

VD_GERICHTE ZC18.039592 vom 17. März 2022

VD Tribunal cantonal, 2022-03-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_ZC18.039592

FR: VD_GERICHTE ZC18.039592 du 17 mars 2022

IT: VD_GERICHTE ZC18.039592 del 17 marzo 2022

Erwägungen

E. 6

a) Le recourant invoque une violation du principe de la subsidiarité des organes de la personne morale et considère qu'il ne pouvait être recherché en responsabilité en sa qualité d'administrateur. A cet égard, comme rappelé plus haut, le caractère subsidiaire de la responsabilité des organes d'une personne morale signifie que la caisse de compensation doit d'abord agir contre le débiteur des cotisations, à savoir l'employeur. Ce n'est que lorsque celui-ci n'est plus à même de remplir ses obligations, autrement dit est insolvable, ou ne doit plus réparer le dommage pour une autre raison, que la caisse est fondée à agir contre les organes responsables (ATF 121 III 382 consid. 3bb ; 113 V 256 consid. 3c ; TFA H 234/02 du 16 avril 2003 consid. 6.3). En l'occurrence, la faillite de V._____ SA, savoir l'employeur, a été prononcée le 21 octobre 2016. Elle emporte le constat de l'insolvabilité de l'employeur. Partant, la responsabilité du recourant

- 16 - pouvait être recherchée à tout le moins dès cette date, à titre subsidiaire, en sa qualité d'administrateur. b) Dans un autre grief, le recourant considère que la Caisse ne peut simultanément prétendre à réparation du dommage par l'administrateur de la société et produire la même créance dans la faillite de la société, au risque de se voir attribuer à double à tout le moins une partie de la somme réclamée. Ce grief est infondé. En effet, lorsque le dommage ne peut pas, vu l'incertitude planant par exemple sur le dividende d'une faillite ou le bénéfice d'une liquidation, être exactement déterminé ou du moins ne peut pas l'être d'une manière suffisamment fiable, le lésé peut néanmoins faire valoir l'entier de son préjudice supposé dans le cadre d'une action en responsabilité, à la condition que le dividende de faillite ou le bénéfice de liquidation soit cédé à l'auteur du dommage. Cette solution, retenue en droit public (ATF 108 Ib 97 consid. 1c) et en droit civil (ATF 111 II 164 consid. 1b), a été étendue en matière d'assurances sociales (ATF 134 V 257 consid. 3.3.1 ; 113 V 180 consid. 3b), et également reprise dans le domaine de la prévoyance professionnelle (ATF 139 V 176 consid. 9.1). Il serait en effet contraire aux intérêts des parties d'ajourner indéfiniment l'exercice de créances en dommages-intérêts, notamment lors de liquidations compliquées. Cette manière de procéder respecte par ailleurs mieux le but des règles en matière de responsabilité. Elle permet de remettre le lésé dans la situation dans laquelle il se serait trouvé s'il n'avait pas été victime du comportement illicite de l'auteur du dommage et, indirectement, d'exclure qu'il se trouve, en raison de l'intrication des procédures, surindemnisé. Il paraît en outre plus équitable que ce soit l'auteur du dommage qui supporte en définitive les conséquences dues à l'incertitude planant sur le résultat définitif de la liquidation (ATF 139 V 176 consid. 9.2 et la référence citée). Ainsi, même dans l'hypothèse du versement d'un dividende en faveur de l'intimée, celle-ci était légitimée à faire valoir l'entier de sa

- 17 - créance à l'égard du recourant à la faveur de sa décision du 13 mars 2018.

E. 7

Le recourant se prévaut encore de la jurisprudence relative au moment de la connaissance du dommage pour soutenir que la décision du 13 mars 2018 est nulle puisque notifiée avant le dépôt de l'acte de collocation le 11 janvier 2019, avec pour corollaire qu'il n'avait pas qualité pour la recevoir. a) Un dommage au sens de l'art. 52 LAVS se produit lorsque l'employeur ne déclare pas à l'AVS tout ou partie des salaires qu'il verse à ses employés et que les cotisations correspondantes se trouvent ultérieurement frappées de péremption selon l'art. 16 al. 1 LAVS, ou lorsque des cotisations demeurent impayées en raison de l'insolvabilité de l'employeur. Dans la première éventualité, le dommage est réputé survenu au moment de l'avènement de la péremption ; dans la seconde, au moment où les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire, eu égard à l'insolvabilité du débiteur (ATF 123 V 12 consid. 5b et les références citées). Ainsi, en cas de faillite, en raison de l'impossibilité pour la caisse de récupérer les cotisations dans la procédure ordinaire de recouvrement, le dommage subi par la caisse est réputé être survenu le jour de la faillite (ATF 129 V 193 consid. 2.2 ; 126 V 443 consid. 3a). Selon l'art. 52 al. 3 LAVS, dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2019, 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. Selon la jurisprudence, la caisse de compensation a connaissance du dommage, au sens de l'art. 52 al. 3 LAVS, 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

- 18 - collocation (et l'inventaire) est déposé pour être consulté (ATF 129 V 193 consid. 2.1 et 2.3 et les références citées). b) C'est à tort que le recourant invoque cette jurisprudence pour contester sa responsabilité subsidiaire car elle n'a de portée qu'en matière de prescription. c) C'est le lieu d'observer que la prescription n'est en l'occurrence pas acquise. aa) Une réforme des règles sur la prescription des prétentions découlant d'un acte illicite ou d'un enrichissement illégitime est entrée en vigueur le 1er 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). Aux termes de l'art. 52 al. 3 LAVS dans sa version en vigueur dès le 1er janvier 2020, 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]). 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

- 19 - droit, ne sont pas encore prescrites ou périmées à ce moment-là (ATF 132 V 159 consid. 2 et les références citées). bb) En l'espèce, au sens de l'art. 52 al. 3 LAVS en vigueur jusqu'au 31 décembre 2019, le dommage est réputé survenu le jour de la faillite, soit le 21 octobre 2016. La Caisse a interrompu le délai de prescription relatif de deux ans par la décision du 13 mars 2018. A l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition de l'art. 52 al. 3 LAVS le 1er janvier 2020, le délai de prescription absolu de cinq ans n'était pas encore échu. S'il est porté à dix ans avec le nouveau droit de prescription, en revanche, il ne court pas depuis la survenance du dommage comme sous l'ancien droit 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), soit en l'espèce à l'échéance de paiement des cotisations. La prescription absolue n'est ainsi pas acquise.

E. 8

a) S'agissant de la responsabilité du recourant, il apparaît en substance que de par sa qualité d'unique administrateur avec signature individuelle, en fonction depuis le 24 octobre 2006, Z._____ avait à ce titre de plein droit la qualité d'organe de la société et devait assumer les tâches prescrites par la loi (art. 716 ss CO). Il lui appartenait, entre autres obligations, de se tenir régulièrement au courant de la situation de trésorerie et de la marche des affaires de la société ainsi que de veiller personnellement à l'acquittement périodique des cotisations paritaires afférentes aux salaires versés. En l'occurrence, c'est avec un retard récurrent qu'étaient communiquées toutes les informations utiles à la Caisse, en particulier la déclaration nominative annuelle des salaires versés, ce à tel point que cette carence a été sanctionnée pénalement pour l'exercice 2013. Le recourant s'est par ailleurs abstenu de communiquer à l'intimée l'augmentation sensible de la masse salariale en cours d'année, contrairement à l'obligation prescrite par l'art. 24 al. 4 RAVS.

- 20 - Il apparaît que le recourant a fait preuve de la même négligence s'agissant de la comptabilité de la société. Il ressort en effet du rapport du commissaire au sursis du 13 novembre 2014 que ce n'est qu'à cette date que la comptabilité de l'exercice 2013 lui a été remise, nonobstant le délai imparti à cet effet au 31 octobre 2014, et que l'établissement des comptes 2013 supposait également la clôture et la révision des comptes 2012. En l'absence d'une comptabilité régulièrement tenue, le recourant ne pouvait évaluer exhaustivement la situation financière de la société, partant s'assurer des liquidités nécessaires au versement des acomptes de cotisations, respectivement des décomptes définitifs. Le procès-verbal d'interrogatoire du 24 août 2016 du recourant dans le cadre de la faillite ne fait que confirmer les carences dans la gestion de la société, l'une des causes de l'insolvabilité étant résumée ainsi : « En 2013 : manque de liquidités – gestion sur le plan interne – absence de structure interne permettant un suivi des chantiers et des liquidités ». b) Selon l'art. 298 al. 1 LP (loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite ; RS 281.1), le débiteur peut poursuivre son activité sous la surveillance du commissaire. Le juge du concordat peut cependant prescrire que certains actes ne pourront être valablement accomplis qu'avec le concours du commissaire, ou autoriser le commissaire à poursuivre l'activité de l'entreprise à la place du débiteur. A moins que le juge du concordat n'en dispose autrement, il découle ainsi de l'art. 298 LP que le débiteur conserve la libre disposition de ses biens. Celui-ci peut poursuivre l'exploitation de son entreprise et accomplir tous les actes juridiques qui entrent dans le cadre de la gestion quotidienne de celle-ci, à l'exception toutefois de ceux qui sont mentionnés à l'art. 298 al. 2 LP, soit

d'aliéner ou de grever l'actif immobilisé, de constituer un gage, de se porter caution et de disposer à titre gratuit. Le devoir de l'employeur de s'acquitter des cotisations sociales au sens de l'art. 14 LAVS n'est en principe pas modifié par le prononcé d'un sursis concordataire. Le versement des cotisations dues sur les salaires payés n'entre pas dans la

- 21 - catégorie des actes juridiques qui tombent sous le coup des actes prohibés par l'art. 298 al. 2 LP. Par ailleurs, selon la jurisprudence, les montants dus à des institutions de prévoyance sociale à partir de la date du sursis sont des dettes de la masse qui ne sont pas touchées par le concordat et qui peuvent, de ce fait, être immédiatement payées. A moins que le juge n'en dispose autrement – en application de la seconde phrase de l'art. 298 al. 1 LP –, il appartient donc aux administrateurs de la société de verser les cotisations paritaires dans le cadre de la gestion des affaires courantes, et non au commissaire au sursis. Le fait que celui-ci soit chargé de la surveillance de l'activité de la société au sens de l'art. 298 al. 1 LP et puisse donner des instructions à la direction de la société concernant la priorité des paiements à effectuer ne libère pas les administrateurs, en leur qualité d'organe de la société, de leurs devoirs de surveillance et de contrôle en matière de paiement des cotisations sociales. Demeurent réservées les instructions contraires concrètes de la part du commissaire au sursis (TF 9C_953/2010 du 10 juin 2011 consid. 6.2. et les références). En l'espèce, en l'absence d'instructions du juge du concordat conférant une compétence exclusive au commissaire au sursis en matière de cotisations sociales et leur paiement n'entrant pas dans la catégorie des actes juridiques prohibés par l'art. 298 al. 2 LP, la responsabilité de Z._____ en sa qualité d'administrateur de la société pendant la période de sursis concordataire est également et pleinement engagée. Il ressort au demeurant des pièces au dossier de l'intimée que le recourant est le signataire des correspondances à la Caisse aussi pendant la période de sursis concordataire de même que la société est la destinataire des envois de la CVCI, sous réserve de quelques courriers au commissaire au sursis. c) Ainsi, le recourant n'a pas fait preuve de la diligence requise au regard des obligations qui lui incombent en sa qualité d'administrateur et son comportement est constitutif d'une négligence grave.

E. 9

a) Le recourant conteste le montant du dommage en ce sens que des cotisations sociales sont perçues sur des rétributions versées par la société à des sous-traitants ayant œuvré en qualité d'indépendants et

- 22 - que des remboursements de frais de déplacement et de représentation sont assimilés à des salaires. b) Dans la détermination du dommage entre en considération l'art. 14 al. 1 LAVS, imposant, en corrélation avec les art. 34 ss RAVS, à l'employeur de verser périodiquement à la caisse de compensation les cotisations perçues sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité dépendante, cotisations qui sont retenues lors de chaque paie, et la cotisation de l'employeur (ATF 132 III 523 consid. 4.4). Dans le domaine de l'assurance-chômage, une réglementation analogue est prévue par les art. 5 et 6 LACI (loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité ; RS 837.0). Il en va de même en matière d'allocations pour perte de gain (LAPG [loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain ; RS 834.1]), d'allocations familiales (LAFam [loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales ; RS 836.2]) et d'assurance-invalidité (LAI [loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité ; RS 831.20]). Le dommage, dont l'ampleur est égale au capital dont la caisse de compensation se trouve frustrée (ATF 108 V 189 consid. 2c), comprend les

cotisations paritaires dues en vertu des lois citées ci-dessus (LAVS, LAI, LACI, LAFam, LAPG) ; 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. 34a RAVS, les frais de poursuite et les intérêts moratoires selon l'art. 41bis RAVS (ATF 134 I 179 ; 121 III 382 consid. 3bb ; 113 V 186). c) Singulièrement, le recourant remet en cause les rapports de révision de la CNA du 7 avril 2016 concernant la société pour les périodes du 1er janvier 2013 au 31 mars 2014 ainsi que du 1er avril 2014 au 31 décembre 2014. Il conteste principalement que soient prises en compte au titre de salaires soumis à cotisations des rétributions versées à des sous- traitants qu'il considère comme indépendants et accessoirement que soient également soumis à cotisations des frais de déplacement et de représentation.

- 23 - aa) Le 18 avril 2016, la CVCI a rendu deux décisions consécutives aux rapports de la CNA, lesquels faisaient partie intégrante des décisions, qu'elle a notifiées à la société et communiquées au commissaire au sursis. La première portait sur la période précédant le sursis concordataire provisoire du 20 mars 2014, soit du 1er janvier 2013 au 28 février 2014, et la seconde sur la période du 1er mars 2014 au 31 décembre 2014, avec pour corollaire un ajustement, exclusivement temporel, des masses salariales issues de la révision par la CNA. Ces décisions n'ont pas fait l'objet d'opposition. bb) Dans la mesure où le grief du recourant revient à remettre en cause des décisions de cotisations antérieures entrées en force, se pose la question de savoir si sont réalisées les conditions d'une révision procédurale ou d'une reconsidération au sens de l'art. 53 LPGA, tant s'agissant du statut de salarié ou d'indépendant des sous-traitants en relation avec les rétributions versées par la société que s'agissant de l'assimilation de remboursement de frais à un salaire. Les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si la personne assurée ou l'assureur découvre subséquemment des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant (révision procédurale ; art. 53 al. 1 LPGA). L'assureur peut également revenir sur de telles décisions, indépendamment des conditions mentionnées ci-avant, lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable (reconsidération ; art. 53 al. 2 LPGA). Les mêmes conditions s'appliquent pour le réexamen d'une décision rendue en procédure simplifiée (art. 51 LPGA) qui n'a pas été contestée dans un délai raisonnable (ATF 143 V 105 consid. 2.1 ; 138 V 324 consid. 3 ; 134 V 145 consid. 5.3.1 ; 129 V 110). cc) En l'espèce, le recourant n'allègue ni faits nouveaux importants, ni moyens de preuve nouveaux. Par ailleurs, une procédure de reconsidération peut d'ores et déjà être exclue. En effet, l'administration

- 24 - n'est pas tenue de reconsidérer les décisions qui rempliraient les conditions fixées ; elle en a simplement la faculté et ni l'assuré ni le juge ne peut l'y contraindre (ATF 133 V 50 consid. 4.1 ; 119 V 475 consid. 1b/cc et 117 V 8 consid. 2a ; cf. TF 8C_609/2010 du 22 mars 2011 consid. 2.1 et 8C_866/2009 du 27 avril 2010 consid. 2.2). Ainsi, outre qu'il n'apparaît quoi qu'il en soit pas que la CVCI ait effectué une transcription erronée des montants repris au titre de salaires soumis à cotisations dans le cadre du contrôle de la CNA, le principe et l'étendue de cette reprise ne peuvent être remis en question, faute de réalisation des conditions d'une révision procédurale ou d'une reconsidération. d) Toujours en relation avec le montant du dommage, le recourant fait valoir que le recouvrement de créances en faveur de la société était attendu à hauteur de 200'000 fr. dans le cadre de la faillite, permettant ainsi la totale réparation du dommage. L'inventaire établi le 29 juin 2016

fait état de diverses créances litigieuses pour un montant de 437'483 fr. 10, d'avoirs bancaires et créances encaissées à hauteur de 1'705 fr. 63 ainsi que 48'890 fr. au titre d'objets mobiliers. Dans sa demande du 27 octobre 2016 d'autorisation de liquider la faillite en la forme sommaire, le préposé de l'Office des faillites de l'arrondissement de B. _____ a certes mentionné l'existence de factures ainsi que de créances sur différents chantiers encore à encaisser tout comme un montant de 150'000 fr. présumé en mains d'un agent d'affaires breveté. Il n'en demeure pas moins que l'état de collocation du 11 janvier 2019 fait mention de créances produites à hauteur de 7'306'957 fr. 64 et admises à hauteur de 4'463'061 fr. 32, la différence résultant des créances suspendues pour un total de 2'344'447 fr. 40 et contestées pour un total de 499'448 fr. 90. De tels chiffres démontrent que les expectatives d'encaissement de créances étaient à l'évidence compromises si ce n'est illusoire. Par ailleurs, un recouvrement de créances à hauteur de 200'000

- 25 - fr. n'aurait en aucun cas pu désintéresser l'intimée. En effet, dans la mesure où il ressort de l'état de collocation l'admission de créances de première classe pour un montant total de 509'280 fr. 55, la Caisse, créancière de deuxième classe, ne pouvait espérer le moindre dividende. e) A l'exception des cotisations sociales perçues sur les rétributions des sous-traitants ainsi que sur les frais de déplacement et représentation (cf. consid. 9c ci-dessus), le recourant ne conteste pas l'un ou l'autre des montants réclamés dans la décision du 13 mars 2018 au titre de cotisations sociales, frais administratifs, de sommation et de poursuites, ou encore d'intérêts. De surcroît, le calcul du montant réclamé au recourant n'apparaît pas critiquable au vu du décompte figurant dans la décision du 13 mars 2018. f) 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 incombaient en matière de cotisations sociales, 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 de 159'045 fr. 85 subi par la caisse intimée est pleinement engagée, sans qu'il s'impose de donner suite aux mesures d'instruction requises par les parties. Celles-ci ne seraient en effet pas de nature à modifier les considérations qui précèdent, les faits pertinents ayant pu être constatés à satisfaction de droit (appréciation anticipée des preuves ; ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 ; 130 II 425 consid. 2.1).

E. 10

a) Le recours, mal fondé, doit être rejeté et la décision sur opposition litigieuse confirmée.
b) Il n'y a pas lieu de percevoir de frais judiciaires (art. 61 let. a LPGA dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2020, applicable conformément à l'art. 82a LPGA), ni d'allouer de dépens à la partie recourante, qui n'obtient pas gain de cause (art. 61 let. g LPGA).

- 26 -