

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 13 juillet 2011

Présidence de Mme PASCHE
Juges : MM. Jomini et Neu
Greffière : Mme Barman

Cause pendante entre :

MASSE EN FAILLITE DE J._____, p.a. Office des poursuites et faillites de l'arrondissement de [...], à [...], recourante, représentée par Me Jean-Luc Tschumy, avocat à Lausanne,

et

CAISSE AVS S._____, à Lausanne, intimée.

Art. 12 LAVS; 219 al. 4 LP

E n f a i t :

A. La société J._____, créée le 22 mai 1984, avait pour but l'exploitation d'entreprises de nettoyage de bureaux et désinfection de locaux. Elle a été déclarée en faillite le 15 février 2005. L'Office des poursuites et faillites de l'arrondissement de [...] (ci-après: l'Office) a été autorisé à liquider cette faillite en la forme sommaire par décision de la présidente du Tribunal d'arrondissement de [...] du 12 avril 2005.

Le 30 août 2005, la Caisse AVS S._____ (ci-après: la caisse) a produit une créance d'un montant de 1'050'860 fr. 65, indiquant que sa production bénéficiait du privilège légal en 2^e classe. S'agissant du titre et de la date de la créance, elle indiquait: "Cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC/AF et assurance-maternité genevoise. Période: Années 2003-2004 et 2005".

La créance produite par la caisse a été admise à l'état de collocation de la faillite de J._____ à hauteur de 1'050'860 fr. 65, en 2^e classe.

L'état de collocation de la faillite de J._____ a été déposé le 12 janvier 2007, puis à nouveau le 29 octobre 2007, et à nouveau le 17 octobre 2008.

L'Office a ensuite établi le compte des frais et le tableau de distribution des deniers provisoire en vue du règlement des créances de 1^{ère} classe. Les montants y figurant ont été virés aux ayants droit le 5 décembre 2008.

Le 17 mars 2009, l'Office a adressé aux créanciers une circulaire n° 4 qui indiquait notamment que le dividende prévu pour les créances de 2^e classe avoisinait les 60%.

Le 18 mars 2009, la caisse a adressé à l'Office un courrier à la teneur suivante:

"[...] Nous nous permettons de vous rappeler qu'en cas de versement d'un dividende de votre part pour les salaires produits en 1^{ère} classe, il est de la responsabilité de votre Office de verser auprès de notre Caisse AVS les cotisations y relatives. Nous joignons à la présente une correspondance de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) du 22 décembre 2008.

De ce fait, et dans le cas où un dividende serait octroyé aux ex-employés de J. _____, nous vous serions gré de bien vouloir nous adresser un décompte des salaires payés par la masse en faillite, ceci afin que nous puissions vous adresser notre décompte de cotisations."

Etait joint à cet envoi une correspondance de l'OFAS du 14 janvier 2009, qui prévoyait ce qui suit:

"Nous accusons réception de votre courrier du 22 décembre 2008 dans lequel vous sollicitez une détermination de l'OFAS quant à la retenue des charges sociales sur le dividende en faillite. Nous vous communiquons volontiers ce qui suit.

Les dividendes versés par la masse en faillite doivent être considérés comme des salaires et sont soumis à cotisation. L'administration de la masse en faillite ou l'Office des faillites doit ainsi prélever les cotisations paritaires même lorsqu'il s'agit de dividendes de salaires (ATF 102 V 156).

L'employeur est tenu de verser l'entier des cotisations paritaires à la caisse de compensation (art. 51 LAVS). Ainsi, le prélèvement des cotisations se fait à la source. Est considéré comme employeur selon l'art. 12 LAVS celui qui verse une rémunération au salarié. En cas de faillite, le failli ne peut pas être considéré comme employeur. En effet, le failli perd le droit de disposer des biens de la masse en vertu de l'art. 204 LP. Il n'est donc pas susceptible de verser ces montants. Seul l'Office des faillites (art. 236 LP), voire l'administration de la faillite (art. 240 LP), est autorisé à gérer les biens et donc à verser ces montants. Il revient donc à l'Office des faillites, resp. l'administration de la faillite, de prélever l'entier des cotisations paritaires car il reprend le rôle de l'employeur en vertu de l'art. 12 LAVS.

Le chiffre marginal 6054 DP indique précisément la marche à suivre si l'administration de la faillite octroie un dividende sur les salaires produits. La caisse de compensation doit alors s'adresser à l'administration de la faillite et inviter celle-ci à déduire la cotisation du salarié sur les dividendes alloués en couverture des créances de salaire et à verser ces montants à la caisse. La procédure du n° 6054 DP correspond donc à la première hypothèse évoquée dans votre courrier.

Si l'Office des faillites ou l'administration de la masse se refuse à prélever les cotisations sur les dividendes des salaires, la caisse de compensation doit rendre une décision, à l'encontre de la masse représentée par l'Office des faillites ou l'administration de la faillite, qui fixe les cotisations paritaires sur les dividendes de salaires (art. 240 LP; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillites, Editions Payot Lausanne, 2001, ad. Art. 240 LP). Une opposition peut ensuite être formée contre cette décision (art. 52 LPGA)."

Par courrier du 2 avril 2009, l'Office a informé la caisse que les salariés, plus de trois cents, avaient été admis à l'état de collocation pour leurs salaires nets et payés le 5 décembre 2008. Partant, si la caisse entendait déposer un complément de production tardivement, en 2^e classe, l'Office lui faisait savoir qu'il tenait à sa disposition les seize classeurs fédéraux contenant les productions et les décomptes en relation avec ces salaires, et que le dossier serait mis en clôture sans nouvelles de sa part d'ici au 23 avril 2009. Par ailleurs, l'Office rappelait que le dividende probable calculé à ce jour pour les créances de 2^e classe était de l'ordre de 60%.

Le 24 avril 2009, la caisse a adressé à l'Office une nouvelle production annulant et remplaçant celle du 30 août 2005, s'élevant à 1'082'099 fr. 05, indiquant comme titre de la créance ou cause de l'obligation: "Cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC/AF, assurance-maternité genevoise, intérêts, frais de sommation et frais de poursuite. Périodes: Cotisations 2003-2004-2005. Motif de la modification: établissement du décompte du 24 avril 2009 sur la base des salaires produits dans le cadre de ladite faillite".

Le même jour, la caisse a adressé à l'Office une décision par laquelle elle arrêta à 23'246 fr. 30 le montant des cotisations paritaires en sa faveur, correspondant à la part retenue sur le salaire des employés. Cette décision avait la teneur suivante:

"Nous référant aux dividendes versés par votre Office sur les salaires produits dans le cadre de la faillite susmentionnée, nous établissons ci-dessous le décompte final des cotisations paritaires dues, correspondant à la part retenue sur le salaire des employés.

Salaires versés

Fr. 384'236.97

Cotisations AVS/AI/APG retenues	5.05%	s/Fr.	384'236.97
Fr. 19'403.95			
Cotisations AC retenues	1.00%	s/Fr.	384'236.97
<u>3'842.35</u>			<u>Fr.</u>
Total en faveur de la Caisse			<u>Fr.</u>
<u>23'246.30</u>			

Vous avez la possibilité de former opposition contre la présente décision auprès de la Caisse dans un délai de 30 jours à compter de sa notification. L'opposition écrite doit être motivée et contenir des conclusions. Ce montant devra être versé en même temps que les dividendes alloués aux ex-employés de la société J._____.

En effet, conformément au chiffre 6054 des Directives sur la perception des cotisations dans l'AVS, AI et APG, votre Office est responsable du paiement des cotisations."

Le 24 avril 2009, la caisse a également rendu une décision arrêtant à 31'238 fr. 40 le montant des cotisations paritaires lui étant dues, correspondant à la part employeur.

Par courrier recommandé du 22 mai 2009, l'Office a formé opposition aux décisions de la caisse du 24 avril 2009, en précisant notamment ce qui suit:

"Pour ce qui concerne votre production complémentaire de fr. 31'238.40, l'administration de la faillite statuera prochainement par le dépôt d'un état de collocation complémentaire.

Pour ce qui concerne le paiement réclamé de fr. 23'236.30 [recte: 23'246.30], l'administration de la faillite de J._____ s'oppose formellement à un règlement par dettes de la masse, en se basant, notamment, sur la partie droit de la décision de la Commission de surveillance des offices des poursuites et faillites du canton de Genève du 26 juillet 2005, dont nous vous remettons photocopie en annexe, en référence notamment à son chiffre 3.d.

A toute fin utile, nous vous informons que l'état de collocation complémentaire sera déposé à partir du 10 juin prochain. Cas échéant, il y aurait lieu de nous faire parvenir une nouvelle production complémentaire de 23'236 fr. 30 [recte: 23'246 fr. 30]."

Par décision sur opposition du 18 juin 2009, la caisse a rejeté l'opposition formée par l'Office.

B. Par acte du 17 juillet 2009 de son mandataire, la masse en faillite de J._____, représentée par son administration, l'Office des poursuites et faillites de l'arrondissement de [...], a recouru contre la décision sur opposition rendue le 18 juin 2009 par la caisse, en concluant à son annulation, subsidiairement à sa réforme en ce sens que le montant de 23'246 fr. 30 correspondant à la part "employé" des cotisations paritaires retenues sur les dividendes versés aux employés dans la faillite de J._____ est inscrit à l'état de collocation de la faillite de J._____ en 2^e classe. Elle mentionne, à titre préliminaire, que ce n'est pas le calcul auquel la caisse a procédé le 24 avril 2009, aboutissant à un total en sa faveur de 23'246 fr. 30, qui pose problème, mais bien la qualification de cette prétention. A cet égard, elle soutient qu'il ne s'agit pas d'une dette de la masse, mais d'une dette de la faillie qui doit être colloquée en 2^e classe conformément à l'art. 219 al. 4 LP. Elle expose ensuite que l'office des faillites, en sa qualité d'administration de la masse en faillite, n'est pas l'employeur, au sens de l'art. 11 LPGA, des créanciers ayant produit leurs créances de salaires et ayant été colloquées en 1^{ère} classe. Faute d'avoir repris les contrats de travail conclus par la faillie avec ses employés, elle n'a jamais été "celui qui emploie des salariés". Elle en déduit que n'étant pas employeur, elle ne saurait être tenue de verser l'entier des cotisations paritaires à la caisse en application de l'art. 51 LAVS. De plus, elle explique que l'art. 219 al. 4, 2^e classe let. b LP ne distingue pas, s'agissant des créances de cotisations sociales, entre la part employeur et la part employés desdites cotisations. Dans un nouveau grief, elle fait valoir que les prétentions salariales des ex-employés de J._____ portent, dans leur quasi-totalité, sur des montants relatifs à la rémunération due pour la période antérieure à la faillite et que l'intimée n'a pas distingué dans la décision attaquée la part des cotisations paritaires relatives à des montants en relation avec les prétentions salariales nées postérieurement à la faillite. Enfin, elle explique que sa façon de procéder est conforme à la jurisprudence rendue par l'Autorité de surveillance genevoise dans une affaire similaire, ainsi qu'à la pratique des offices des faillites vaudois, pratique clarifiée dans une note du 25 juin 2008 [recte: 25 juillet 2008] du Secrétariat général de l'ordre judiciaire (SGOJ) qu'elle produit. Elle en conclut que l'intimée ne saurait se fonder sur le chiffre 6054 des Directives

DP n° 318.102.04 de l'OFAS dès lors que celles-ci sont contraires, sur ce point, aux dispositions légales définissant, en matière d'assurances sociales, qui doit être considéré comme employeur, ainsi qu'aux dispositions légales de la LP relatives à la définition des créances au bénéfice du privilège de 2^e classe et à la jurisprudence relative à la définition des dettes de la masse.

Dans sa réponse du 10 septembre 2009, la caisse conclut au rejet du recours. Elle explique qu'il revient en cas de faillite à l'office des faillites ou à l'administration de la faillite, qui reprend le rôle de l'employeur selon l'art. 12 LAVS, de prélever l'entier des cotisations paritaires en cas de versements de dividendes correspondant aux salaires produits dans le cadre de la faillite. Elle se réfère pour le surplus au chiffre 6054 des Directives de l'OFAS sur la perception des cotisations ainsi qu'à l'ATF 102 V 156. Elle en déduit que les dividendes versés par l'Office dans le cadre de la masse en faillite de J._____ sont assimilés à des salaires au sens de l'AVS et doivent faire l'objet du prélèvement des cotisations à la source. Enfin, elle relève que les décomptes fixant les dividendes démontrent que l'Office a bien déduit la part "employé" des cotisations AVS/AI/APG et AC des productions des salariés et donc versé un dividende net. Il s'est en conséquence substitué à l'employeur et doit ainsi verser à la caisse la part de cotisations retenue à hauteur de 23'246 fr. 30. Quant à la part de cotisations de l'employeur, elle doit être admise en 2^e classe à hauteur de 31'238 fr. 40.

Il n'y a pas eu d'autres échanges d'écriture.

Le dispositif du présent arrêt a été communiqué le 13 juillet 2011 aux parties.

E n d r o i t :

1. Interjeté dans le délai légal de trente jours suivant la notification de la décision entreprise (art. 60 al. 1 LPGA [loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1]), le recours a été déposé en temps utile. Il y a lieu d'entrer en matière sur le fond.

2. Au terme de la décision sur opposition attaquée, la caisse intimée a pris la conclusion suivante: "la Caisse maintient sa décision de cotisations du 24 avril 2009 d'un montant de Fr. 23'246.30".

Les décisions initiales du 24 avril 2009, intitulées "décompte des cotisations dues", ont pour objet de fixer une créance de cotisations, quant à son existence et quant à son montant, afin d'une production dans la faillite. La première décision établit le décompte final des cotisations paritaires dues, correspondant à la part retenue sur le salaire des employés, soit un montant de 23'246 fr. 30. La seconde décision établit le décompte final des cotisations dues pour la part employeur. La présente contestation ne porte cependant que sur la première décision, la seconde décision n'ayant pas fait l'objet de l'opposition.

3. Tant dans la décision initiale que dans la décision sur opposition, la caisse intimée a arrêté à 23'246 fr. 30 le montant des cotisations paritaires en sa faveur, correspondant à la part retenue sur le salaire des employés. Les dispositifs y relatifs ne donnent aucune instruction à l'administration de la faillite. Cette dernière ne peut ainsi prétendre être directement contrainte de compter la prétention litigieuse comme une dette de la masse. De même, on ne voit pas, à la lecture de la décision sur opposition, ce qui l'empêcherait d'inscrire le montant de 23'246 fr. 30 à l'état de collocation de la faillite de J. _____ en 2^e classe, comme elle le requiert à titre de conclusion subsidiaire dans son recours.

4. Il sied de rappeler que les décisions prises par l'administration de la faillite, notamment en matière de liquidation de la masse, sont attaquables par la voie de la plainte, conformément à l'art. 17 LP (loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite, RS

281.1) (Nicolas Jeandin/Philipp Fischer, Commentaire romand de la Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, 2005, art. 240 LP n° 8).

Selon les Directives sur la perception des cotisations dans l'AVS, AI et APG de l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après: OFAS), les exceptions soulevées contre l'exécution forcée des créances de cotisations fixées dans une décision passée en force ne doivent pas être jugées par les autorités juridictionnelles de l'AVS, mais par le juge civil compétent pour les litiges du droit de poursuite ou par les autorités de recours en matière de poursuite pour dettes et de faillite (Directives DP n° 6004). Toutefois, le tribunal cantonal des assurances peut examiner de telles questions à titre préjudiciel ("vorfrageweise") (Directives DP n° 6005).

En l'occurrence, les parties s'accordent sur le bien fondé de la créance de 23'246 fr. 30, tant quant à son principe que quant à sa quotité. En effet, la recourante précise d'emblée, dans le recours du 17 juillet 2009, qu'elle ne conteste pas le montant dû à titre de cotisations paritaires correspondant à la part retenue sur le salaire des employés. Demeure ainsi seule litigieuse la qualification de cette prétention, à savoir si elle doit être colloquée en première ou en deuxième classe, selon qu'il s'agit d'une dette de la masse ou d'une dette de la faillie.

Il appert ainsi que la qualification de la prétention n'est pas litigieuse au regard du droit public des assurances sociales, puisqu'il est admis qu'il s'agit de cotisations dues selon le droit fédéral (part "employé"). De surcroît, il est admis que les dividendes versés aux anciens employés sont soumis à cotisations, conformément à la jurisprudence de l'ATF 102 V 156. Il en découle que la qualification de la prétention est litigieuse au sens de la LP.

5. Il convient toutefois d'examiner si la décision sur opposition contient une décision préjudicielle que la Cour de céans pourrait alors revoir.

Dans la motivation de sa décision du 18 juin 2009, la caisse intimée énonce le chiffre 6054 des Directives DP, lequel mentionne l'obligation pour la Caisse AVS d'inviter l'administration de la faillite à prélever les cotisations du salarié sur les dividendes alloués en couverture des créances de salaire et à lui verser ces montants. Cependant, l'intimée n'a pas pris position - ou à tout le moins pas de manière claire - sur la question de la qualification de la créance au sens de la LP.

Quoi qu'il en soit, les créances de cotisations doivent faire l'objet d'une production dans la faillite (art. 219 al. 4, 2^e classe let. b LP). On ne saurait dès lors déduire des directives de l'OFAS que le prélèvement des cotisations s'impose même sans production. La production par la Caisse AVS peut notamment être faite sous la forme de la transmission d'une décision de cotisations, comme l'a faite l'intimée. L'administration de la faillite est ensuite légitimée à former opposition à l'encontre de la décision de cotisations, compte tenu du fait qu'elle remplace, à ce stade de la procédure, l'employeur failli. Elle reste au demeurant compétente pour déterminer le sort de cette production, en application des règles de la LP.

Il découle de ce qui précède que la recourante ne conteste pas le dispositif de la décision attaquée et ne s'en prend qu'à une partie de la motivation (cf. Directive DP n° 6054) qui ne constitue cependant pas une décision préjudicielle sur une qualification des prétentions au sens de la LP. Les arguments disputés dans le recours n'apparaissent ainsi pas du ressort de la Cour des assurances sociales, mais doivent être portés, le cas échéant, devant la juridiction compétente en matière de contestation de l'état de collocation. Partant, ses griefs ne peuvent qu'être écartés.

6. En définitive, le recours doit être rejeté et la décision sur opposition du 18 juin 2009 confirmée.

Il n'y a pas lieu de percevoir des frais de justice (art. 61 let. a LPGA) ni d'allouer des dépens, dès lors que la recourante n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA et 55 al. 1 LPA-VD [loi cantonale

vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative, RSV 173.36]).

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

- I. Le recours est rejeté.
- II. La décision rendue le 18 juin 2009 par la Caisse AVS S. _____ est confirmée.
- III. Il n'est pas perçu de frais judiciaires ni alloués de dépens.

La présidente :

La greffière :

Du

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

- Me Jean-Luc Tschumy (pour J. _____)
- Caisse AVS S. _____
- 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).

La greffière :