

# FR\_GERICHTE 608 2014 153 vom 9. März 2017

FR Kantonsgericht, 2017-03-09, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_608\\_2014\\_153](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_608_2014_153)

FR: FR\_GERICHTE 608 2014 153 du 9 mars 2017

IT: FR\_GERICHTE 608 2014 153 del 9 marzo 2017

## Regeste

Arrêt de la IIe Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal | Alters- und Hinterlassenenversicherung

## Erwägungen

### E. 20

septembre 2012 et que cet office a jugé que la société pouvait rembourser sa dette par acomptes sur plusieurs années. Enfin, il soutient qu'il n'existe aucun lien de causalité entre son comportement et le dommage survenu étant donné que l'Office des faillites a exigé de lui le paiement en ses mains de dizaines d'acomptes mensuels. Dans ses observations du 14 octobre 2014, la Caisse maintient sa position et précise qu'elle n'a pas refusé l'accès au dossier mais qu'en l'absence du responsable, elle n'a pas pu satisfaire à la demande. Le 30 octobre 2014, le recourant relève que la Caisse ne l'a jamais contacté pour l'inviter à consulter le dossier, de sorte que son refus initial puis son absence de réaction équivalent à une violation du droit d'être entendu.

Tribunal cantonal TC Page 3 de 8 L'Office des faillites a produit le 1er septembre 2016 les pièces de son dossier relatives à l'inventaire définitif, l'état de collocation et le tableau de distribution final, ce dont les parties ont été informées. Le 21 septembre 2016, A. \_\_\_\_\_, par son mandataire, a consulté le dossier de la cause. Par courrier du 23 septembre 2016, il requiert d'établir s'il y a eu une première assemblée des créanciers, un refus d'homologation d'un concordat par abandon d'actifs ou s'il existe des actes de défaut de biens concernant les créances litigieuses de l'autorité intimée, si la créance en responsabilité contre l'administrateur a été cédée à un créancier et si la Caisse s'est opposée aux divers sursis à la réalisation octroyés à la société. Il demande également que l'office des faillites produise toutes les pièces comptables utiles pour établir le manque de liquidités de la société et enfin que l'autorité intimée précise si la somme de CHF 5'808.25 versée le 14 juin 2013 par l'assurance-chômage est ou non intégrée aux montants réclamés. L'Office des faillites répond aux questions le concernant par courrier du 13 octobre 2016. Il indique notamment qu'il n'y a pas eu d'assemblée des créanciers puisque la faillite a été traitée en la forme sommaire, qu'un acte de défaut de biens a été délivré à la Caisse pour un montant de CHF 35'599.80 et que la créance en responsabilité contre l'administrateur a été cédée au créancier "C. \_\_\_\_\_ SA". L'autorité intimée indique le 19 octobre 2016 que le décompte de cotisations AVS payé par la caisse de chômage, soit CHF 5'808.25, n'est pas intégré aux montants réclamés et ne figurait pas dans sa production auprès de l'Office des faillites. Le 12 janvier 2017, le recourant retient que l'autorité intimée ne s'est jamais opposée aux sursis à la réalisation. Il estime par ailleurs que la pratique de l'Office des poursuites ne saurait être interprétée de façon défavorable et qu'il convient de retenir que la société faillie avait rendu vraisemblable ipso facto qu'elle pouvait s'acquitter des acomptes pour éviter la faillite.

Subsidiairement, le fait que l'autorité intimée n'ait pas contesté les sursis octroyés revenait à accepter le risque que le dommage ne s'aggrave et ce comportement devrait donner lieu à l'exclusion ou à la réduction de l'indemnité qu'elle réclame. Dans sa réponse du 26 janvier 2017, la Caisse indique qu'elle pouvait légitimement penser que les créances seraient honorées et ne peut être tenue pour responsable de l'aggravation du dommage. Elle rappelle également qu'elle ne pouvait requérir la faillite de la société puisqu'il s'agit de créances de droit public. Aucun autre échange d'écritures n'a été ordonné entre les parties. Il sera fait état des arguments, développés par elles à l'appui de leurs conclusions respectives, dans les considérants en droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige.

en droit 1. Interjeté en temps utile et dans les formes légales auprès de l'autorité judiciaire compétente par un recourant directement touché par la décision attaquée et dûment représenté, le recours est recevable.

Tribunal cantonal TC Page 4 de 8 2. Le recourant allègue tout d'abord une violation de son droit d'être entendu parce que la Caisse lui a refusé la consultation de son dossier le vendredi 4 septembre 2014 alors que le délai de recours devait échoir le lundi 8 septembre 2014. L'autorité intimée soutient l'avoir prié de la recontacter le lundi, au retour de son gérant, et non de lui avoir opposé un refus. a) Aux termes de l'art. 42 1ère phrase de la loi du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; RS 830.1), applicable par le renvoi de l'art. 1 al. 1 de la loi du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10), les parties ont le droit d'être entendues. La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), en particulier, le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 141 V 557 consid. 3.1). Selon la jurisprudence, la violation du droit d'être entendu – pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière – est réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen. Au demeurant, la réparation d'un vice éventuel ne doit avoir lieu qu'exceptionnellement (ATF 124 V 180 consid. 4a, 389 consid. 5a et les références). b) En l'espèce, il est exact que le recourant n'a pas eu la possibilité de consulter le dossier auprès de l'autorité intimée, laquelle estime qu'elle n'a pas refusé de transmettre le dossier en le priant de reprendre contact le 8 septembre 2014. Le recourant était en droit d'obtenir le dossier afin de respecter le principe de l'égalité des armes et son droit d'être entendu. Au vu de la proximité de l'échéance du délai de recours, il appartenait à l'autorité intimée de lui transmettre le dossier dans les plus brefs délais. A tout le moins, dans les circonstances d'espèce, l'office se devait de l'inviter à venir consulter son dossier dans ses locaux si un délai raisonnable pour l'envoi ne pouvait pas être respecté. Toutefois, la violation du droit d'être entendu ne peut pas être ici qualifiée de grave. En effet, la décision litigieuse a été notifiée le 7 juillet 2014 et le délai de recours courait jusqu'au 8 septembre 2014. De ce fait, d'une part le recourant avait la possibilité de mandater un avocat bien avant le 1er septembre 2014, date à laquelle il a contacté son mandataire, d'autre part celui-ci, au vu de la proximité de l'échéance du délai de recours, aurait dû immédiatement demander à consulter le dossier, sans attendre trois jours. Cela étant, il a été en mesure de déposer un mémoire de recours en bonne et due forme à temps et n'a à ce moment-là ni demandé à l'autorité de céans de consulter le dossier, ni n'a requis un délai pour déposer un mémoire complémentaire. Il ne l'a fait qu'en septembre 2016, ce qui laisse penser que les pièces en possession de son mandant étaient suffisantes sans que la

consultation du dossier ne soit absolument nécessaire. Dans un tel contexte, le vice formel a été réparé devant la Cour des assurances sociales, qui possède un plein pouvoir d'examen. Partant, ce grief doit être considéré comme mal fondé et être rejeté. 3. a) L'art. 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les articles 34 ss du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS; RS 831.101), prescrit que l'employeur doit déduire, à chaque paiement de salaire, la cotisation du salarié et verser celle-ci à la Caisse de compensation avec sa propre cotisation. Les employeurs doivent envoyer aux caisses, périodiquement, 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.

Tribunal cantonal TC Page 5 de 8 L'obligation de payer les cotisations et de faire les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi (l'employeur exerce donc la fonction d'organe de l'assurance); s'il la néglige, il devra, en vertu de l'art. 52 al. 1 LAVS, réparer le dommage qui en résulte pour l'assurance, représentée par la caisse (ATF 111 V 173 consid. 2, 108 V 186 consid. 1a; 192 consid. 2a; RCC 1985 p. 646 consid. 3a, 650 consid. 2, 1983 p. 100, 1978 p. 258). Selon cette dernière disposition, 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 (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). La caisse de compensation fait valoir sa créance en réparation du dommage par voie de décision (al. 4). b) La doctrine et la jurisprudence constante (ATF 121 III 382 consid. 3) ont posé le principe qu'il y a dommage dès qu'un montant appartenant ou revenant à une caisse de compensation, en qualité d'organe de l'AVS, lui échappe, ceci notamment lorsque les cotisations dues ne peuvent plus, pour des motifs juridiques ou pour des raisons de fait, être perçues. L'ampleur du dommage est alors égale au montant dont la caisse se trouve frustrée (ATF 108 V 189 consid. 2c). Ainsi, en matière de cotisations paritaires non versées, le dommage correspond au montant que l'employeur aurait été tenu de payer en vertu de la loi (RCC 1957 p. 411, 1961 p. 411, 1978 p. 259; FRESARD, La responsabilité de l'employeur pour le non-paiement de cotisations d'assurances sociales selon l'art. 52 LAVS, in: Revue Suisse d'Assurances [RSA] 1987 p. 8 ch. 8). Le dommage comprend les cotisations paritaires dues en vertu de la LAVS, de la loi du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI; RS 831.20), de la loi du 25 septembre 1952 sur le régime des allocations pour perte de gain en faveur des personnes servant dans l'armée ou dans la protection civile (LAPG; RS 834.1) et, le cas échéant, de la loi du 20 juin 1952 sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA; RS 836.1); en font également partie les contributions aux frais d'administration des caisses de compensation que l'employeur doit selon l'art. 69 al. 1 LAVS, ainsi que les frais de sommation selon l'art. 37 RAVS, les frais de poursuite et les intérêts moratoires selon l'art. 41bis RAVS. Les caisses de compensation sont de plus habilitées à y englober, le cas échéant, les cotisations d'assurance-chômage non réglées (cf. FRESARD, p. 8 ss ch. 9 et 10; ATF 113 V 186). c) Selon l'ordre établi par la loi, la condition à remplir pour que la responsabilité de

l'employeur ou de l'un de ses organes soit engagée (ATF 109 V 89 / RCC 1983 p. 475 consid. 7 et les références citées) est, en particulier, que le dommage ait été causé par un comportement intentionnel (c'est-à-dire sciemment et volontairement) ou du moins par négligence grave. Il y a négligence grave lorsque l'employeur ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (ATF 108 V 199 / RCC 1983 p. 106 consid. 3a et les références; ATF 109 V 150 consid. 1 et les références). La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard doit donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé. L'ancien Tribunal fédéral des assurances (ci- après: TFA) a admis ainsi notamment la négligence grave dans les cas où l'employeur déduit les

Tribunal cantonal TC Page 6 de 8 cotisations de salariés sans les verser à la caisse de compensation (RCC 1985 p. 51). Il y a également négligence grave lorsque l'employeur s'abstient de vérifier, dans une situation douteuse, si une personne qu'il rémunère doit ou non être considérée comme exerçant une activité dépendante (ATF 98 V 30). Il n'y a toutefois obligation de réparer le dommage, dans un cas concret, que s'il n'existe pas de circonstances faisant apparaître comme justifié le comportement de l'employeur ou excluant qu'il ait commis une faute intentionnellement ou par négligence grave. Il est donc concevable qu'un employeur cause un dommage à une caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions de l'AVS, mais ne soit néanmoins pas tenu de la réparer, si des circonstances spéciales permettent de conclure que la non-observation desdites prescriptions était permise ou ne représentait pas une faute (ATF 108 V 183 / RCC 1983 p. 100; RCC 1985 p. 647). En particulier, l'absence de ressources financières d'une société ne constitue pas, à elle seule, un motif suffisant pour disculper l'employeur et justifier son comportement, sinon la norme de l'art. 52 LAVS concernant la responsabilité serait en bonne partie vidée de son contenu (RCC 1985 p. 649). En revanche, il peut arriver qu'en retardant le paiement des cotisations sociales, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie, par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie; mais il faut alors, pour que son comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'art. 52 LAVS, qu'il soit établi avec une haute vraisemblance qu'au moment où l'employeur a pris cette décision, le non-paiement des cotisations était, selon une appréciation raisonnable, objectivement indispensable à la survie de l'entreprise ou, en tout cas, de nature à permettre à cette dernière d'acquitter des créances de salaires colloquées en première classe ou de payer les fournisseurs (ATF 108 V 197; RCC 1983 p. 104). Si, au moment de la suspension du paiement des cotisations, l'employeur avait des motifs de croire à la possibilité d'un redressement de l'entreprise, mais s'il pouvait tout aussi bien craindre un échec, les arguments invoqués ne suffiront pas à exclure sa responsabilité (ATF 108 V 183 et 189; RCC 1983 p. 104). La jurisprudence sanctionne ainsi la continuation d'une entreprise hasardeuse, financée sans droit, indirectement et en partie par l'assurance sociale (ATF 109 V 92, 103 V 122). Dans un arrêt H 244/04 du 21 février 2006, l'ancien TFA a en outre précisé qu'il ne suffisait pas que l'administrateur ait pris certaines mesures en vue d'assainir la société pour qu'il soit libéré de l'obligation de réparer le préjudice causé à la caisse. Il faut bien plutôt examiner si, au moment où il a pris des mesures nécessitant le report du paiement des cotisations, l'employeur avait des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter de sa dette dans un délai raisonnable. 4. En l'espèce, est litigieuse la responsabilité personnelle du recourant, au sens de l'art. 52 LAVS, pour le dommage causé à la Caisse. a) Le recourant est recherché pour un montant de CHF 35'599.80 correspondant

à la somme des cotisations sociales impayées par la Société pour les périodes de mars à juillet 2011 et de mars à décembre 2012. En tant qu'administrateur unique avec signature individuelle, le recourant avait indiscutablement la qualité d'organe formel, ce qu'il ne conteste d'ailleurs pas. Aussi, en cette qualité, lui incombait-il de veiller à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés soient effectivement payées à la Caisse, conformément aux prescriptions légales. b) Le recourant invoque tout d'abord comme motif disculpant le fait de ne pas avoir eu de fonds pour payer les cotisations sociales parce qu'il était obligé de verser des acomptes à l'Office

Tribunal cantonal TC Page 7 de 8 des poursuites dans le cadre du sursis à la réalisation, ce qui aurait entraîné l'absence de lien de causalité. Verser des acomptes à l'Office des poursuites ne permet cependant pas de le disculper. Il n'y a tout d'abord pas eu de sursis avant le 25 mai 2012, de sorte que le recourant ne saurait invoquer cet argument s'agissant des cotisations de mars à juillet 2011 et de mars au 25 mai 2012. Par ailleurs, contrairement à ce qu'il allègue, il a choisi à chaque fois de demander le sursis à la réalisation en s'acquittant du premier acompte alors qu'il n'était nullement obligé de le faire, la proposition de l'Office des poursuites n'étant nullement contraignante. Ensuite, l'absence de ressources financières ne constitue pas à elle seule un motif disculpant et il faut que le non-paiement des cotisations soit objectivement indispensable ou de nature à permettre de maintenir la société en vie. Or, il apparaît que le recourant ne s'acquittait pas ou que partiellement de nombreuses factures – salaires, assurances, impôts, TVA, etc. – depuis plusieurs mois voire un an ou plus avant la faillite (cf. état de collocation). De ce fait, il n'était ainsi d'emblée que peu vraisemblable qu'il puisse redresser la situation dans un délai raisonnable et il pouvait craindre un échec, ce qui l'empêche d'être libéré de sa responsabilité. D'ailleurs, s'il a certes versé des acomptes à l'Office des poursuites, il n'a pas payé la totalité des montants et a dans le même temps renoncé à payer de nouvelles factures, ce qui a entraîné de nouvelles dettes. Les reproches du recourant à la Caisse selon lesquels elle aurait aggravé le dommage ne sont pas non plus justifiés. D'une part, l'autorité intimée ne pouvait requérir la faillite de la société (cf. art. 43 al. 1 LP), et d'autre part, elle ne pouvait avoir connaissance de la situation financière de la société avant la procédure de faillite et l'établissement de l'état de collocation. On ne voit dès lors pas pourquoi elle aurait dû contester le sursis à la réalisation alors qu'elle pouvait penser que la société traversait simplement une mauvaise passe, d'autant plus que les cotisations d'août 2011 à février 2012 avaient été versées, de même que les premiers acomptes des sursis. Ainsi, le fait de ne pas avoir contesté les sursis octroyés ne saurait lui être reproché. Le recourant estime également que l'intérêt public à l'encaissement des cotisations sociales ne saurait primer celui de ne pas avantager certains créanciers ou le respect de l'ordre pénal. Cet argument tombe toutefois à faux puisque, en ne payant pas les cotisations, le recourant a justement désavantagé un de ses créanciers, l'autorité intimée. Quant à l'ordre pénal, il doit à l'évidence être respecté mais le recourant ne rend pas vraisemblable que la seule option pour y parvenir était de ne pas s'acquitter des cotisations en cause. Par ailleurs, il affirme que sa faute serait légère si toutefois une négligence devait être retenue, étant donné qu'il a pris des mesures pour diminuer la masse salariale et les cotisations dues, qu'il a versé à la Caisse, par l'intermédiaire de l'Office des poursuites, CHF 78'500.35 entre le

## **E. 23**

novembre 2011 et le 20 septembre 2012 et que cet office a jugé que la société pouvait rembourser sa dette par acomptes sur plusieurs années. Il doit toutefois lui être opposé

qu'une sursis ne peut être accordé pour une durée supérieure à un an (cf. art. 123 al. 1 LP) et qu'avoir diminué la charge salariale ne l'a pas empêché de continuer à verser des salaires tout en ne payant pas les cotisations sociales y relatives, ce qui fait que la société a continué à s'endetter. Il n'a pas non plus remboursé l'entier des arriérés de cotisations. Ainsi, il ne pouvait avoir des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter de sa dette dans un délai raisonnable. Son comportement doit en conséquence être qualifié de négligence grave, dans la ligne de la jurisprudence citée ci-dessus.

Tribunal cantonal TC Page 8 de 8 Enfin, l'absence de ressources financières ne constituant pas à elle seule un motif disculpant, et à défaut d'autre motif, la production de l'ensemble des pièces comptables destinées à établir le manque de liquidités de la société n'est pas nécessaire. c) Le recourant conteste encore le montant du dommage. Comme discuté ci-dessus, la Caisse ne peut se voir reprocher une aggravation du préjudice, de sorte qu'une réduction de l'indemnité n'est pas justifiée de ce fait. Quant à la prise en compte du montant de CHF 5'808.25 versé par l'assurance-chômage, l'autorité a indiqué qu'il n'est pas intégré à la somme réclamée, ce qui n'a au demeurant pas été contesté par le recourant. Il n'a dès lors pas à être déduit du montant du dommage. d) Au vu de ce qui précède, le comportement du recourant est en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi par la Caisse. En effet, s'il avait correctement exécuté son mandat d'administrateur, il aurait dû veiller au paiement des cotisations sociales ou, à tout le moins, prendre des mesures lorsqu'il a constaté que celles-ci n'étaient pas acquittées. 5. Partant, le recours est rejeté. Conformément au principe de la gratuité de la procédure prévalant en la matière (art. 1 al. 1 LAVS et art. 61 al. 1 let. a LPGA), il n'est pas perçu de frais de justice. Succombant, le recourant n'a pas droit à des dépens. la Cour arrête: I. Le recours est rejeté. II. Il n'est pas perçu de frais de justice. III. Il n'est pas alloué de dépens. IV. Communication. Un recours en matière de droit public peut être déposé auprès du Tribunal fédéral contre le présent jugement dans un délai de 30 jours dès sa notification. Ce délai ne peut pas être prolongé. Le mémoire de recours sera adressé, en trois exemplaires, au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne. Il doit indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi le jugement attaqué viole le droit. Les moyens de preuve en possession du (de la) recourant(e) doivent être joints au mémoire de même qu'une copie du jugement, avec l'enveloppe qui le contenait. La procédure devant le Tribunal fédéral n'est en principe pas gratuite. Fribourg, le 9 mars 2017/cso Le Président La Greffière-rapporteure

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.