

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Décision du 8 août 2012

Présidence de Mme RÖTHENBACHER, juge unique
Greffier : Mme Parel

* * * * *

Cause pendante entre :

R._____, à Lausanne, recourant, représenté par Me Paul-Arthur Treyvaud,
avocat à Yverdon-les-Bains

et

CAISSE DE COMPENSATION M._____, représentée par la Fédération
H._____, à Tolochenaz, intimée, représentée par Me Benoît Bovay, avocat
à Lausanne

Art. 94 al. 1 let. c LPA-VD

Vu la décision rendue le 13 septembre 2004 par la Caisse de compensation M._____ (ci après : la Caisse), représentée par la Fédération H._____ levant l'opposition formée par R._____ à une décision en réparation du dommage du 21 juillet 2004,

vu le recours formé le 7 octobre 2004 par R._____ à l'encontre de cette décision,

vu les échanges ultérieurs d'écritures,

vu les audiences tenues les 3 mars et 1^{er} décembre 2009,

vu les procès-verbaux des auditions des témoins,

vu la convention passée les 23 et 26 août 2010 entre la Caisse et R._____, dont la teneur est la suivante :

"Préambule

Par décision du 21 juillet 2004, la Caisse de compensation M._____ (ci- après la Caisse) a réclamé à R._____ la réparation du dommage qu'elle subissait en raison de l'insolvabilité de la société C._____ au sens de l'article 52 LAVS, à concurrence d'un montant de CHF 709'279.20.

Par décision sur opposition du 13 septembre 2004, la Caisse a levé l'opposition formée par R._____ le 19 août 2004, confirmé la décision en réparation du dommage du 21 juillet 2004 et reconnu l'opposant débiteur de la somme de CHF 709'279.20. R._____ a recouru auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal contre cette décision.

La Cour des assurances sociales a tenu audience le 1^{er} décembre 2009. La cause a été suspendue pour permettre aux parties de tenter de trouver un arrangement.

Les pourparlers engagés par les parties ont abouti à l'accord suivant, après avoir précisé que le montant du dommage s'élève à CHF 687'634.55.

L.- Etant donné sa situation financière, R._____ versera à la Caisse de compensation M._____ un montant de CHF 50'000.- (cinquante mille francs) d'ici au 30 septembre 2010 pour solde de tout compte du fait du dommage causé à la Caisse par l'insolvabilité de la société C._____.

Moyennant exécution de ce qui précède, la Caisse de compensation renonce à tout autre ou plus ample paiement et prétention à l'égard de R._____.

II.- Vis-à-vis des autres débiteurs recherchés, la Caisse de compensation s'engage à porter en déduction de sa créance en réparation du dommage le montant qui sera versé par R. _____ conformément au chiffre I ci-dessus.

II.- Par la signature de la présente convention, R. _____ déclare retirer le recours qu'il a déposé le 7 octobre 2004 auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal contre la décision sur opposition rendue par la Caisse de compensation le 13 septembre 2004.

IV.- La présente convention est soumise à la ratification du Juge instructeur de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, étant précisé que chaque partie garde ses frais de justice et renonce à l'allocation de dépens."

vu l'arrêt rendu le 17 février 2011 par la juge unique de la Cour des assurances sociales, prenant acte de la convention des 23 et 26 août 2010 et du retrait du recours,

vu l'arrêt rendu le 26 janvier 2012 par le Tribunal fédéral, annulant l'arrêt du 17 février 2011 et renvoyant la cause à la Cour des assurances sociales,

vu les pièces au dossier;

considérant qu'il résulte de la décision sur opposition rendue le 13 septembre 2004 que la société C. _____ a été inscrite au Registre du commerce le 13 septembre 2000,

qu'elle avait pour but toute activité dans le domaine de la construction,

que le recourant a été nommé directeur de cette société en septembre 2001, sans être inscrit au Registre du commerce,

qu'après une procédure d'ajournement de faillite, la faillite de la société a été prononcée le 7 janvier 2003,

que le montant de 709'270 fr. 20, dont le recourant est débiteur selon la décision sur opposition querellée, représente les cotisations sociales impayées, augmentées des intérêts;

considérant qu'en vertu de l'art. 52 al. 1 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.10), l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse de compensation, est tenu à réparation,

que si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom (ATF 123 V 12, consid. 5b p. 15 et les références),

que selon la jurisprudence, les personnes qui sont formellement ou légalement organes d'une personne morale entrent en principe toujours en considération en tant que responsables subsidiaires, aux conditions de l'art. 52 LAVS,

que pour que la responsabilité de l'employeur soit engagée au sens de l'art. 52 LAVS, il faut que le dommage soit né de la violation de prescriptions, celle-ci étant souvent représentée par le fait que l'employeur n'a pas satisfait à son obligation de payer les cotisations et de régler les comptes et les paiements, telle qu'elle est prévue à l'article 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 ss RAVS (règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.101; ATF 103 V 120; RCC 1978 p. 259),

que le Tribunal fédéral a en effet déduit de l'article 14 al. 1 LAVS que l'employeur, tenu de décompter et de payer les cotisations, remplit ce faisant une tâche de droit public, dont la violation engage sa responsabilité ou, le cas échéant, celle de ses organes (ATF 103 V 120 précité; 118 V 193, consid. 2a; voir aussi ATF 119 V 87),

que de plus, l'employeur doit avoir causé le dommage intentionnellement ou par négligence grave, une négligence seulement légère ne suffisant pas,

que commet une négligence grave 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 (cf. notamment, outre les arrêts déjà cités, ATF 98 V 26, RCC 1972 p. 687; ATF 108 V 199, RCC 1983 p. 106),

que 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 ou défendeur (ATF 98 V 26 précité; ATF 103 V 113, RCC 1978 p. 259; ATF 108 V 199 précité),

qu'ainsi, lorsque l'employeur est une société anonyme, il convient en principe de soumettre l'obligation de diligence à des exigences strictes,

qu'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),

qu'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,

que 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 163, RCC 1983 p. 100; ATF 108 V 189, consid. 2b; RCC 1985 p. 602, consid. 2; RCC 1985 p. 645, consid. 3a),

que 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. 259, consid. 4b et la référence; RCC 1985 p. 602, consid. 3a),

que 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 183 précité, consid. 4),

qu'un tel comportement, qui constitue précisément un cas de négligence grave sanctionné par l'article 52 LAVS, n'est nullement protégé par la jurisprudence de l'arrêt publié aux ATF 108 V 183 précité,

que 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,

que 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)

que la responsabilité incombe donc non seulement aux membres du conseil d'administration, mais aussi aux organes de fait, c'est-à-dire à toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation de la société, à savoir celles 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,

que 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 128 III 29 consid. 3a p. 30 et les références; voir également TFA, H 234/02 arrêt du 16 avril 2003 consid. 7.3, in REAS 2003 p. 251 et TF, 9C_1086/2009 arrêt du 15 juillet 2010);

considérant en l'espèce que le témoin V._____, administrateur de la société dès sa création jusqu'en été 2002, a déclaré qu'il lui était difficile de déterminer le rôle exact du recourant, celui-ci ayant sans doute été choisi en raison de sa connaissance du marché de La Côte,

que ce témoin ne peut exclure que le recourant n'ait pas assisté à toutes les séances du Conseil d'administration;

considérant que le témoin X._____, directeur de la société dès sa création jusqu'en septembre 2001, a déclaré que le recourant avait été choisi en raison de sa connaissance dans la maçonnerie,

que de l'avis du témoin, le recourant s'occupait des domaines techniques mais non de la comptabilité, qui n'était pas de son ressort,

que le témoin a précisé que le recourant prospectait et remplissait les soumissions mais ne s'occupait pas de tout ce qui était administratif et financier;

considérant que le témoin O._____, curateur de la société durant la procédure d'ajournement de faillite, a exposé qu'à son souvenir, le recourant remplissait le rôle d'un directeur technique, étant actif sur ce plan-là, et non sur le plan administratif, tout en précisant n'avoir été dans la société que de manière sporadique;

considérant que le témoin F._____, administrateur de la société de sa création à sa faillite, a déclaré que le recourant avait été choisi comme directeur d'une part parce qu'il connaissait bien le domaine

de la maçonnerie et d'autre part, parce qu'il pouvait amener des affaires à la société,

que le témoin a précisé que le recourant préparait les soumissions et dirigeait les différents secteurs de la société, ce qui lui prenait beaucoup de temps, mais qu'il ne prenait pas la décision de payer les factures;

considérant que le témoin B._____, directeur d'une entreprise qui était en relation avec la société faillie et connaissant le recourant dans ce cadre, a expliqué qu'il croyait savoir que le recourant avait été engagé en raison de ses connaissances dans le domaine de la maçonnerie et des connaissances qu'il avait sur La Côte,

que l'activité du recourant était donc technique,

qu'elle consistait à faire de la prospection et à remplir les soumissions, le recourant n'ayant pas d'autres tâches directives,

que d'ailleurs, les tâches techniques dévolues au recourant ne lui auraient pas laissé le temps d'avoir d'autres activités compte tenu de la taille de l'entreprise;

considérant que le témoin N._____, comptable de la société du 1^{er} juillet 2001 jusqu'à la faillite, a indiqué qu'à son avis, une très grande part de l'activité du recourant ressortait du domaine technique,

que si le recourant pouvait émettre un avis sur les factures devant être payées en priorité, il n'avait pas le dernier mot;

considérant que le témoin K._____, chef de projet chez W._____, société mandatée pour tenter de trouver des solutions à la situation de la société faillie, n'a pu préciser si l'activité du recourant était plutôt technique ou administrative;

considérant qu'il résulte des témoignages exposés ci-dessus que la qualité d'organe de fait du recourant telle qu'exposée par la jurisprudence pour qu'une responsabilité selon l'art. 52 LAVS soit reconnue (cf. TF, 9C_1086/2009 arrêt du 15 juillet 2010) est pour le moins discutable,

que la convention passée entre les parties tient compte de la situation financière du recourant, raison pour laquelle celui-ci s'est reconnu débiteur de la Caisse de 50'000 francs,

que, de surcroît, R._____ a déclaré retirer son recours par la signature de la convention,

qu'il résulte des éléments de fait et de droit exposés ci-dessus que la convention est conforme aux circonstances de fait de la cause et à la loi et qu'elle tient compte de l'intérêt des parties,

que rien, dès lors, ne s'oppose à son approbation;

qu'il convient dès lors de prendre acte la convention,

que les parties ont renoncé à l'allocation de dépens,

que la cause doit ainsi être rayée du rôle.

**Par ces motifs,
la juge unique
p r o n o n c e :**

- I. Prend acte de la convention passée les 23 et 26 août 2010 par R._____ et la Caisse de compensation M._____ et du retrait du recours.

II. Dit que la cause divisant R._____ et la Caisse de compensation M._____ est rayée du rôle.

III. Rend le présent prononcé sans frais ni allocation de dépens.

La juge unique :

La greffière:

Du

La décision qui précède est notifiée à :

- Me Paul-Arthur Treyvaud, avocat à Yverdon-les-Bains (pour le recourant),
- Me Benoît Bovay, avocat à Lausanne (pour l'intimée),
- Office fédéral des assurances sociales, à Berne,

par l'envoi de photocopies.

La présente décision 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 :