

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 17 février 2020

Composition : Mme RÖTHENBACHER, présidente
M. Neu et Mme Di Ferro Demierre, juges
Greffier : M. Favez

Cause pendante entre :

A.X. _____, aux [...], recourant, représenté par Me François Gillard, avocat
à Bex,

et

U. _____, à [...], intimée.

Art. 52 LAVS

E n f a i t :

A. Par questionnaire du 8 janvier 2009, la société X. _____ Sàrl a requis son affiliation aux institutions sociales d'U. _____ [...] avec effet au 1^{er} décembre 2008. Ce questionnaire était signé par A.X. _____ (ci-après : le recourant). Il indiquait que l'établissement géré par la société était le restaurant du Z. _____ et qu'en moyenne, huit personnes étaient employées. Son frère B.X. _____ était titulaire de la patente.

Selon l'extrait du registre du commerce, B.X. _____ était associé gérant et président alors que l'intéressé était associé gérant.

Par jugement du 1^{er} octobre 2014, le Président du Tribunal d'arrondissement de [...] a prononcé la faillite de la société avec effet à cette date.

Le 9 février 2015, le conseil de l'intéressé et de son frère a écrit au préposé de l'Office des faillites que ses clients contestaient tout manquement et toute négligence dans la gestion de la société. Il relevait que les mauvaises conditions météo avaient entraîné une forte baisse de fréquentation du Z. _____ et par conséquent, de leur restaurant. Il soulignait aussi que ses clients avaient été choqués par le prix de vente du mobilier du restaurant (30'000 fr.) alors qu'ils estimaient la valeur de celui-ci à 100'000 francs.

Dans une circulaire aux créanciers du 7 septembre 2015 et relative à la cession des droits de la masse, l'Office des faillites de l'arrondissement de [...] a indiqué avoir inventorié les biens garnissant les locaux commerciaux à raison de 59'280 fr., une voiture à raison de 13'500 fr., le disponible bancaire à raison de 1071 fr. 27, des créances diverses à raison de 481 fr. 60, six créances à l'encontre des débiteurs à raison de 6 fr. et une action en responsabilité à l'encontre des personnes chargées de la fondation, de la gestion ou du contrôle de la société en faillite pour le dommage qu'elles ont causé en manquant intentionnellement ou par

négligence à leurs devoirs à raison d'un franc. Il était en outre mentionné que ces biens étaient libres à l'exception de la voiture, revendiquée. Il était précisé que 29 créanciers avaient fait valoir leurs créances pour un montant total de 496'987 fr. 50, l'administration de la masse en faillite ayant admis ces créances pour le montant de 418'506 fr. 08. L'inventaire a été adressé aux deux associés gérants. Les créances de 1^{ère} classe admises s'élevaient à 48'237 fr. 27, celles de 2^e classe admises à 80'716 fr. 79 et celles de 3^e classe à 269'248 fr. 61. Le dividende probable était de 3.7 % en faveur de la 1^{ère} classe. Les biens garnissant les locaux commerciaux ont été vendus de gré à gré le 19 novembre 2014 pour un montant de 30'000 fr. avec l'accord du créancier-gagiste conformément à l'art. 256 al. 2 LP.

Le 27 octobre 2015, la Caisse a rendu une décision en réparation du dommage, relevant que les cotisations dues s'élevaient à 78'229 fr. 20 représentant les cotisations pour les années 2010 à 2014, le dommage s'élevant à 51'588 fr. 80, soit 37'298 fr. 05 de cotisations AVS/AI/APG, 8'007 fr. 55 de cotisations à l'assurance-chômage, 2'062 fr. 65 de cotisations aux allocations familiales, 421 fr. 35 de frais de gestion, 418 fr. 75 de frais de poursuite, 1'700 fr. 45 d'intérêts moratoires et 1'680 fr. de somimations.

L'intéressé a fait opposition le 27 novembre 2015. Il contestait avoir commis des négligences et le montant des cotisations ; il reprochait également à l'office d'avoir vendu à vil prix le mobilier du restaurant.

Le 14 janvier 2016, un acte de défaut de biens après faillite a été délivré en faveur de la Caisse pour un montant de 78'229 fr. 20.

La société a été radiée du registre du commerce le 15 février 2016.

Le 22 juin 2016, la Caisse a écrit notamment ce qui suit au conseil de l'intéressé et de son frère :

« Concernant votre requête de mise à disposition du dossier, nous vous transmettons en annexe un tableau des irrécouvrables, mentionnant en première page le montant total du dommage AVS ainsi qu'un détail constitué d'une page par facture émise indiquant les montants facturés et les déductions y relatives (versements, crédits d'allocations familiales et éventuelles restitutions de la taxe CO2) ventilées sur les différents postes, pour déboucher sur le solde dû.

Ce tableau est complété par des relevés annuels de toutes les opérations enregistrées ainsi qu'un double des factures faisant, en tout ou partie, l'objet du dommage AVS.

Nous vous souhaitons bonne réception de cette documentation et demeurons à votre disposition pour toute question y relative. »

La Caisse produit les extraits de compte débiteur pour les années 2012 à 2014.

Après avoir demandé une prolongation pour compléter leur opposition, le recourant et son frère ont finalement renoncé.

Le 9 septembre 2016, la Caisse a rendu sa décision sur opposition. S'agissant du dommage, elle relève que le montant des cotisations n'a jamais fait l'objet de contestations et que le recourant n'apporte aucun élément permettant de remettre en doute le montant réclamé ; il n'a d'ailleurs pas complété son opposition sur ce point malgré la prolongation de délai accordée. Elle souligne que les cotisations impayées comprennent aussi la part prélevée sur le salaire des employés ce qui démontre d'une part, le caractère illicite du comportement du recourant et d'autre part, sa négligence grave si ce n'est le caractère intentionnel de son attitude. La Caisse relève aussi que les motifs pour lesquels les ressources de la société ont baissé n'ont pas d'importance comme d'ailleurs, la manière dont l'Office des faillites a liquidé la faillite.

B. Par acte du 13 octobre 2016, A.X._____, assisté de Me François Gillard, a recouru contre la décision sur opposition précitée auprès de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal, concluant, sous suite de dépens, à l'admission du recours et à l'annulation de la décision sur opposition précitée. Il a en outre requis la production du dossier de la Caisse, du dossier de l'Office des faillites, la mise en œuvre d'une expertise et son audition par la Cour.

Par réponse du 18 novembre 2016, U. _____ a conclu au rejet et produit son dossier.

Le 3 janvier 2017, le recourant a confirmé ses conclusions et ses réquisitions.

E n d r o i t :

1. a) La LPGA (loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales ; RS 830.1) est, sauf dérogation expresse, applicable en matière d'assurance-vieillesse et survivants (art. 1 al. 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 peuvent faire l'objet d'un recours auprès du tribunal des assurances du canton dans lequel l'employeur est domicilié (art. 56 al. 1 LPGA et 52 al. 5 LAVS), dans les trente jours suivant leur notification (art. 60 al. 1 LPGA).

b) En l'occurrence, déposé en temps utile auprès du tribunal compétent (art. 93 let. a LPA-VD [loi cantonale vaudoise du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative ; BLV 173.36]) et respectant les autres conditions formelles prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA notamment), le recours est recevable.

2. Le litige porte sur l'obligation du recourant de verser à U. _____ un montant de 51'588 fr. 80 au titre de la réparation du dommage que l'intimée allègue avoir subi ensuite du non-paiement des cotisations sociales par X. _____ Sàrl pour les années 2010 à 2014.

3. a) L'art. 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]) prescrit 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 des cotisations et de régler les comptes 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 ; 132 III 523 consid. 4.4).

b) En vertu de l'art. 52 LAVS, 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 (al. 1). 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 (al. 2). Le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus. L'employeur peut renoncer à invoquer la prescription. Si le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est applicable (al.3).

c) Les personnes qui sont légalement ou formellement organes d'une personne morale entrent en principe toujours en considération en tant que responsables subsidiaires aux conditions de l'art. 52 LAVS.

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 (Code des obligations 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). C'est ainsi qu'il a l'obligation de se faire renseigner périodiquement sur la marche des affaires, ce qui inclut notamment la surveillance du paiement des cotisations sociales paritaires ; il est tenu, en corollaire, de prendre les mesures appropriées lorsqu'il a connaissance ou aurait dû avoir connaissance d'irrégularités commises dans la gestion de la société (ATF 114 V 219 consid. 4a et les références ; voir également : TF 9C_657/2015 du 19 janvier 2016 consid. 5.3 et 9C_152/2009 du 18 novembre 2009 consid. 6.1, *in* SVR 2010 AHV n° 4 p. 11). En bref, les gérants d'une société à responsabilité limitée qui ont été formellement désignés en cette qualité, ainsi que les personnes qui exercent cette fonction en fait, sont soumis à des obligations de contrôle et de surveillance étendues, dont le non-respect peut engager leur responsabilité (art. 827 CO en corrélation avec l'art. 754 CO). Ils répondent selon les mêmes principes que les organes d'une société anonyme pour le dommage causé à une caisse de compensation ensuite du non-paiement de cotisations d'assurances sociales (TF 9C_344/2011 du 3 février 2012 consid. 3.2).

Selon la jurisprudence, pour que l'organe soit tenu à la réparation du 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 qui lui incombent et qu'il existe un lien de causalité adéquate entre le manquement qui lui est imputable et le préjudice subi. D'après le Tribunal fédéral, est intentionnelle la faute de l'auteur qui a agi avec conscience et volonté. 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 l'on 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 (ATF 126 V 237), 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.

Dans certaines circonstances exceptionnelles, l'inobservation des prescriptions relatives au paiement des cotisations par l'employeur peut apparaître comme légitime et non fautive. Ainsi, il peut arriver qu'en retardant le paiement de cotisations, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie, par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie. Mais il faut alors, pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'art. 52 LAVS, que l'on puisse admettre que l'employeur avait, au moment où il a pris sa décision, des raisons sérieuses et objectives de penser que la situation économique de la société se stabiliserait dans un laps de temps déterminé et que celle-ci recouvrerait sa capacité financière et pourrait s'acquitter des cotisations dans un délai raisonnable (ATF 121 V 243 consid. 4 et 5 ; 108 V 183 consid. 2 ; TF 9C_338/2007 du 21 avril 2008 consid. 3.1).

4. a) En l'espèce, le recourant invoque des défauts dans l'instruction. Il conteste en particulier le montant des cotisations réclamées. Il reproche notamment à la Caisse, alors qu'il avait contesté le décompte, de ne pas l'avoir convoqué à un entretien. Cet argument est sans fondement. Comme le relève l'intimée, le recourant n'a fait valoir aucun argument, alors qu'il avait reçu les documents énumérés dans la

correspondance du 22 juin 2016, et n'a sollicité aucun renseignement supplémentaire.

Cela étant, l'intimée a produit les factures des périodes concernées et les situations comptables pour les mêmes périodes, ainsi que des tableaux des irrécouvrables et les extraits de compte débiteur des années 2012 à 2014. Ces pièces établissent la quotité du dommage à satisfaction. On peut souligner que, pour les années 2010 à 2011, les montants sont minimales (788 fr. 10 pour 2010, 783 fr. 55 pour 2011 et 239 fr. pour 2012), étant précisé qu'ils résultent de rapports de contrôle et que les factures y relatives sont datées du 10 décembre 2013.

Concernant l'année 2014, l'intimée s'est fondée sur un décompte établi le 9 décembre 2014 par le recourant, arrêtant le salaire brut assujetti AVS à 207'596 fr. 47.

Force est donc de constater que le recourant n'apporte aucun élément permettant de douter de la quotité du dommage.

b) Le recourant conteste avoir commis une quelconque négligence. A tort. En effet, en sa qualité d'associé gérant, il était tenu de contrôler de manière régulière la situation de la société ; il lui incombait en particulier de veiller personnellement à ce que les cotisations sociales soient effectivement payées à la caisse de compensation, indépendamment de la répartition interne des tâches entre son associé - en l'occurrence son frère - et lui. Il ne peut se libérer de sa responsabilité en se bornant à invoquer qu'il n'exerçait pas, dans les faits, d'activité de gestion, car ce désintéret est en lui-même constitutif d'une négligence grave. C'est en effet son inaction qui est reprochée au recourant et qui constitue la violation de ses devoirs. En conservant sa position d'associé gérant, dont il prétend ne pas avoir assumé les charges dans les faits, l'intéressé se trouvait dans une position comparable à celle d'un « homme de paille », qui se déclare prêt à assumer ou conserver un mandat d'administrateur d'une société anonyme ou d'associé gérant d'une société à responsabilité limitée, tout en sachant qu'il ne pourra ou ne voudra pas

le remplir consciencieusement. C'est précisément en cela qu'il viole son obligation de diligence (TF 9C_446/2014 du 2 septembre 2014 consid. 4.2 et références citées). Dans ces conditions, le recourant ne peut donc pas se prévaloir du fait qu'il ne s'occupait pas de l'administration de la société pour se dédouaner de toute responsabilité dans le dommage subi par l'intimée. Il convient encore de relever qu'il est douteux que le recourant ne s'occupait pas de l'administration puisqu'il a signé la déclaration de salaires 2014. Il était d'ailleurs le signataire du questionnaire d'affiliation.

Il y a ainsi lieu de retenir que le recourant n'a pas respecté la diligence que l'on pouvait attendre de lui en matière de gestion de la société dont il était associé gérant et qu'il a violé par négligence grave les devoirs qui lui incombaient à ce titre. Le lien de causalité entre le manquement qui lui est imputable et le préjudice subi exigé par l'art. 52 LAVS est en outre réalisé puisque le fait pour le recourant de délaisser l'administration de la société était propre à causer le dommage tel que subi par l'intimée (ATF 129 II 312 consid. 3.3 et référence citée ; 119 Ib 334 consid. 5b).

Le recourant prétend encore qu'au printemps 2014, la situation n'était pas du tout désespérée et que la société devait être reprise par un tiers qui devait la recapitaliser mais les pourparlers ont échoué. Peu importe. Le fait est que, pour 2013, les cotisations impayées s'élevaient déjà à 36'518 fr. 40. La situation de la société était donc déjà obérée. Et aucun versement n'a été effectué en 2014 au titre des cotisations sociales. On ne peut donc prétendre comme le fait le recourant que durant l'été 2014, un assainissement de la société pouvait encore être sérieusement envisagé. Le recourant ne fait que l'affirmer sans l'étayer d'une quelconque façon. Le montant des créances admises dans la faillite, soit environ 418'000 fr., est d'ailleurs suffisamment important pour ôter toute crédibilité à cet argument du recourant.

Enfin, le recourant déplore le montant retiré par l'Office des faillites de la vente du mobilier du restaurant. On ne voit pas en quoi une éventuelle déficience des autorités de la faillite à cet égard pourrait avoir

une influence sur la responsabilité du recourant à l'égard de l'intimée. Tout au plus peut-on relever que les biens garnissant les locaux commerciaux ont été portés à l'inventaire à raison de 59'280 fr. sans que le recourant prétende s'être opposé à cet inventaire qui lui a pourtant été soumis.

5. a) Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves ; ATF 131 I 153 consid. 3 et 125 I 127 consid. 6c/cc ; TF 8C_660/2015 du 24 février 2016 consid. 4.1). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst. ([Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101] ; ATF 124 V 90 consid. 4b ; 122 V 157 consid. 1d ; 119 V 335 consid. 3c ; TF 8C_372/2014 du 12 mai 2015 consid. 4.3).

b) En l'espèce, le dossier est complet et permet à la Cour de céans de statuer en pleine connaissance de cause. Il n'y a dès lors pas lieu de donner suite aux mesures d'instruction requises par le recourant. En effet, de telles mesures ne seraient pas de nature à modifier les considérations qui précèdent, les faits pertinents ayant pu être constatés à satisfaction de droit. Les requêtes du recourant en ce sens doivent ainsi être rejetées par appréciation anticipée des preuves.

6. a) Au vu de ce qui précède, le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision sur opposition querellée confirmée.

b) La procédure étant gratuite en vertu du droit fédéral, il n'est pas perçu de frais judiciaires (art. 61 let. a LPGA). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens, ni au recourant qui succombe (art. 55 al. 1 LPA-VD et 61 let. g LPGA), ni à l'intimée, qui n'y a pas droit en sa qualité d'assureur social (ATF 128 V 323).

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

- I. Le recours déposé le 13 octobre 2016 par A.X._____ est rejeté.

- II. La décision rendue le 9 septembre 2016 par U._____ est confirmée.

- III. Il n'est pas perçu de frais ni alloué de dépens.

La présidente :

Le greffier :

Du

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

- Me François Gillard (pour le recourant),
- U._____ (intimée),
- 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 :