

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 25 janvier 2016

Composition : M. MÉTRAL, président
Mme Feusi et M. Pittet, assesseurs
Greffier : M. Bohrer

* * * * *

Cause pendante entre :

A.F. _____, à [...], recourant,
B.F. _____, à [...], recourante,
représentés par Me Philippe Ciocca, avocat à Pully,

et

D. _____ **CAISSE AVS**, à [...], intimée.

Art. 14 al. 1, 52 al. 1 et 2 LAVS ; 24 al. 1 LPA-VD

E n f a i t :

A. La société P._____ Sàrl a été inscrite au Registre du commerce (ci-après : RC) le 18 novembre 2011. Elle avait pour but l'exploitation, la détention, l'achat et la vente d'établissements publics, tels que bars, cafés, restaurants, ainsi que la fourniture de tout service y relatif. Elle exploitait à ce titre le restaurant « [...] » à [...]. Cette société, en sa qualité d'employeur, a été affiliée auprès de D._____ Caisse AVS (ci-après : la caisse ou l'intimée).

Il ressort du RC que A.F._____ et B.F._____ ont été associés gérants avec signature collective à deux depuis la création de la société P._____ Sàrl.

Un troisième associé gérant, B._____, a été inscrit au RC en cette qualité lors de la création de la société avant d'être remplacé le 25 mai 2012 par C._____.

B. Le 23 mai 2013 par décision du Tribunal d'arrondissement de [...] a prononcé la faillite de la société P._____ Sàrl.

Le 12 décembre 2013, l'Office des faillites de l'arrondissement de [...] a délivré à la caisse un acte de défaut de biens établi dans le cadre de la procédure de liquidation de la société P._____ Sàrl pour un montant de 51'278 fr. 30 représentant différentes factures relatives à des cotisations sociales impayées en 2012 et 2013.

La faillite de la société P._____ Sàrl a été clôturée le 30 décembre 2013 et la société a été radiée d'office du RC le 8 janvier 2014.

C. a) Par deux décisions matériellement identiques du 10 janvier 2014, la caisse a réclamé à B.F._____ et A.F._____, solidairement entre eux, en leur qualité d'associés gérants de la société P._____ Sàrl,

la réparation du dommage qu'elle subissait du fait de la faillite de cette société à concurrence de 51'278 fr. 30. Il ressort de ces décisions que ce montant correspond, outre divers frais (administratifs, sommation) et intérêts moratoires, aux cotisations dues et impayées au titre de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS), l'assurance-invalidité (AI) et des allocations pour perte de gain (APG) ainsi que de l'assurance-chômage et des cotisations familiales pour les années 2012 et 2013.

Par deux courriers recommandés distincts du 10 février 2014, B.F._____ et A.F._____, par l'intermédiaire de leur conseil commun, ont formé opposition à l'encontre de ces décisions tant sur le fond que sur le montant réclamé par la caisse.

b) Par deux décisions matériellement identiques du 6 février 2015, la caisse a rejeté les oppositions de B.F._____ et de A.F._____ et a confirmé le montant réclamé de 51'278 fr. 30.

D. a) Par acte du 11 mars 2015 de son mandataire, A.F._____ a recouru contre la décision sur opposition le concernant en concluant à ce qu'elle soit réformée en ce sens que la procédure administrative ouverte à son encontre soit classée de manière immédiate.

Pour l'essentiel, A.F._____ allègue que la société P._____ Sàrl était organisée de telle sorte que sa gestion courante et celle du personnel revenaient à B._____ (respectivement à C._____ dès mai 2012), y compris les tâches administratives, B.F._____, son épouse, s'occupant du marketing et des relations avec les clients. Quant à lui, il indique que sa fonction était honorifique et liée à sa respectabilité et sa réputation à [...]. A ce titre, il fait valoir qu'il ne s'occupait pas de la gestion de ladite société dans les faits, ni de l'exploitation du restaurant « [...] », et que même s'il s'était occupé de surveiller au jour le jour la gestion administrative de B._____, ainsi que la situation financière de cette société, il n'aurait pas pu avoir connaissance des carences relevées, son coassocié lui ayant délibérément dissimulé la situation financière de la société et le non-paiement des cotisations sociales des employés. Dans ce

contexte, A.F._____ soutient qu'il n'aurait pas commis de négligence grave « en exerçant aucune surveillance à l'égard de la gestion de la société menée par B._____ », dès lors que les dissimulations et le comportement fautif de B._____ seraient la cause du dommage de la caisse et rompraient ainsi le lien de causalité entre son propre comportement et ce dommage.

Ce recours a été enregistré par la Cour de céans sous le numéro d'ordre AVS 10/15.

b) Par acte du 11 mars 2015 de son mandataire, B.F._____ a recouru contre la décision sur opposition la concernant en prenant les mêmes conclusions que celles de son mari et en faisant valoir les mêmes arguments que lui notamment s'agissant de la répartition des rôles entre les associés gérants de la société P._____ Sàrl, de sa méconnaissance de la situation financière de celle-ci du fait des dissimulations de B._____, de son absence de négligence grave « en exerçant aucune surveillance à l'égard de la gestion de la société menée par B._____ » et de la rupture du lien de causalité entre son comportement et le dommage encouru pas la caisse.

Ce recours a été enregistré par la Cour de céans sous le numéro d'ordre AVS 12/15.

c) Par deux réponses matériellement identiques du 20 avril 2015, D._____ Caisse AVS, a conclu à la jonction des causes AVS 10/15 et AVS 12/15, au rejet des deux recours et au maintien de ses deux décisions sur opposition du 6 février 2015.

E. Les arguments des parties seront repris dans la mesure utile.

E n d r o i t :

1. a) Les dispositions de la LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) s'appliquent à l'assurance-vieillesse et survivants (AVS), sous réserve de dérogations expresses (art. 1 LAVS [loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10]). Les décisions sur opposition ou contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours (art. 56 al. 1 LPGA), lequel doit être déposé dans les 30 jours dès la notification de la décision querellée (art. 60 al. 1 LPGA). Le tribunal des assurances compétent est celui du canton de domicile de l'assuré ou d'une autre partie au moment du dépôt du recours (art. 58 al. 1 LPGA).

b) Dans le canton de Vaud, la procédure de recours est régie par la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD ; RSV 173.36), qui s'applique notamment aux recours et contestations par voie d'action dans le domaine des assurances sociales (art. 2 al. 1 let. c LPA-VD) et prévoit à cet égard la compétence de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal (art. 93 al. 1 let. a LPA-VD).

c) En l'espèce, les recours, déposés en temps utile auprès de l'autorité compétente, sont au surplus recevables à la forme.

2. L'art. 24 al. 1 LPA-VD prévoit que l'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation de faits identique ou à une cause juridique commune. Dans la mesure où les recours du 11 mars 2015 se rapportent à une situation de faits identique et à une cause juridique commune, il convient de joindre les causes AVS 10/15 et AVS 12/15 et de se prononcer sur les deux recours dans un seul et unique arrêt.

3. Le litige porte sur le droit de l'intimée au paiement d'un montant de 51'278 fr. 30 par B.F._____ et A.F._____ (ci-après ensemble : les recourants), à titre de réparation du dommage subi ensuite du non-paiement de cotisations sociales par P._____ Sàrl pour les années 2012 et 2013.

4. a) L'art. 14 al. 1 LAVS (en corrélation avec les art. 34 ss RAVS [règlement fédéral du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.101]) prévoit que l'employeur doit déduire, lors de chaque paie, la cotisation du salarié et verser celle-ci à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation. Les employeurs doivent remettre périodiquement aux caisses les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de remettre les décomptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. Celui qui néglige de l'accomplir enfreint par conséquent les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 137 V 51 consid. 3.2 et les références citées).

b) Selon 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. L'art. 52 al. 2 LAVS, dans sa teneur depuis le 1^{er} janvier 2012 (RO 2011 4745, 4750), précise que si l'employeur est une personne morale, les membres de l'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à titre subsidiaire du dommage. Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles répondent solidairement de la totalité du dommage.

La nouvelle teneur de l'art. 52 al. 2 LAVS correspond à la pratique instaurée auparavant par le Tribunal fédéral, respectivement par l'ancien Tribunal fédéral des assurances. Selon la pratique de ces tribunaux, 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 et les références citées ; 122 V 65 consid. 4a ; 119 V 401 consid. 2 ; TF 9C_289/2009 du 19 mai 2010 consid. 2). À cet égard, 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. Le Tribunal

fédéral des assurances a ainsi reconnu la responsabilité non seulement des membres du conseil d'administration, mais également de l'organe de révision et des directeurs disposant d'un droit de signature individuelle d'une société anonyme, du gérant d'une société à responsabilité limitée, ainsi que celle du président, du responsable des finances et du gérant d'une association sportive (voir par exemple TFA H 34/04 du 15 septembre 2004 consid. 5.3.1 et les références citées ; TF 9C_289/2009 du 19 mai 2010 consid. 2). La responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS incombe aussi à toutes les personnes qui, sans être désignées formellement en qualité d'organes, prennent en fait les décisions réservées à ces derniers ou se chargent de la gestion proprement dite, soit les « organes de fait » (ATF 126 V 237 consid. 4 et les références citées ; TF 9C_289/2009 du 19 mai 2010 consid. 2).

S'agissant plus particulièrement de la responsabilité du gérant d'une société à responsabilité limitée, il convient de rappeler que l'art. 809 al. 1 CO (loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 ; RS 220) prévoit que les associés exercent collectivement la gestion de la société. Les statuts peuvent régler la gestion de manière différente, notamment la désignation des gérants. Ces derniers sont compétents pour toutes les affaires qui ne sont pas attribuées à l'assemblée des associés par la loi ou les statuts (art. 810 al. 1 CO). Ils ont notamment pour attributions intransmissibles et inaliénables celles d'exercer la haute direction de la société et d'établir les instructions nécessaires, de fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier ainsi que le plan financier, pour autant que celui-ci soit nécessaire à la gestion de la société ; ils doivent également exercer la surveillance sur les personnes chargées de parties de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données (art. 810 al. 2 ch. 1, 3 et 4 CO). Ces attributions imposent en particulier à l'associé gérant d'une société à responsabilité limitée de veiller, comme l'administrateur d'une société anonyme, à ce que les cotisations sociales soient régulièrement payées conformément à ce que prévoit l'art. 14 al. 1 LAVS, sans quoi sa responsabilité pour négligence grave est en principe engagée (ATF 126 V 237 ; Mélanie FRETZ, La responsabilité selon l'art. 52

LAVS : une comparaison avec les art. 78 LPGA et 52 LPP, in : HAVE/REAS 3/2009 p. 238).

c) En matière de cotisations, qui représentent le champ d'application principal de l'art. 52 LAVS, un dommage se produit lorsque l'employeur ne déclare pas à l'AVS tout ou partie des salaires qu'il verse à ses employés et que les cotisations correspondantes se trouvent ultérieurement frappées de péremption ou lorsque des cotisations demeurent impayées en raison de l'insolvabilité de l'employeur (ATF 123 V 12 consid. 5b et les références citées). Dans la première éventualité, le dommage est réputé survenu au moment de l'avènement de la péremption ; dans la seconde, au moment 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 et les références citées ; 121 III 382 consid. 3bb ; 111 V 172 consid. 3a). 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). Si la faillite n'est liquidée ni selon la procédure ordinaire ni selon la procédure sommaire, il faut admettre que la connaissance du dommage - né au moment de l'ouverture de la faillite - intervient en règle générale au moment de la suspension de la faillite faute d'actif, la date de la publication de cette mesure dans la FOSC étant déterminante (ATF 129 V 193 consid. 2.3 ; 123 V 12 consid. 5c).

Par ailleurs, 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, à savoir l'employeur. Ce n'est que lorsque celui-ci n'est plus à même de remplir ses obligations, autrement dit est insolvable, ou ne doit plus réparer le dommage pour une autre raison, que la caisse est fondée à agir contre les organes responsables (ATF 121 III 382 consid. 3bb ; 113 V 256 consid. 3c ; TFA H 234/02 du 16 avril 2003 consid. 6.3).

d) Pour que l'organe d'une société 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 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. Pour admettre une responsabilité de l'organe selon l'art. 52 LAVS, il ne suffit donc pas de se contenter de la constatation que les cotisations n'ont pas été payées par manque de liquidités, car cela reviendrait à admettre une responsabilité (objective) causale et non pas une responsabilité basée au moins sur une négligence grave (ATF 136 V 268 consid. 3 ; 121 V 243 consid. 5 ; TF 9C_330/2010 du 18 janvier 2011 consid. 3.3).

D'après la jurisprudence, est intentionnelle la faute de l'auteur qui a agi avec conscience et volonté. Se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui manque de l'attention qu'une personne raisonnable aurait observée dans la même situation et dans les mêmes circonstances (ATF 112 V 156 consid. 4 et les références citées). La négligence grave est admise très largement par la jurisprudence dans le cadre de l'art. 52 LAVS, notamment en raison de la position exceptionnelle de l'employeur et de ses organes. 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 ou d'une société à responsabilité limitée, 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. De surcroît, la jurisprudence retient 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 références citées ; au sujet de la négligence grave, cf. aussi ATF 98 V 26 consid. 6). Enfin, il convient de rappeler que celui qui se déclare prêt à assumer ou à

conserver un mandat d'administrateur, tout en sachant qu'il ne pourra pas le remplir consciencieusement, viole son obligation de diligence (cf. par exemple ATF 122 III 195 consid. 3b ; TF 9C_446/2014 du 2 septembre 2014 consid. 4.2).

e) Quant à la détermination du dommage, l'ampleur de ce dernier correspond au capital dont la caisse de compensation se trouve frustrée, auquel s'ajoute la perte des cotisations à l'assurance-chômage, les cotisations impayées aux caisses d'allocations familiales régies par le droit cantonal, ainsi que les frais de sommation et de poursuite encourus (cf. ATF 134 I 179, 121 III 382 consid. 3bb et 113 V 186). S'agissant des intérêts moratoires, ils sont dus en raison du retard dans le paiement des cotisations, si bien qu'ils font aussi partie du dommage (ATF 121 III 382).

5. a) En l'espèce, la société P._____ Sàrl ne s'est pas acquittée des cotisations sociales dues pour les années 2012 et 2013. A la suite de la faillite de cette société prononcée le 23 mai 2013, l'intimée réclame réparation de son dommage aux recourants, solidairement entre eux, sur la base de l'art. 52 LAVS. Les recourants remettent en cause leur responsabilité envers la caisse et invoquent en particulier ne pas s'être occupé effectivement de la gestion de cette société ni n'avoir été en mesure de la surveiller eu égard aux dissimulations dont se serait rendu coupable leur coassocié. Ils contestent ainsi le principe de la condamnation à payer le montant réclamé, sans critiquer le calcul de la caisse de compensation, ni le fait que le montant de 51'278 fr. 30 restait dû, à la date des décisions attaquées, au titre des cotisations AVS/AI/APG, de l'assurance-chômage et des cotisations familiales, en relation avec l'exploitation de la société P._____ Sàrl.

En l'occurrence, il ressort de l'extrait du RC relatif à la société P._____ Sàrl, qui fait foi des faits qu'il constate et dont l'inexactitude n'est pas prouvée (au sens de l'art. 9 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210]), que les recourants étaient tous les deux associés et gérants avec signature collective à deux durant toute l'existence de cette société, ce qui n'est pas contesté. Ils ont ainsi

fonctionné en tant qu'organes formels de ladite société durant toute la durée de son activité. En cette qualité, et ce nonobstant le mode de répartition interne des tâches au sein de la société, les recourants étaient tenus d'exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion. Entre autres obligations, il leur incombait de se tenir régulièrement au courant de la marche des affaires et de veiller personnellement à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés soient effectivement payées à l'AVS conformément à l'art. 14 al. 1 LAVS (cf. consid. 4a supra). En endossant les fonctions d'associés gérants sans en assumer les charges dans les faits, les recourants ont tout simplement méconnu les attributions intransmissibles et inaliénables que leur confère l'art. 810 al. 2 ch. 1 et 4 CO. A ce titre, leur position en qualité d'associés gérants non impliqués dans la gestion courante de la société P. _____ Sàrl, qu'ils allèguent (cf. recours 11 mars 2015), confrontés à un autre associé gérant qui dirigeait celle-ci dans les faits selon leurs allégations, ne les libère pas de leur responsabilité à l'inverse de ce qu'ils soutiennent. En effet, en conservant formellement un mandat de gestion qu'ils prétendent n'avoir jamais assumé dans les faits, les recourants occupaient une situation comparable à celle d'un homme de paille, qui se déclare prêt à assumer ou à conserver un mandat d'administrateur d'une société anonyme ou d'associé gérant d'une Sàrl, tout en sachant qu'il ne pourra (ou ne voudra) pas le remplir consciencieusement, et viole, en cela, son obligation de diligence (cf. TF 9C_344/2011 du 3 février 2012 consid 4.2 et la jurisprudence citée).

Les recourants, au surplus, tout en admettant n'avoir exercé aucune surveillance, semblent partir du principe que leur coassocié aurait dû leur annoncer spontanément la situation financière réelle de leur société et les carences de paiement des charges sociales et considérer que l'absence d'une telle annonce constituerait une « dissimulation » qui les dédouanerait vis-à-vis de la caisse de compensation. Il n'en est rien, car les recourants se devaient d'exercer une véritable surveillance, conformément aux exigences posées par l'art. 810 al. 2 ch. 1 et 4 CO. Par ailleurs, les recourants n'apportent aucune preuve qui permettrait d'établir, même au stade de la vraisemblance, qu'ils auraient été trompés

par leur coassocié et qu'ils auraient été victimes d'un comportement frauduleux de sa part. A l'inverse, on peut déduire de leurs allégations qu'ils ont décidé par eux-mêmes de ne pas poser de questions ni de procéder aux vérifications nécessaires pour s'assurer de la bonne gestion de la société P._____ Sàrl et du respect des dispositions légales. En n'exerçant aucune surveillance, les recourants ont donc commis une négligence qui doit être qualifiée de grave sous l'angle de l'art. 52 LAVS.

b) S'agissant de l'étendue temporelle de la responsabilité des recourants au sens de l'art. 52 LAVS, l'intimée a retenu une période couvrant les années 2012 et 2013, qui n'a pas été contestée. Partant, les recourants sont responsables du dommage subi par l'intimée pour l'entier de la période susmentionnée. Il existe effectivement un lien de causalité adéquate entre leur passivité dans l'exercice de leur fonction d'associés gérants et le dommage causé par P._____ Sàrl envers l'intimée, dans la mesure où en agissant en conformité avec les prérogatives inhérentes à leur fonction au sein de la société, ils auraient pu et dû s'assurer du paiement des cotisations sociales ou, à tout le moins, éviter qu'elles restent impayées en mettant en œuvre tout ce que l'on pouvait raisonnablement attendre d'eux pour que tel ne soit pas le cas.

c) S'agissant de l'ampleur du dommage, au demeurant établi par un acte de défaut de biens, il n'a pas été contesté par les recourants dans le cadre de la présente procédure.

5. a) Au regard de ce qui précède, les conclusions des recourants sont mal fondées et c'est à juste titre que la caisse a exigé de leur part, solidairement entre eux, la réparation de son dommage à hauteur de 51'278 fr. 30. Il s'ensuit que les recours doivent être rejetés et les décisions entreprises confirmées.

b) 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 aux recourants, qui succombent (art. 55 al. 1 LPA-VD et 61 let. g LPGA), ni à la caisse, qui n'y a pas droit comme assureur social (ATF 128 V 323).

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

- I. Les causes AVS 10/15 et 12/15 sont jointes.
- II. Les recours déposés respectivement par A.F. _____ et B.F. _____ sont rejetés.
- III. Les décisions sur opposition rendues le 6 février 2015 par D. _____ Caisse AVS concernant respectivement A.F. _____ et B.F. _____ sont confirmées.
- IV. Il n'est pas perçu de frais judiciaires ni alloué de dépens.

Le président :

Le greffier :

Du

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

- Me Philippe Ciocca, avocat (pour A.F. _____ et B.F. _____),
- D. _____ Caisse 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).

Le greffier :