin, la jurisprudence estime 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 arrêts cités).

Pour justifier le non-paiement de cotisations durant la période litigieuse, le recourant fait valoir qu'il avait des raisons sérieuses et objectives de penser que la société pourrait s'acquitter de sa dette dans un délai raisonnable. Il ne prétend pas que la marche des affaires allait reprendre (nouveaux chantiers, etc.) mais il invoque la perspective que la société avait d'encaisser des montants importants payés par la société Q. _____ SA, sur la base d'une "dette reconnue" censée figurer dans le dossier de l'office des faillites.

Or, il ressort suffisamment clairement du dossier de la présente cause - notamment du jugement de faillite - que la société ne pouvait pas se prévaloir d'une reconnaissance de dette de Q. _____ SA, et qu'un paiement, après des "pourparlers aléatoires", ne pouvait pas être attendu de manière suffisamment certaine. Cet élément ne permet pas de considérer que l'employeur avait des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter de sa dette de cotisations dans un délai raisonnable (cf. ATF 132 III 523, consid. 4.6; TFA H 244/04 du 21 février 2006, consid. 4.2). L'employeur a non seulement violé ses obligations, mais s'est montré gravement négligent au sens où l'entend la jurisprudence concernant l'art. 52 al. 1 LAVS. Les conditions de la responsabilité du recourant, comme organe, à l'égard de la caisse de compensation sont donc réalisées.

d) S'agissant du montant du dommage, le recourant ne conteste pas directement le résultat du calcul de la Caisse, dans la décision attaquée. Dans la réponse, la Caisse a modifié le montant réclamé, en faveur du recourant (22'355 fr. 75, au lieu de 23'271 fr. 50). Elle a cependant conservé le même mode de calcul, à savoir la différence entre le montant de sa prétention dans la faillite de la société, d'une part, et le montant déjà fixé dans une décision précédente, d'autre part. Or, un

calcul exact de cette différence donne le résultat suivant: 30'375 fr. 25 - 8'091 fr. 50 = 22'283 fr. 75. Il y a lieu de rectifier le calcul de la caisse dans ce sens, vu la différence de 72 fr. en faveur du recourant. Le recours doit donc être partiellement admis dans cette mesure. Le ch. III du dispositif de la décision sur opposition doit ainsi être réformé en ce sens que le montant de la créance en réparation du dommage est arrêté à 22'283 fr. 75.

3. Le présent arrêt doit être rendu sans frais (art. 61 let. a LPGA). Comme l'admission partielle du recours résulte non pas d'une admission des griefs présentés par le recourant mais de rectifications du montant du dommage, sur la base d'indications données spontanément par la Caisse intimée et d'un calcul effectué d'office par la Cour de céans, il n'y a pas lieu d'allouer des dépens (art. 91 et 99 LPA-VD).

**Par ces motifs,
le juge unique
prononce :**

- I. Le recours est partiellement admis et la décision sur opposition rendue le 29 septembre 2008 par la caisse D._____ est réformée en ce sens que le montant de la créance en réparation du dommage est arrêté à 22'283 fr. 75 (vingt-deux mille deux cent huitante-trois francs et septante-cinq centimes).
- II. Il n'est pas perçu de frais judiciaires.
- III. Il n'est pas alloué de dépens.

Le juge unique:

Le greffier:

Du

L'arrêt qui précède est notifié à:

- Me Yves Hofstetter (pour H. _____),
- Me Benoît Bovay (pour la caisse D. _____),
- Secrétariat d'Etat à l'économie,

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: