

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Arrêt du 17 juin 2022

Composition : Mme DURUSSEL, présidente
MM. Neu et Métral, juges
Greffier : M. Germond

Cause pendante entre :

W. _____, à [...], recourant, représenté par Me Julien Broquet, avocat à Neuchâtel,

et

B. _____, à Paudex, intimée.

Art. 52 LAVS

E n f a i t :

A. a) La société M._____ SA en liquidation (ci-après : la société) a été inscrite au registre du commerce du Canton de Vaud le 31 octobre 2012 avec pour but l'acquisition, la détention, la gestion et la vente de participation dans des sociétés de tout type principalement en Suisse et accessoirement à l'étranger, à l'exclusion de toute participation prohibée par la LFAIE (loi fédérale du 16 décembre 1983 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger ; RS 211.412.41).

W._____ (ci-après : le recourant) a été inscrit comme administrateur avec signature individuelle de la société précitée dès le 31 octobre 2012.

b) En sa qualité d'employeur, la société a été affiliée auprès de la B._____ (ci-après : la Caisse ou l'intimée).

Pendant l'année 2015, la société a régulièrement reçu de la Caisse des décomptes de cotisations mensuels de janvier à décembre 2015, suivis de rappels de paiement, fixant les montants dus à titre de cotisations AVS/AI/APG, AC, AF, FPV et PC famille, les frais d'administration et les intérêts moratoires. A la demande de la société, il a été confirmé par mail du 17 novembre 2015 que les cotisations de novembre et décembre 2015 avaient été calculées sur la base d'une masse salariale mensuelle de 210'471 fr. comme annoncé. La société a en outre rempli le formulaire de déclaration de salaires 2015 par l'intermédiaire de W._____, annonçant 2'121'569 fr. 50 de salaires bruts soumis à cotisations.

Un décompte final lui a été adressé le 24 octobre 2016 laissant apparaître un solde dû de 509'403 fr. 70 calculé sur une base effective de 2'121'569 fr. 50, étant précisé que les cotisations paritaires AVS/AI/APG s'élevaient à 355'581 fr. 50, les cotisations AC à 67'619 fr. 05 et AC2 à 3'786 fr. 55, les frais d'administration à 1'395 fr. 55 et les taxes de sommation à 100 francs. Ces décomptes n'ont pas fait l'objet d'opposition ni d'une quelconque contestation.

c) La société a connu des retards dans le paiement de cotisations dès 2014. Ainsi, en août 2014, la Caisse a introduit une poursuite contre la société, laquelle a requis un délai supplémentaire de paiement en indiquant qu'elle était dans l'attente d'une entrée de liquidités qui devait lui permettre de régler les factures ouvertes. La poursuite en cause a été réglée en septembre 2014 mais un nouveau délai de paiement a été sollicité en mars 2015 pour de nouvelles factures impayées. Par mail du 13 mars 2015, la Caisse lui a accordé un délai au 31 mars 2015 pour régulariser la situation.

Par courrier du 1^{er} octobre 2015, W._____, en qualité de Founder et CEO de la société, a écrit à la Caisse :

“Comme vous le savez déjà et comme vous l'avez peut-être lu dans la presse ces jours, notre entreprise est en train de finaliser son premier cycle de financement avec un investisseur étranger. Malheureusement pour nous, les procédures et démarches nécessaires à l'arrivée des fonds ainsi que le mécanisme d'augmentation de capital prennent plus de temps que prévu initialement.

Nous sommes conscients que votre société a déjà fait preuve d'une grande flexibilité envers [...], ce dont nous vous sommes très reconnaissants. Nous souhaitons cependant vous assurer que tous nos efforts sont concentrés sur l'ensemble de nos partenaires privés et institutionnels afin d'assainir cette situation dans les prochains jours.

Dans cette optique, nous vous prions de nous accorder un délai de paiement jusqu'au 15 octobre pour le règlement de l'ensemble des factures échues. [...]”

La Caisse a octroyé le délai requis.

A l'échéance de celui-ci, soit par courrier du 15 octobre 2015, W._____, agissant toujours pour la société, a annoncé à la Caisse qu'une rupture de canalisation d'eau au-dessus de leurs bureaux avait provoqué une importante inondation dans la nuit du 12 octobre et que l'eau s'était infiltrée au travers du plafond provoquant des dégâts des eaux dans les bureaux, notamment dans la salle informatique. Il a ajouté que leur équipe IT (*Information Technology*) travaillait d'arrache-pied pour remettre leurs

systemes en état mais que plusieurs composants critiques devaient être remplacés. Les employés avaient été mis en congé provisoire dès lors qu'aucun outil informatique ne fonctionnait. Contact serait pris au plus vite avec la Caisse afin de finaliser les affaires en cours. Des photos du sinistre étaient annexées.

d) Ce n'est ensuite que par courrier du 10 mars 2016 que la société, sous la plume de W._____, a avisé la Caisse qu'elle était en situation d'ajournement de faillite au sens de l'art. 725a CO (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse - livre cinquième : droit des obligations ; RS 220) jusqu'au 10 mai 2016, reconductible, et qu'elle était dans l'incapacité de lui fournir les informations demandées ainsi que d'effectuer des paiements. L'examen des comptes depuis le 1^{er} janvier 2015 était en cours et une fois ces travaux terminés, elle serait en mesure de répondre à ses obligations d'ici au mois de mai 2016. Elle ajoutait que malgré les efforts quotidiens de leur équipe réduite, ils avaient été dépassés par les événements et n'avaient pas eu le réflexe de contacter la Caisse avant.

Par décision du 14 décembre 2016, le Président du Tribunal d'arrondissement de [...] a prononcé la faillite de la société, dont les effets ont été suspendus par la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal jusqu'au 16 janvier 2017. Un état de collocation a été déposé le 16 février 2018 par l'Office des faillites de l'arrondissement de [...] et la créance produite par l'intimée à hauteur de 763'748 fr. 65 représentant les cotisations pour les années 2014, 2015 et 2016, avec intérêts et frais, a été admise en deuxième classe avec la précision que les administrateurs contestaient uniquement les cotisations arriérées de 2016. L'Office des faillites a adressé le 16 août 2018 une circulaire aux créanciers les informant que seul un dividende de 2% pourrait être versé aux créanciers de première classe.

e) En parallèle, une instruction pénale a été ouverte à l'encontre de W._____ par le Ministère public de l'Etat de [...] auprès duquel la Caisse a été invitée à produire en date du 24 août 2017 les

pièces relatives notamment à la société M._____ SA. La Caisse a répondu par courrier du 12 octobre 2017 qu'elle ne détenait toujours pas les déclarations de salaires de 2016 et que la part pénale non couverte s'élevait à 27'479 fr. 45 pour 2015 et 153'678 fr. 30 en 2016.

f) Par décision en réparation du dommage du 14 juillet 2020, la Caisse a réclamé à W._____ le paiement de la somme de 234'906 fr. 50, dont la composition est précisée dans la décision, ce montant ayant été ramené à 225'406 fr. 50 par décision sur opposition du 28 septembre 2021 à la suite de paiements opérés à hauteur de 9'500 fr. par G._____, ancien directeur de la société. Cette somme comprenait les cotisations dues par la société M._____ SA pour l'année 2015, des intérêts et des frais, dont un montant de 14'623 fr. 10 représentant un solde relatif à la part des cotisations retenue aux employés.

B. **a)** Par acte du 1^{er} novembre 2021, W._____, représenté par son conseil, a recouru devant la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal du canton de Vaud contre la décision sur opposition du 28 septembre 2021 en concluant à son annulation, sous suite de frais et dépens. Il a souligné que G._____ avait occupé la fonction de directeur de la société du 3 mai 2013 au 27 juillet 2015 et bénéficiait de la signature individuelle. Il a ajouté que C._____ avait été nommée en qualité de liquidatrice dès le 16 janvier 2017 par l'Office des faillites, relevant ainsi le recourant de ses fonctions dès cette date. Il a fait remarquer qu'il n'avait dès lors plus eu accès aux documents de la société. Se plaignant d'une constatation inexacte des faits pertinents, le recourant a relevé que l'état de collocation avait été déposé le 16 février 2018 et non pas 2020 comme indiqué par erreur dans la décision entreprise. Puis la date de décision dont était opposition était également erronée puisqu'elle indiquait le 14 juillet 2021 au lieu du 14 juillet 2020. Il a fait valoir ensuite que l'intimée était en mesure de connaître de manière suffisante l'existence de son dommage au moment de la première assemblée des créanciers, dont elle aurait dû requérir le procès-verbal si elle n'y avait pas assisté. Il a sollicité l'application de l'art. 52 al. 3 LAVS (loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.10) dans sa teneur avant le 31

décembre 2019 (délai de prescription de deux ans) dès lors que l'intimée avait eu connaissance du dommage à tout le moins au moment du dépôt de l'état de collocation, de sorte que l'intimée devait rendre sa décision avant le 16 février 2020 pour éviter la prescription. Enfin, le recourant a nié être l'auteur d'une négligence grave ; il a argué que lorsque la société avait rencontré des difficultés financières, l'intimée en avait immédiatement été informée. Il a contesté sa dénonciation en application de l'art. 88 LAVS. Compte tenu de la désignation d'une liquidatrice dès le 16 janvier 2017, il a ajouté qu'il ne saurait être tenu pour responsable d'un dommage pour des faits ou omissions qui seraient ultérieurs à cette date.

b) Dans sa réponse du 28 janvier 2022, la Caisse a conclu au rejet du recours. Elle a relevé que l'administrateur, au nom de la société, n'avait pas satisfait à son obligation de payer les cotisations sociales relatives à l'année 2015. Elle a rappelé qu'une partie du dommage consistait en des cotisations retenues sur les salaires des employés et non reversées à la Caisse. Elle a fait valoir qu'elle avait produit sa créance auprès de l'Office des faillites, lequel lui avait adressé la circulaire aux créanciers le 16 août 2018 lui annonçant que l'état de collocation avait été déposé le 16 février 2018 et qu'un dividende de 0% était prévu pour la deuxième classe. Elle a ainsi eu connaissance du dommage lors du dépôt de l'état de collocation et le délai de prescription (de trois ans) prévu à l'art. 52 al. 3 LAVS dans sa nouvelle teneur n'était pas échu lorsqu'elle a rendu la décision de réparation. Elle a enfin indiqué qu'elle était libre d'agir contre chacun ou un seul des responsables, lesquels étaient des débiteurs solidaires. Compte tenu de versements effectués par G. _____ totalisant 13'500 fr., le solde du dommage s'élevait à ce jour à 221'406 fr. 50.

c) En réplique du 21 février 2022, W. _____ a produit le procès-verbal d'audition de A. _____, conseiller-réviseur auprès de l'intimée, entendu le 7 septembre 2016 par la Police de sûreté [...], ainsi que deux avis de radiation de poursuites. Il en a tiré argument que l'intimée connaissait la situation financière de la société M. _____ SA à tout le moins dès le 26 août 2016 (date du contrôle AVS opéré par

l'intimée). Par ailleurs, la presse s'était fait largement écho de ses difficultés dès 2015.

d) Dupliquant en date du 8 mars 2022, la Caisse a relevé que la responsabilité de l'employeur (de ses organes) était engagée lorsque les cotisations dues ne pouvaient plus être recouvrées. Le dommage survenait en effet dès que le montant dû ne pouvait plus être encaissé, par exemple à la suite de la faillite de l'employeur. En l'espèce, la Caisse avait eu connaissance du dommage lors du dépôt de l'état de collocation, soit le 16 février 2018.

e) Par réquisition du 25 mars 2022, la juge instructrice a requis de l'Office des faillites de [...] qu'il produise les procès-verbaux de toutes les assemblées des créanciers établis dans le cadre de la faillite de M. _____ SA ainsi que l'état de collocation. Par pli du 30 mars 2022, la préposée dudit office a répondu que cette faillite avait été traitée en la forme sommaire et qu'il n'y avait eu aucune assemblée des créanciers. Elle a ajouté que les créanciers avaient été consultés par voie de circulaire du 16 août 2018 qu'elle a produite avec l'état de collocation déposé le 16 février 2018.

f) A la réquisition de la juge instructrice, l'intimée a produit le 17 mai 2022 les pièces manquantes au dossier, à savoir en particulier les décomptes de cotisation et d'intérêts moratoires, des échanges de courriers et de mails entre la Caisse et la société, des échanges de courriers avec le Ministère public de [...] et les déclarations de salaires de la société.

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 la responsabilité du recourant dans le préjudice subi par l'intimée en raison du non-paiement des cotisations paritaires dues par la société M. _____ SA pour l'année 2015.

3. Le recourant soulève en premier lieu l'exception de la prescription.

a) Une réforme des règles sur la prescription des prétentions découlant d'un acte illicite ou d'un enrichissement illégitime est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020 (RO 2018 5343 ; FF 2014 221). Cette réforme concerne également l'action en responsabilité contre l'employeur qui n'observe pas les prescriptions de la LAVS et cause ainsi un dommage à l'assurance (art. 52 al. 3 LAVS ; Message du 29 novembre 2013 relatif à la modification du code des obligations [droit de la prescription], FF 2014 221, p. 260).

En matière de prescription, lorsque la loi ne contient pas de disposition transitoire en ce qui concerne le régime de prescription applicable, la jurisprudence et la doctrine considèrent que la nouvelle réglementation est applicable aux prétentions relevant de l'ancien droit, si celles-ci, bien que nées et exigibles avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, ne sont pas encore prescrites ou périmées à ce moment-là (ATF 132 V 159 consid. 2 et les références citées).

En l'occurrence, la décision sur opposition ayant été rendue le 28 septembre 2021, il convient d'appliquer les nouvelles règles sur la prescription des prétentions découlant d'un acte illicite ou d'un enrichissement illégitime, étant précisé que, comme examiné plus bas, les délais ayant commencé à courir sous l'ancien droit n'étaient pas échus à l'entrée en vigueur du nouveau droit.

b) Aux termes de l'art. 52 al. 3 LAVS, l'action en réparation du dommage se prescrit conformément aux dispositions du code des obligations sur les actes illicites, soit par trois ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne tenue à réparation et, dans tous les cas, par dix ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé (art. 60 al. 1 CO [loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse - livre cinquième : droit des obligations ; RS 220]).

Jusqu'au 31 décembre 2019, l'ancien art. 52 al. 3 LAVS prévoyait que le droit à la réparation se prescrivait 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. En renvoyant aux nouvelles dispositions du CO relatives à la prescription, le nouvel art. 52 al. 3 LAVS porte le délai de prescription relatif de deux à trois ans et le délai de prescription absolu de cinq à dix ans. En outre, le délai absolu de prescription ne commence plus à courir à la survenance du dommage mais au jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé (Message relatif à la modification du code des obligations [droit de la prescription] du 29 novembre 2013, FF 2014 221 spéc. p. 260).

Dans la mesure où le délai de prescription relatif n'a pas changé de point de départ, il y a lieu d'appliquer sur ce point la jurisprudence rendue à propos de l'ancien art. 52 al. 3 LAVS, et de retenir que la caisse de compensation a connaissance du dommage au moment où elle doit savoir, en usant de l'attention qu'on est en droit d'attendre d'elle, que les circonstances ne lui permettent plus d'exiger le paiement des cotisations, mais peuvent entraîner l'obligation de réparer le

dommage. En cas de faillite, le dommage est en règle générale déjà suffisamment connu lorsque la collocation des créances est publiée, respectivement lorsque l'état de collocation (et l'inventaire) est déposé pour être consulté (ATF 129 V 193 consid. 2.1 et 2.3 et les références citées).

Ce délai peut être interrompu en application des art. 135 sv. CO. Ainsi, lorsque la prescription est interrompue par l'effet d'une requête de conciliation, d'une action ou d'une exception, un nouveau délai commence à courir lors de la clôture de la procédure devant la juridiction saisie (art. 138 al. 1 CO ; ATF 147 III 419 consid. 5.3.2). Lors de l'application de cette règle dans le cadre de l'art. 52 LAVS, il faut tenir compte du fait que, contrairement au droit privé, où la prescription ne peut être interrompue que par les actes mentionnés à l'art. 135 ch. 1 et 2 CO, tous les actes par lesquels la créance en dommages-intérêts est invoquée de manière appropriée à l'encontre du débiteur ont un effet interruptif de prescription (ATF 135 V 74 consid. 4.2.1 p. 78 avec renvois ; TF 9C_400/2020 du 19 octobre 2020 consid. 3.2.1).

c) En l'espèce, c'est le non-paiement des cotisations de l'année 2015 qui constitue le dommage.

Pendant l'année, les employeurs ont l'obligation de verser périodiquement des acomptes de cotisations (art. 35 al. 1 RAVS [règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants ; RS 831.101]). Ces acomptes sont des cotisations fixées provisoirement par la caisse de compensation, laquelle se fonde pour ce faire sur la masse salariale probable de l'entreprise, à savoir en pratique sur la dernière masse salariale connue compte tenu de l'évolution probable des salaires (Directives sur la perception des cotisations dans l'AVS, AI et APG [DP] édictées par l'Office fédéral des assurances sociales [OFAS], valables dès le 1^{er} janvier 2021, ch. 2005 sv). Une fois l'année civile arrivée à son terme, la caisse réclame la différence entre les acomptes versés et le montant dû dans le cadre de la procédure de décompte et de solde telle que prévue par l'art. 36 RAVS.

En l'espèce, la société a régulièrement reçu les demandes d'acomptes mensuels pendant l'année 2015 puis un décompte final le 24 octobre 2016. Le délai de prescription absolue de l'action en réparation du dommage qui a commencé à courir en 2016 était de cinq ans et il n'était pas échu à l'entrée en vigueur du nouveau droit. Lorsque les nouvelles règles sont entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2020, ce délai est passé de cinq à dix ans. Le délai de prescription absolue n'était donc pas atteint lorsque la décision de réparation du dommage a été rendue le 14 juillet 2020.

Pour ce qui concerne le délai de prescription relative, la faillite de l'employeur a été prononcée le 14 décembre 2016, avec effet reporté au 16 janvier 2017. En ce qui concerne le moment de la connaissance du dommage en cas de faillite, la jurisprudence retient généralement celui du dépôt de l'état de collocation, ou celui de la publication de la liquidation de la faillite faute d'actifs (ATF 129 V 193 consid. 2.3 et considérant 3b ci-dessus). L'état de collocation a été déposé le 16 février 2018. C'est donc à cette date que le dommage subi par la Caisse peut être considéré comme suffisamment connu. Le délai de prescription de deux ans (selon la norme en vigueur en 2018) n'était pas échu à l'entrée en vigueur du nouveau droit le 1^{er} janvier 2020, de sorte qu'il a été porté à trois ans selon la nouvelle teneur de la disposition applicable. Il en résulte que la décision du 14 juillet 2020 a été rendue avant l'échéance de ce délai de prescription relative. Le délai a ensuite été interrompu pendant la procédure d'opposition et n'était pas échu lorsque la décision sur opposition a été rendue le 28 septembre 2021.

d) Le recourant fait valoir que l'intimée connaissait la situation financière difficile de la société M. _____ SA en 2016 déjà lors du contrôle de leur conseiller-réviseur, date à laquelle le délai de prescription aurait commencé à courir.

Il résulte du procès-verbal d'audition du conseiller-réviseur du 7 septembre 2016 qu'il a pu contrôler la situation jusqu'en 2014, à savoir

que les salaires payés avaient été annoncés jusqu'à cette date, mais qu'il n'avait pas pu vérifier l'année 2015 car la société était au bénéfice d'un ajournement de faillite. Or, ces éléments ne suffisent pas à admettre qu'elle connaissait l'existence du dommage qui résulte de l'absence de possibilité de recouvrer le montant dû auprès de l'employeur (ATF 129 V 193 consid. 2). En effet, le simple fait d'avoir connaissance des difficultés financières ne permettait pas encore, conformément à la jurisprudence (ATF 116 V 72 consid. 3c), d'estimer suffisamment l'étendue du dommage pour que sa connaissance puisse en être imputée à la Caisse.

e) Le recourant soutient encore que le délai de prescription relative devrait partir dès la date de la première assemblée des créanciers.

Selon la jurisprudence, la partie lésée peut, en raison de circonstances spéciales, acquérir la connaissance nécessaire avant le dépôt de l'état de collocation. Ainsi, selon la jurisprudence, on peut exiger d'une caisse qu'elle se fasse représenter à la première assemblée des créanciers, dès lors que son devoir de diligence lui commande de suivre l'évolution de la procédure de faillite (ATF 121 V 240 consid. 3c/aa et les références). S'il apparaît à ce moment-là déjà qu'elle subira un dommage, le délai de prescription commencera à courir. Même la connaissance d'un dommage partiel est suffisante pour faire partir le délai de prescription (ATF 121 V 243 consid. 3c/bb) (ATF 126 V 450 consid. 2a ; TF 9C_774/2007 du 28 août 2008 consid. 4). Or, en l'occurrence, la Préposée de l'office des faillites en charge de la liquidation de la faillite de la société concernée a indiqué qu'il n'y avait eu aucune assemblée des créanciers, ceux-ci ayant été consultés par circulaire du 16 août 2018. Le délai commence donc bien à courir dès le dépôt de l'état de collocation.

f) En conséquence, les moyens du recourant tirés de la prescription doivent être rejetés.

4. a) L'art. 14 al. 1 LAVS (en corrélation avec les art. 34 sv. RAVS) 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 (voir également l'art. 51 al. 1 LAVS). L'employeur doit remettre périodiquement à la caisse les pièces comptables concernant les salaires versés à ses employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. Par sa nature, l'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de remettre les décomptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. En sa qualité d'organe d'exécution de la loi, l'employeur qui néglige d'accomplir cette tâche enfreint les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 137 V 51 consid. 3.2 et les références citées).

b) Aux termes de 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 la caisse de compensation, est tenu à réparation. L'art. 52 al. 2 LAVS prévoit 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. Peut notamment constituer un cas de responsabilité subsidiaire d'un organe, la situation dans laquelle la caisse ne peut plus recouvrer les cotisations sociales parce que l'employeur est devenu insolvable (ATF 123 V 12 consid. 5b).

aa) La responsabilité subsidiaire au sens de l'art. 52 LAVS suppose que la personne intéressée soit un organe formel ou de fait de l'employeur assujetti à l'obligation de payer des cotisations (ATF 132 III 523 consid. 4.5 ; TF 9C_428/2013 du 16 octobre 2013 consid. 4.1). La notion d'organe formel vise avant tout les organes légaux ou statutaires, tels que les administrateurs, l'organe de révision ou les liquidateurs (ATF 128 III 29 consid. 3a ; TF 9C_68/2020 du 29 décembre 2020 consid. 5.2.1).

bb) 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 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 signature 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 : TF 9C_289/2009 du 19 mai 2010 consid. 2 ; TFA H 34/04 du 15 septembre 2004 consid. 5.3.1 et les références citées). 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 132 III 523 consid. 4.5 ; 126 V 237 consid. 4).

cc) Les organes de fait sont les personnes qui, sans être organes formels, participent néanmoins de façon durable, concrète et décisive à la formation de la volonté sociale dans un vaste domaine dépassant les affaires courantes (ATF 128 III 29 consid. 3a ; TF 9C_68/2020 du 29 décembre 2020 consid. 5.2.1). Dans cette éventualité, il faut cependant que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, c'est-à-dire qu'elle ait effectivement exercé une influence sur la marche des affaires de la société (ATF 146 III 37 consid. 5 et 6 ; 132 III 523 consid. 4.5). Un directeur a généralement la qualité d'organe de fait en raison de l'étendue des compétences que cette fonction suppose (TF 9C_68/2020 du 29 décembre 2020 consid. 5.2.1).

dd) La responsabilité de l'administrateur d'une société anonyme ou de l'associé gérant d'une société à responsabilité limitée de remplir les obligations susmentionnées s'éteint à la date de la fin effective du mandat, entérinée par l'assemblée générale (ATF 123 V 172 consid. 3a ; TF 9C_713/2013 du 30 mai 2014 consid. 5.3). Selon une jurisprudence constante, c'est la démission effective de l'organe qui fixe en principe les

limites temporelles de la responsabilité (ATF 123 V 172 consid. 3a ; 112 V 1 consid. 3c). Un administrateur ne peut alors être tenu pour responsable que du dommage résultant du non-paiement des cotisations qui sont venues à échéance et qui auraient dû être versées entre le jour de son entrée effective au conseil d'administration et celui où il a quitté effectivement ses fonctions, soit pendant la durée où il a exercé une influence sur la marche des affaires. Demeurent réservés les cas où le dommage résulte d'actes qui n'ont déployé leurs effets qu'après le départ du conseil d'administration (ATF 126 V 61 consid. 4a ; TF 9C_713/2013 du 30 mai 2014 consid. 4.3.2 ; TFA H 263/02 du 6 février 2003 consid. 3.2). Si la société était déjà en surendettement à l'entrée en fonction de l'organe considéré, seul l'accroissement du dommage lui est imputable (ATF 119 V 401 consid. 4c).

c) Pour qu'un organe, formel ou de fait, d'une personne morale puisse être tenu de réparer le dommage causé à une caisse de compensation en raison du non-paiement des cotisations sociales, il faut que les conditions d'application de l'art. 52 al. 1 LAVS soient réalisées, ce qui suppose que l'organe ait violé intentionnellement ou par une négligence grave les devoirs lui incombant et qu'il existe un lien de causalité naturelle et adéquate entre le manquement qui lui est imputable et le préjudice subi.

aa) Selon l'art. 717 al. 1 CO, les membres du conseil d'administration, de même que les tiers qui s'occupent de la gestion, exercent leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société. L'obligation de loyauté normalisée par la loi exige que les membres du conseil d'administration orientent leur comportement vers les intérêts de la société. La diligence dont doit faire preuve le conseil d'administration dans la gestion des affaires de la société est soumise à un critère objectif. Les administrateurs sont tenus de faire preuve de toute la diligence requise et pas seulement de la prudence qu'ils ont l'habitude d'appliquer dans leurs propres affaires (ATF 139 III 24 consid. 3.2 et les références citées ; TF 4A_127/2013 du 22 mai 2013 consid. 3).

Le membre du conseil d'administration qui n'est pas chargé de la gestion commerciale et des affaires financières a la tâche intransmissible et inaliénable d'exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi (art. 716a al. 1 ch. 5 CO), le conseil d'administration disposant à cet effet d'un droit d'information et de consultation (art. 715a CO).

bb) Est intentionnelle la faute de l'auteur qui a agi avec conscience et volonté. Quant à la négligence grave, admise très largement, 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 commerciale, 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 (ATF 132 III 523 consid. 4.6 ; 126 V 237 consid. 4 ; 112 V 156 consid. 4).

cc) 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 ; 108 V 183 consid. 1b ; TF 9C_546/2019 du 13 janvier 2020 consid. 4.3).

dd) La responsabilité selon l'art. 52 LAVS suppose un rapport de causalité adéquate entre la violation – intentionnelle ou par négligence grave – par l'employeur des devoirs lui incombant et la survenance du dommage. La causalité est adéquate si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance. 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).

Lorsqu'il s'agit de juger de l'existence d'un lien de causalité adéquate entre une ou des omissions et un dommage, il convient de s'interroger sur le cours hypothétique qu'auraient pris les événements si l'organe incriminé avait agi conformément à ses devoirs. Le lien de causalité n'est pas réalisé si un comportement conforme aux devoirs n'aurait pas empêché la survenance du dommage. Cependant, la simple hypothèse que le dommage ne serait pas survenu ne suffit pas à exclure la causalité. Le fait que le dommage serait en tout état de cause survenu doit bien plutôt être établi avec certitude ou, à tout le moins, avec un haut degré de vraisemblance (ATF 139 V 176 consid. 8.4.2 et les références citées ; TF 9C_657/2015 du 19 janvier 2016 consid. 4).

d) Quant à la détermination du dommage, l'ampleur de ce dernier correspond au capital dont la caisse de compensation se trouve frustrée, auquel s'ajoutent 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 (ATF 134 I 179 consid. 6 ; 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'occurrence, il n'est pas contesté que le recourant a été administrateur avec signature individuelle de la société M. _____ SA du 31 octobre 2012 jusqu'au prononcé de la faillite.

Sa responsabilité est limitée à la période pendant laquelle il était en fonction, à savoir dès la création de l'entreprise jusqu'à sa liquidation par voie de faillite. En l'espèce, le dommage réclamé porte sur les cotisations 2015, donc à une date antérieure à la liquidation par voie de faillite ; c'est ainsi en vain que le recourant fait valoir qu'il n'avait plus accès aux pièces lorsque la Caisse lui a demandé en février 2017 de remplir la déclaration de salaires 2016, la décision attaquée concernant uniquement l'année 2015.

Il n'est en outre pas pertinent de renvoyer la Caisse à agir à l'encontre de G. _____ au motif qu'il était directeur de la société, soit un organe de fait, à cette époque puisque la Caisse a tout loisir d'agir contre l'un ou plusieurs responsables. En effet, lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles répondent solidairement de la totalité du dommage (art. 52 al. 2 LAVS).

Or il est constant que le recourant, de par sa position d'administrateur avec signature individuelle, occupait une fonction d'organe responsable au sens de l'art. 52 LAVS. Il ne prétend d'ailleurs pas qu'il avait été écarté de l'administration, ce qui, au demeurant, ne le libérerait pas de ses devoirs et obligations de surveillance. C'est d'ailleurs lui qui a signé la déclaration des salaires pour l'année 2015 lorsqu'il a reçu le conseiller-réviseur de la B. _____ en août 2016 et qui est à l'origine des divers échanges entre la Caisse et la société, notamment des demandes de délais de paiement des arriérés de cotisations et des avis de l'état de surendettement de la société. La Caisse pouvait ainsi légitimement agir contre le recourant.

b) Cela constaté, se pose la question de savoir si le recourant peut être tenu responsable du dommage causé à l'intimée, du fait du non-

paiement des cotisations sociales afférentes à l'année 2015. Il ne suffit en effet pas de constater que ces cotisations n'ont pas été payées mais il faut établir que l'intéressé a, d'une part, violé intentionnellement ou par négligence grave ses devoirs et, d'autre part, qu'il existe un lien de causalité adéquate entre le manquement qui lui est imputable et le préjudice causé.

aa) Le recourant nie avoir commis un acte de négligence grave permettant de le rechercher pour le dommage résultant du non-paiement des cotisations 2015, se retranchant simplement derrière le fait que la Caisse avait été informée des difficultés financières de la société.

bb) Il est d'abord établi que le recourant connaissait bien la situation financière de la société et, en particulier, l'important retard dans le paiement des cotisations. C'est lui qui a requis de la Caisse un délai de paiement dans un courrier du 1^{er} octobre 2015 en mettant en avant que la société était en train de finaliser son premier cycle de financement avec un investisseur étranger mais que les procédures et démarches nécessaires à l'arrivée des fonds ainsi que le mécanisme d'augmentation du capital prenaient plus de temps que prévu initialement. Quelques jours plus tard, il s'est prévalu d'une inondation dans les locaux pour reporter le délai accordé par la Caisse. Puis par courrier du 10 mars 2016, il a avisé la Caisse que la société était en situation de surendettement et que la société avait obtenu un ajournement de sa faillite, en précisant qu'elle serait en mesure de répondre à ses obligations d'ici au mois de mai 2016. Les arriérés de cotisations 2015 sont toutefois restés impayés et la faillite de la société a été prononcée le 14 décembre 2016.

Il apert donc que la société et ses organes n'ont pas davantage satisfait à leurs obligations pendant la période d'ajournement de faillite et que rapidement la faillite a été inéluctable. Le recourant, en sa qualité d'administrateur de la société, a ainsi laissé s'écouler près de deux ans sans acquitter les cotisations dues en soutenant que la situation pouvait encore être assainie, ce qui n'a manifestement pas été le cas. Il a

donc tardé à réagir face aux difficultés financières de la société qui étaient inextricables, ce qui a aggravé l'état de surendettement de cette dernière.

On relève que l'état de collocation contient nombre de créances salariales de 2015 et 2016 qui sont restées impayées, ce qui tend à démontrer que la société était insolvable depuis début 2015 à tout le moins et que ses dettes n'ont fait qu'augmenter jusqu'à la déclaration de faillite. Le montant des créances en première classe admis à l'état de collocation s'élève à 4'022'556 fr. 43 et celui des créances de troisième classe totalise 26'072'535 fr. 48, ce qui donne un aperçu de l'ampleur des difficultés financières. Parmi les factures impayées, on trouve un certain nombre de factures [...] pour l'utilisation de numéros de téléphones à partir de mai 2015, ainsi que des salaires non colloqués en première classe car antérieurs aux six mois précédents l'ajournement de faillite, puis diverses factures datant de 2014 à début 2017. Vu l'ancienneté des factures ouvertes, leur quotité astronomique et le type de créances non honorées (salaires, téléphones, cotisations, ...) correspondant à des dépenses nécessaires au fonctionnement de l'entreprise, il ne pouvait échapper au recourant que les difficultés financières n'étaient pas que provisoires. Il ne prétend d'ailleurs pas aujourd'hui qu'il était sérieusement dans l'expectative d'une augmentation de capital ou toute autre rentrée d'argent, ce qui avait été évoqué à l'époque auprès de la Caisse pour obtenir un délai, mais qui ne s'est jamais concrétisé.

Compte tenu de ces éléments, on ne saurait considérer que le recourant avait des raisons sérieuses et objectives de penser que la situation économique de la société se stabiliserait dans un laps de temps déterminé et que la société recouvrerait sa capacité financière et pourrait s'acquitter des cotisations dans un délai raisonnable. Il lui incombait dans de telles circonstances de prendre les mesures nécessaires à la réduction du dommage en déposant un avis de surendettement dès que les conditions étaient remplies, de s'abstenir de requérir un ajournement de faillite sans avoir certaines garanties d'obtenir rapidement un financement permettant d'éponger les dettes déjà importantes, de licencier au plus vite

le personnel non indispensable et de prendre toute autre mesure destinée à réduire les charges et augmenter les fonds.

Si le recourant avait correctement exercé son mandat, il aurait pris de telles mesures rapidement afin de réduire le dommage. Or on ne peut que constater que l'avis de surendettement accompagné d'une requête d'ajournement de faillite début 2016 (la décision date du 17 février 2016) paraît tardif pour le premier et inopportune pour la seconde, étant relevé que la procédure d'ajournement n'a pas été de nature à permettre un assainissement même partiel, alors que les cotisations paritaires sont parmi les dettes qui doivent être réglées en priorité et qu'elles n'ont pourtant pas été payées. Cet atermoiement n'a fait que péjorer la situation financière de la société et rendu plus aléatoire le paiement des cotisations dues. Le recourant a ainsi violé son devoir de diligence dont la survenance du dommage invoqué par la Caisse est une conséquence.

En outre, parmi les cotisations impayées figure une part « employé » qui a été prélevée sur les salaires et qui aurait dû être reversée à la Caisse ; la conservation de cette part sans la verser à la Caisse constitue une violation grave des obligations des responsables de la société.

c) Le recourant fait valoir à titre de moyen de libération que lorsque la société a rencontré des difficultés financières, l'intimée en a immédiatement été informée, et que la presse s'en est largement fait l'écho.

A l'examen de l'extrait de compte du 1^{er} janvier 2012 au 28 janvier 2022, il apparaît que les cotisations n'étaient plus régulièrement payées à partir de janvier 2014. Toutefois la situation a partiellement été régularisée, dans le courant 2014, à l'échéance d'une prolongation de délai de paiement, puis elle s'est péjorée par la suite. Cependant le recourant a requis des délais de paiement en invoquant une rentrée de fonds, puis une inondation ne lui permettant pas de respecter le délai. Or

le fait qu'il ait obtenu un délai de paiement en octobre 2015 en invoquant une rentrée d'argent, puis en faisant valoir des circonstances extraordinaires (inondation) pour prolonger ce délai, n'ôte rien à sa responsabilité d'autant plus qu'il a caché à la Caisse l'ampleur des difficultés de la société. Il a en effet toujours indiqué que les cotisations seraient payées prochainement, que la société était en attente de fonds et que la situation serait assainie les prochains jours.

Le recourant se réfère en particulier au contrôle employeur qui a eu lieu le 26 août 2016 et qui aurait dû alarmer la Caisse. Certes il ressort du procès-verbal d'audition du conseiller-réviseur de la B. _____ du 7 septembre 2016 que le représentant de l'intimée a appris à cette occasion qu'il n'existait plus d'activité salariée ; constatant que les documents pour 2015 n'avaient pas été remis à la Caisse, il a soumis la liste des salaires relatives aux employés 2015 au recourant pour signature le jour du contrôle ce qui a permis à la Caisse d'établir le décompte final des cotisations 2015. Le recourant ne peut toutefois rien tirer de ces faits dès lors qu'à cette date la société était déjà en ajournement de faillite. La Caisse a en effet été informée des difficultés financières de la société lors de l'avis d'ajournement de faillite, mais cet élément ne libère pas le recourant de sa responsabilité pour tous ses manquements tels que constatés plus haut.

d) La responsabilité du recourant est dès lors reconnue compte tenu de ses graves manquements qui ont eu une incidence sur le dommage causé à la Caisse du fait du non-paiement des cotisations 2015.

6. Il convient encore de se prononcer sur le montant de la créance en réparation du dommage.

Selon le décompte versé au dossier de l'intimée, il apparaît que la société M. _____ SA ne s'est pas acquittée des cotisations qu'elle devait à l'intimée pour l'année 2015 pour un montant total de 234'906 fr. 50. Ce montant a été réduit à 225'406 fr. 50, valeur au 28 septembre 2021 (date de la décision sur opposition), pour tenir compte de

versements opérés dans l'intervalle. Dans la réponse, l'intimée a indiqué que le montant était de 221'406 fr. 50 compte tenu de nouveaux versements. Cela étant, le montant figurant dans la décision n'est pas contesté et il va de soi que tous versements ultérieurs devront être portés en déduction.

On relève à toutes fins utiles que la société a reçu régulièrement les décomptes de cotisations 2015 qu'elle n'a pas contestés et que les cotisations ont été calculées sur la base de la masse salariale de 2'121'569 fr. 50 annoncée par l'entreprise, au demeurant sous la signature du recourant. La créance a en outre été admise par l'administration de la masse en faillite et les administrateurs de la société n'avaient d'ailleurs pas contesté le montant réclamé pour l'année 2015. Le recourant lui-même n'a pas remis en cause les montants réclamés à la société à titre d'arriérés de cotisations 2015 dans ses échanges de courriers avec la Caisse, se contentant de requérir des délais de paiement.

7. Sur le vu de ce qui précède, il convient de retenir que le recourant n'a pas fait preuve de la diligence requise au regard des obligations qui lui incombent en matière d'AVS, qu'il a eu un comportement constitutif d'une négligence grave et que sa responsabilité, au sens de l'art. 52 LAVS, dans le préjudice subi par l'intimée est pleinement engagée.

8. En définitive, le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision sur opposition litigieuse confirmée.

9. La procédure ne porte pas sur l'octroi ou le refus de prestations d'assurance au sens de l'art. 61 let. ^{fbis} LPGA. Elle donne lieu à la perception de frais de justice, qu'il convient de mettre à la charge de la partie recourante, vu l'issue du litige (art. 45 et 49 al. 1 LPA-VD ; art. 1 al. 1 TFJDA [tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative ; BLV 173.36.5.1]). Les frais sont fixés à 6'000 fr. compte tenu de l'importance et de la difficulté de la cause (art. 4 al. 1 TFJDA).

L'intimée n'a pas droit à des dépens, dès lors qu'elle a agi en qualité d'institution chargée de tâches de droit public (ATF 126 V 143 consid. 4 ; voir également ATF 128 V 323).

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

- I. Le recours est rejeté.
- II. La décision sur opposition rendue le 28 septembre 2021 par la B. _____ est confirmée.
- III. Les frais de justice, arrêtés 6'000 fr. (six mille francs), sont mis à la charge de W. _____.
- IV. Il n'est pas 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 Julien Broquet (pour W. _____),
- B. _____,

- Office Fédéral des Assurances Sociales (OFAS),

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 :