

**COUR DES ASSURANCES SOCIALES**

---

---

Arrêt du 16 février 2011

---

Présidence de M. MÉTRAL  
Juges : MM. Michellod et Berthoud, assesseur  
Greffière : Mme Favre

\*\*\*\*\*

Cause pendante entre :

**D.** \_\_\_\_\_, à Vevey, recourant, représenté par Me Eric Stauffacher, avocat  
à Lausanne,

et

**CAISSE CANTONALE VAUDOISE DE COMJPENSATION AVS**, à Clarens,  
intimée.

---

**Art. 52 LAVS**

**E n f a i t :**

**A.** Le 10 mai 2007, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a prononcé la faillite de la société anonyme A.\_\_\_\_\_, dont le siège social se trouve à Vevey. D'après un extrait du registre du commerce, D.\_\_\_\_\_ (ci-après: le recourant) occupait la fonction de secrétaire administrateur, avec signature collective à deux, depuis l'année 2000 jusqu'à la date de la faillite de la société. P.\_\_\_\_\_, dont la faillite personnelle aurait été prononcée le 2 juillet 2009, en était le président, avec signature individuelle.

Comme employeur, la société A.\_\_\_\_\_ était affiliée à la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS (ci-après: la CCVD ou la caisse).

Dès le début de l'année 2006, la société précitée n'a plus fait face à ses obligations notamment en ce qui concerne le paiement des cotisations AVS/AI/APG/AC. Elle a bénéficié d'un ajournement de faillite prononcé par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois le 14 décembre 2006 (cf. décision d'ajournement de faillite du 19 décembre 2006).

Le 21 août 2007, la caisse a produit une créance de 150'328 fr. 15 dans le cadre de la faillite de la société A.\_\_\_\_\_.

Le 9 octobre 2007, la caisse a adressé au recourant et à P.\_\_\_\_\_ 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), et estimait son dommage à 147'046 fr. 20, dont une part pénale de 71'626 fr. 45.

L'opposition formée par le recourant le 9 novembre 2007 a été rejetée le 24 juillet 2009 dans une décision qui relève notamment ce qui suit:

## "EN FAIT

Suite à la faillite de la société mentionnée en titre notre Caisse subit un dommage au sens de l'article 52 LAVS de Fr. 147'046.20, pour lequel elle a pris la décision mentionnée ci-dessus.

Le 9 novembre 2007, vous avez formé opposition pour le compte de M. D.\_\_\_\_\_, secrétaire du conseil d'administration, invoquant notamment qu'il y aurait un dividende, que M. D.\_\_\_\_\_ n'avait plus de pouvoir décisionnel depuis fin 2003, que [...] n'avait pas attiré l'attention de M. D.\_\_\_\_\_ sur le fait que les charges sociales étaient impayées, que la L.\_\_\_\_\_ au bénéfice d'une cession des débiteurs s'était remboursée grâce à une facture importante, privant la société de ses liquidités et que M. D.\_\_\_\_\_ n'avait aucun moyen d'imposer sa volonté vu l'imbrication des sociétés et le fait que toute la structure reposait quasiment entièrement entre les mains de M. P.\_\_\_\_\_ et d'organes de fait, comme vous désignez [...] et la L.\_\_\_\_\_.

Par lettre du 14 novembre 2007, nous avons mis en suspens le traitement de ce dossier et celui de [...], car il était supposé qu'un versement de dividende pouvait intervenir.

Selon indications fournies par l'Office des faillites le 27 février 2009, il y aura un dividende de 100 % pour [...], mais pas de dividende de deuxième classe pour A.\_\_\_\_\_.

Nous vous avons écrit le 9 avril 2009 pour vous donner ce renseignement et pour vous informer que M. P.\_\_\_\_\_ n'entendait pas que M. D.\_\_\_\_\_ soit déchargé de sa responsabilité.

Le 2 juin 2009, vous avez soutenu que M. P.\_\_\_\_\_ avait caché la situation réelle de la société à votre client et confirmé les termes de votre opposition.

## EN DROIT

### Dispositions applicables

Conformément à 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.

Le Tribunal fédéral des assurances a étendu cette responsabilité de l'employeur aux organes qui ont agi en son nom.

#### Examen des arguments de l'opposant

Pour la société mentionnée en titre et comme mentionné ci-dessus, il n'y aura pas de dividende de deuxième classe. Si ce devait contre toute attente être le cas, il en serait tenu compte et le dividende serait porté en déduction du dommage.

Il est inexact que M. D.\_\_\_\_\_ n'a plus de pouvoir décisionnel depuis fin 2003. En effet, il est membre du conseil d'administration et/ou directeur financier de toutes les sociétés du groupe selon inscriptions au Registre du commerce et selon renseignements fournis par M. P.\_\_\_\_\_. Ce dernier affirme même que M. D.\_\_\_\_\_ a mis en place la structure holding, dont les comptes indiquaient clairement les dettes à l'égard des assurances sociales. De plus, ce n'est pas parce qu'il ne disposait que d'une signature collective que ses obligations d'administrateur s'en trouvent réduites. Au cas où un administrateur ne s'estime pas en mesure d'accomplir ses tâches, il lui incombe de faire en sorte d'y parvenir, à défaut de démissionner. La jurisprudence constante du Tribunal fédéral à l'égard des tâches intransmissibles du conseil d'administration rend vaine la tentative de M. D.\_\_\_\_\_ de reporter sa responsabilité sur de prétendus administrateurs de fait. En qualité d'administrateur de la société, parfaitement au courant des comptes, tant de la société que consolidés, il appartenait à M. D.\_\_\_\_\_ de veiller à ce que les charges sociales soient payées, surtout qu'une importante part de celles-ci étaient retenues sur les salaires et qu'elles ont donc été détournées au sens de l'art. 87 LAVS par les administrateurs. L'importance de la part pénale (Fr. 71'626.45) signifie au moins une négligence grave des administrateurs selon la jurisprudence.

Dans ces circonstances, votre opposition ne peut être admise."

**B.** Par acte du 14 septembre 2009, D.\_\_\_\_\_ a recouru contre cette décision en concluant à son annulation. Il fait valoir en substance avoir perdu toute influence sur la marche de la société dès 2003, la direction étant assumée exclusivement par P.\_\_\_\_\_. Il ajoute qu'un curateur ayant été nommé le 19 décembre 2006, il n'est pas responsable du fait que le créancier L.\_\_\_\_\_ (la L.\_\_\_\_\_) ait été désintéressé avant la CCVD.

Dans sa réponse du 12 octobre 2009, la CCVD a conclu au rejet du recours pour les motifs explicités dans la décision attaquée. Elle a requis l'appel en cause de P.\_\_\_\_\_.

Le recourant a confirmé ses conclusions dans ses déterminations du 4 janvier 2010.

### **E n d r o i t :**

**1. a)** Les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale des assurances sociales (LPGA; RS 830.1) s'appliquent à l'AVS (art. 1 LAVS). 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<sup>er</sup> 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).

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

**2.** Dans sa réponse du 12 octobre 2009, l'intimée a requis que P.\_\_\_\_\_ soit invité à participer à la présente procédure en se référant sur ce point à la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 134 V 306). Cette jurisprudence exige que l'on invite les autres administrateurs tenus pour responsables du dommage à participer à la procédure, de manière à leur

permettre de sauvegarder leurs droits. Ils risquent en effet de voir leur situation péjorée en cas d'admission du recours, puisqu'ils perdent un codébiteur solidaire. En l'occurrence, vu le sort du recours, les droits des autres administrateurs ne sont pas mis en péril, de sorte que l'on peut renoncer à les appeler en cause.

**3.** Sur le fond, le recourant prétend que les conditions de la responsabilité, selon l'art 52 LAVS ne sont pas réalisées en l'espèce.

**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 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). 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 ([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).

**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 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).

**4.** Le recourant soulève plusieurs arguments, reposant sur diverses allégations de fait, qu'il convient d'examiner.

**a)** Le recourante allègue en premier lieu que bien qu'il ait été formellement administrateur de la société A. \_\_\_\_\_ jusqu'à la faillite prononcée le 10 mai 2007, il n'exerçait plus cette fonction, concrètement, à partir du 1<sup>er</sup> avril 2003.

Contrairement à ce que soutient le recourant, il a continué à exercer sa fonction de membre du conseil d'administration de la société postérieurement au mois d'avril 2003, comme cela ressort de plusieurs

procès-verbaux figurant au dossier (séance de A.\_\_\_\_\_ du 4 juillet 2006, assemblée générale ordinaire et assemblée générale extraordinaire de A.\_\_\_\_\_ du 4 juillet 2006). Par ailleurs, indépendamment de l'activité réelle du recourant au sein de ce conseil d'administration, il n'en a pas formellement démissionné avant la faillite de la société. Comme administrateur, il lui appartenait notamment d'exercer la haute direction de la société et d'établir les instructions nécessaires, ainsi que d'exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer, notamment, qu'elles observent la loi, les statuts et les instructions données; ces attributions étaient intransmissibles et inaliénables (art. 716a al. 1 ch. 1 et ch. 5 CO). De jurisprudence constante, elles impliquent que l'administrateur d'une société anonyme ne peut se dégager de sa responsabilité en invoquant le fait que la gestion était en réalité entièrement confiée à un autre membre du conseil d'administration ou à un tiers (jurisprudence relative à «l'homme de paille» au sein d'un conseil d'administration: cf. ATF 122 III 195 consid. 3b; RDAT 2003, II, p. 243 et sv. consid. 2.4).

**b)** Le recourant soutient également que dès la nomination du curateur, intervenue lors de l'ajournement de la faillite prononcé par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois à l'audience du 14 décembre 2006, il n'avait plus de pouvoir au sein de la société, le curateur contrôlant et décidant l'affectation des liquidités.

Contrairement à ce que soutient le recourant, la désignation d'un curateur par le juge de l'ajournement de la faillite ne l'exonère pas de sa responsabilité. Selon le dispositif de la décision d'ajournement datée du 19 décembre 2006, le curateur s'est en effet vu confier la mission «de surveiller les activités de la société, de remettre un rapport détaillé de la situation de la société d'ici au 15 juin 2007, au plus tard, ainsi que de prévenir immédiatement le Président de céans si la situation devait se péjorer». Le juge a donc essentiellement confié au curateur une mission de surveillance, sans limiter autrement les responsabilités et les pouvoirs confiés aux membres du conseil d'administration de la société.

Le recourant voit par ailleurs dans la décision du 19 décembre 2006 d'ajournement de faillite, une confirmation du fait que les administrateurs avaient de bonnes raisons d'espérer pouvoir s'acquitter de l'arriéré des cotisations sociales après des difficultés de trésorerie passagères. Ce point de vue ne saurait être suivi. L'ajournement de la faillite a été prononcé une fois constaté un état de surendettement de la société au sens de l'art. 725 al. 2 CO. En d'autres termes, les difficultés financières de A.\_\_\_\_\_ allaient bien au-delà d'un simple manque passager de liquidités et le paiement de l'arriéré des cotisations sociales était conditionné à la réussite d'un véritable plan de sauvetage de la société. Les perspectives d'assainissement, même réelles, ne pouvaient pas être garanties.

**c)** Le recourant expose ensuite que la créance litigieuse porte sur des cotisations dues pour les années 2006 et 2007, et que la société A.\_\_\_\_\_ aurait traversé soudainement, en automne 2006, d'importantes difficultés de trésorerie, mais qu'elle comptait néanmoins sur le paiement de créances importantes par deux débiteurs, soit I.\_\_\_\_\_ (plus d'un millions de francs) et l'Etat de Vaud (353'379 fr.), ce qui laissait réellement espérer le paiement des cotisations sociales arriérées.

Le recourant semble appuyer ses espoirs de règlement des dettes vis-à-vis des assurances sociales sur un rapport de révision de A.\_\_\_\_\_ du 27 juillet 2006, dont il ressort que la société I.\_\_\_\_\_ était un client important de A.\_\_\_\_\_. La dette de ce client envers A.\_\_\_\_\_ était à cette époque de l'ordre de 260'000 fr. et A.\_\_\_\_\_ traversait des difficultés de trésorerie, qui risquaient d'être aggravées en cas de non-paiement de ses dettes par I.\_\_\_\_\_. Les fonds propres d'A.\_\_\_\_\_ (y compris la créance contre I.\_\_\_\_\_) représentaient à l'époque une valeur de l'ordre de 960'000 fr. de sorte que le réviseur a considéré que le non-paiement de la dette de I.\_\_\_\_\_ n'impliquait pas une situation de surendettement. Il n'en demeure pas moins que le rapport de révision ne permettait pas au recourant de considérer que le paiement ultérieur des dettes vis-à-vis des assurances sociales était assuré. Il devait au contraire prendre en considération le risque d'aggravation des difficultés de

trésorerie auxquelles faisait déjà face la société en juillet 2006. Par la suite, la société n'a pas réduit les risques liés à I.\_\_\_\_\_, mais est au contraire devenue dépendante de la solvabilité de cette débitrice, dont la dette vis-à-vis de A.\_\_\_\_\_ était de l'ordre d'un million de francs en novembre 2006 (cf. décision d'ajournement de faillite du 19 décembre 2006, p. 3).

**d)** Finalement, le recourant prétend que dans l'hypothèse où le curateur n'avait pas donné son aval à un paiement de la dette de l'Etat de Vaud (de l'ordre de 350'000 fr.) envers A.\_\_\_\_\_, sur le compte de la société auprès de la L.\_\_\_\_\_, celle-ci n'aurait pas pu procéder à une compensation pour éteindre ou réduire sa propre créance vis-à-vis A.\_\_\_\_\_. Le montant versé par l'Etat de Vaud aurait ainsi permis d'assainir la société et de payer l'arriéré des cotisations sociales.

Le recourant perd de vue qu'il a lui-même précisé dans son opposition du 24 juillet 2009 que la L.\_\_\_\_\_ était au bénéfice d'une cession générale de créances, de sorte que A.\_\_\_\_\_ pouvait difficilement s'opposer à ce paiement, sauf à contester la validité de la cession, contestation qu'il appartenait en premier lieu aux administrateurs de soulever, le cas échéant. Au demeurant, rien n'indique que le montant de la créance en question aurait permis d'acquitter l'arriéré des cotisations sociales eu égard aux autres créances produites dans la faillite.

En résumé, les moyens soulevés par le recourant à l'encontre de la décision attaquée sont mal fondés.

**e)** S'agissant du montant du dommage, le recourant ne conteste pas le résultat du calcul de la caisse intimée, de sorte que le montant de 147'046 fr. 20 doit être confirmé.

**4.** Vu ce qui précède, le recours est rejeté, ce qui entraîne la confirmation de la décision attaquée.

Il n'y a pas lieu de percevoir de frais de justice, la procédure de recours étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), ni d'allouer de dépens au recourant, qui succombe (art. 61 let. g LPGA et 55 LPA-VD).

**Par ces motifs,  
la Cour des assurances sociales  
p r o n o n c e :**

- I. Le recours est rejeté.
  
- II. La décision rendue le 24 juillet 2009 par la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS est confirmée.
  
- III. Il n'est pas perçu de frais de justice 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 Eric Stauffacher (pour M. D. \_\_\_\_\_)
- Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS
- 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 :