

Tribunal fédéral – 9C_423/2014
destiné à la publication
II^e Cour de droit social
Arrêt du 10 août 2015 (d)

Newsletter septembre
2015

Résumé et analyse

Responsabilité de
l'employeur ;
prescription

Proposition de citation :

Art. 14 ss, 52 LAVS ;
135 ss CO

Giuseppe Donatiello, Quelle prescription
pour quelle créance de la caisse de
compensation pendant la procédure de
faillite ? Analyse de l'arrêt du Tribunal
fédéral 9C_423/2014, Newsletter
DroitDuTravail.ch septembre 2015



Quelle prescription pour quelle créance de la caisse de compensation pendant la procédure de faillite ? Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_423/2014

Giuseppe Donatiello, docteur en droit, avocat à Genève (spécialiste FSA en droit du travail)¹

I. Objet de l'arrêt

La prescription continue à remplir les chroniques judiciaires. Comme pour une diva, il semblerait que peu importe qu'on en parle en bien ou en mal, on ne peut pas se priver d'en parler. Les obligationnistes se souviennent d'ailleurs de la monographie que lui a consacrée Karl Spiro, sur plusieurs centaines de pages², reflet de la complexité du sujet. Plus récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'application des délais de péremption ou de prescription du droit suisse à l'encontre d'un travailleur victime de l'amiante avait limité l'accès à un tribunal à un point tel que le droit de ce travailleur et de ses héritiers s'en était trouvé atteint dans sa substance même, violant ainsi l'article 6 paragraphe 1 CEDH³. Force est d'admettre que l'application des dispositions de droit suisse en matière de prescription peut être problématique, voire insatisfaisante. Dans l'arrêt du Tribunal fédéral objet de la présente analyse, ce n'est pas une personne privée qui a eu à subir les conséquences juridiques de la prescription, mais une autorité administrative, à savoir une caisse de compensation, qui a été privée de plusieurs centaines de milliers de francs.

¹ L'auteur remercie vivement Me Marianne SMADJA pour sa précieuse relecture.

² KARL SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, Berne 1975.

³ CourEDH, Howald Moor et autres c. Suisse (52067/10 et 41072/11) 11 mars 2014, not. § 79 s., p. 18.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Du 3 octobre 1995 au 19 août 2003, un particulier (ci-après, le particulier ou l'intimé) a été le directeur et, ensuite, le membre unique du conseil d'administration d'une société anonyme (ci-après, la société anonyme ou la faillie). La faillite de cette dernière a été ouverte le 29 janvier 2007, puis close le 28 août 2012. La société anonyme a alors été radiée. La caisse de compensation du canton d'Argovie, à laquelle la faillie était assujettie pour le paiement des cotisations sociales, a, par décision du 10 février 2013, puis par décision sur opposition du 25 avril 2013, réclamé au particulier le paiement de la somme de CHF 450'373,65 au titre de dommages-intérêts pour les cotisations sociales de droit fédéral et cantonal que la faillie ne lui avait pas versées.

Sur recours du particulier et par arrêt du 15 avril 2014, le tribunal des assurances argovien a annulé la décision sur opposition du 25 avril 2013 pour cause de prescription de la prétention en dommages-intérêts.

L'Office fédéral des assurances sociales (ci-après, OFAS ou le recourant) a recouru au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal, en concluant à l'annulation de celui-ci et au renvoi de l'affaire à la juridiction cantonale pour nouvelle décision sur la prétention en dommages-intérêts, celle-ci n'étant, à son avis, pas prescrite. Le Tribunal fédéral a rejeté le recours.

B. Le droit

Selon l'article 52 alinéa 3 1^{ère} phrase LAVS, la prétention en dommages-intérêts de la caisse de compensation se prescrit deux ans après que cette dernière a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance de celui-ci. Ces délais peuvent être interrompus (art. 52 al. 3 2^{ème} phr. LAVS). La caisse de compensation fait valoir sa créance en réparation du dommage par voie de décision (art. 52 al. 4 LAVS).

Après avoir rappelé ces dispositions légales (consid. 2.1), le Tribunal fédéral débute son analyse en déterminant le moment de la survenance du dommage, date à partir de laquelle commence à courir le délai absolu de prescription de 5 ans en vertu l'article 52 alinéa 3 1^{ère} phrase LAVS. Il distingue deux hypothèses : d'une part le moment où, sur le plan juridique, le droit pour la caisse de compensation de percevoir des cotisations se prescrit (art. 16 al. 1 LAVS), et d'autre part le moment où, de fait, la caisse de compensation n'a plus la possibilité de recouvrer les cotisations selon la procédure prévue à cet effet (art. 14 ss LAVS) à cause de l'insolvabilité de l'employeur. Dans cette seconde hypothèse, en règle générale, le dommage survient au moment où un acte de défaut de biens est délivré ou au moment de l'ouverture de la faillite de l'employeur (consid. 2.2).

Le Tribunal fédéral poursuit son raisonnement en indiquant que la LAVS ne règle ni les conditions ni les effets juridiques de l'interruption de prescription selon l'article 52 alinéa 3 2^{ème} phrase LAVS. Il se réfère à cet égard aux articles 135 ss CO. Cependant, si en droit privé seuls les actes mentionnés à l'article 135 alinéas 1 et 2 CO sont interruptifs de la prescription, tous les actes par lesquels la caisse de compensation fait valoir, de manière appropriée, la prétention en dommages-intérêts vis-à-vis du débiteur ont un tel effet sous l'angle de l'article 52 alinéa 3 2^{ème} phrase LAVS (consid. 2.3).

Une fois ces principes juridiques posés, le Tribunal fédéral considère que les parties à la procédure ont eu raison de ne pas contester dans le cas particulier que le dommage de la caisse de compensation était survenu le 29 janvier 2007, date d'ouverture de la faillite de la société anonyme et, de ce fait, moment à partir duquel les cotisations sociales dues par l'employeur ne pouvaient plus être perçues selon la procédure ordinaire des articles 14 ss LAVS. De même, il ne faisait pas de doute que le délai absolu de prescription de cinq ans selon l'article 52 alinéa 3 1^{ère} phrase LAVS était déjà échu lorsque la caisse de compensation a fait valoir contre le particulier sa créance en réparation du dommage par décision du 10 février 2013, à moins qu'il n'eût été interrompu avant le 29 janvier 2012. À ce propos, l'OFAS soutenait que la caisse de compensation avait accompli plusieurs actes interruptifs de la prescription, se référant à deux décisions de rappel (du 5 novembre 2009 et du 30 août 2010), à deux décisions sur opposition (du 8 mai 2007 et du 9 mars 2012) et à quatre productions de créances dans la faillite de la société anonyme (du 8 mai 2007, du 5 novembre 2009, du 30 août 2010 et du 20 avril 2012) (consid. 3).

Pour sa part, reprenant l'analyse du tribunal cantonal, le Tribunal fédéral retient que les actes dont se prévalait le recourant concernaient la procédure de perception des cotisations ou la procédure de faillite à l'encontre de la société anonyme. Ils ne concernaient pas la prétention en dommages-intérêts contre l'intimé en sa qualité d'organe subsidiairement responsable de l'ancien employeur. La prétention de la caisse de compensation visant la perception des cotisations (le cas échéant, poursuivie lors de la procédure de faillite) selon l'article 14 alinéa 1 LAVS en lien avec les articles 34 ss RAVS d'une part et, d'autre part, la prétention en dommages-intérêts selon l'article 52 LAVS, ne sont pas identiques sur le plan juridique. En outre, la première reposait immédiatement sur le devoir légal de la faillie d'effectuer un décompte et de payer des cotisations. En revanche, la seconde n'était née qu'avec la survenance du dommage à la suite de l'insolvabilité de la faillie (consid. 4.1).

La différence entre les deux prétentions vaut également en matière de prescription. Dès lors, la prescription de la prétention en dommages-intérêts à l'encontre de l'organe de l'employeur ne peut être interrompue que par des actes juridiques qui se réfèrent à cette même prétention. En l'espèce, un tel acte interruptif de prescription à l'encontre de l'intimé faisait défaut, de sorte que la prétention de la caisse de compensation contre ce dernier en réparation du dommage s'était prescrite cinq ans après l'ouverture de la faillite de la société anonyme, c'est-à-dire bien avant le prononcé de la décision du 10 février 2013 (consid. 4.2).

Après avoir répondu ainsi à la question juridique que soulevait le recours, le Tribunal réfute l'argument du recourant selon lequel une analyse différente s'imposait selon un arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 15 septembre 2005 (consid. 4.3).

III. Analyse

A. *Melius abundare quam deficere*

Cet arrêt du Tribunal fédéral inspire au praticien un sentiment de prudence. Tout juriste devant faire valoir une prétention sait qu'il doit se poser la question de la prescription ou de la péremption. Au moment de répondre à cette question, il vaut mieux accepter l'idée que l'on peut se tromper ou que les avis juridiques peuvent diverger. Pouvoir s'appuyer sur un avis doctrinal peut ne pas suffire (l'avis doctrinal dont s'est prévalu l'OFAS a été écarté par le Tribunal fédéral dans l'affaire examinée). En pratique, tant que cela est possible, le juriste

sera bien inspiré de contrecarrer la complexité des dispositions en matière de prescription par des stratégies d'esquive de toute éventuelle querelle en la matière, quitte à accomplir des actes qui pourraient se révéler strictement inutiles. Ainsi, l'on peut imaginer de demander au débiteur une déclaration de renonciation à l'exception de la prescription, ou encore de procéder à un acte interruptif de la prescription dans le délai que l'on aura calculé sur la base des hypothèses de computation les plus défavorables. Quand bien même de telles démarches peuvent être strictement inutiles, elles comportent un coût, en soi inutile également, mais qui correspond au prix de la sécurité dans un système complexe et qui connaît trop de subtilités pour pouvoir la garantir. De telles stratégies d'esquive ne peuvent toutefois pas toujours être mises en place. En outre, ne pas les avoir accomplies ne doit pas être une raison de donner tort au demandeur, lorsque la divergence d'opinions concernant l'application des règles en matière de prescription devrait être résolue en sa faveur.

B. Obligation primaire ou secondaire ?

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral affirme que le dommage d'une caisse de compensation du fait qu'elle ne peut plus percevoir les cotisations survient au moment de l'ouverture de la faillite de l'employeur (consid. 2.2). Il ajoute que, dans le cas particulier, les parties à la procédure ont eu raison de se référer à cette règle et de retenir la date de l'ouverture de la faillite de la société anonyme comme moment de survenance du dommage de la caisse de compensation (consid. 3). Cela dit, la notion de dommage est inhérente à une prétention en dommages-intérêts. Elle concerne l'obligation secondaire en réparation qui résulte de la violation de l'obligation primaire. En suivant cette partie de l'analyse du Tribunal fédéral, l'on comprend que, dès l'ouverture de la faillite, la caisse de compensation ne poursuit plus le paiement des cotisations, mais la réparation du dommage qui résulte du défaut de paiement de celles-ci. Ainsi, le Tribunal fédéral lui-même affirme qu'en l'espèce, à partir de l'ouverture de la faillite de la société anonyme, les cotisations sociales dues par l'employeur ne pouvaient plus être perçues selon la procédure ordinaire des articles 14 ss LAVS (« *und die von der Arbeitgeberfirma geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge mithin nicht mehr im ordentlichen Verfahren nach Art. 14 ff. AHVG erhoben werden konnten* » ; consid. 3).

Ensuite, en confirmant l'avis du tribunal cantonal, le Tribunal fédéral part de l'idée que, dans la procédure de faillite, la caisse de compensation a continué à poursuivre le paiement des cotisations qui lui étaient dues de la part de la faillie (« *Bei der (auch im Konkursverfahren eingegebenen) Beitragsforderung der zuständigen Ausgleichskasse gemäss Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV* » ; consid. 4.1). Dans cette partie de son raisonnement, le Tribunal fédéral se réfère à l'obligation primaire correspondant au droit de la caisse de compensation de percevoir des cotisations. Sa réflexion se situe en amont de la survenance d'un dommage et de l'obligation secondaire visant la réparation de celui-ci. Ainsi, il semble que le Tribunal fédéral considère que les actes dont se prévalait le recourant (cf. consid. 3), notamment les productions de créances, concernaient la créance primaire en paiement des cotisations. En suivant cette partie de l'analyse du Tribunal fédéral, l'on comprend que l'ouverture de la faillite ne comporte pas nécessairement la substitution de la créance primaire de la caisse de compensation par une créance indemnitaire.

À quelques lignes d'intervalle, le Tribunal fédéral semble, à la fois, exclure la créance primaire de la caisse de compensation visant la perception des cotisations à compter de l'ouverture de la faillite (créance qui serait dès lors remplacée par une prétention

indemnitaire pour le dommage subi) et admettre la poursuite de la créance primaire dans la procédure de faillite, à tout le moins jusqu'au moment des productions de créances. De ce fait, le raisonnement du Tribunal fédéral est troublant en relation avec le moment précis où, dans le cadre de la procédure en faillite, la créance indemnitaire de la caisse de compensation remplace la créance primaire de cette dernière. Les deux créances ne peuvent pas exister l'une à côté de l'autre, mais seulement l'une après l'autre, comme le Tribunal fédéral le laisse entendre lui-même (consid. 4.1).

L'ouverture d'une faillite ne comporte pas nécessairement l'impossibilité pour la caisse de compensation d'obtenir la somme intégrale des cotisations qui lui sont dues. S'il est vraisemblable qu'une partie des créanciers n'obtienne pas satisfaction pour leurs créances à cause de la situation d'insolvabilité du failli, l'article 219 LP établit un ordre de priorité. Ainsi, parmi les créances non garanties par gage, la créance de la caisse de compensation bénéficie d'un traitement favorable, car elle est colloquée en deuxième classe, selon l'article 219 alinéa 4, deuxième classe, lettre b LP. Cette disposition légale vise les « créances de cotisations ». Il est donc possible que ces dernières soient satisfaites intégralement et que seules les créances d'autres créanciers, par hypothèse colloquées en troisième classe, fassent les frais de l'insolvabilité du failli. Si un dommage peut être futur, il doit, à tout le moins, être prévisible et déterminable au sens de l'article 42 alinéa 2 CO pour que la créance indemnitaire naisse. Dans une procédure de faillite, l'on conçoit mal que de telles exigences de prévisibilité et de déterminabilité puissent être satisfaites avant que l'état de collocation ne soit définitif, que l'administration ne soit en possession du produit de la réalisation de tous les biens (art. 261 LP), que les frais de procédure ne soient fixés définitivement (art. 262 LP) et, finalement, que le dividende qui revient à la caisse de compensation ne lui soit communiqué (art. 263 LP). Il est soutenable d'affirmer qu'en principe, c'est seulement à ce moment qu'un dommage peut survenir, si le dividende de la caisse de compensation est inférieur à 100%, la créance primaire de cette dernière cédant alors le pas à sa créance en dommages-intérêts pour le solde. Dans le cas particulier, il est évident que si le moment de la survenance du dommage eût été fixé de la sorte, la prétention indemnitaire de la caisse de compensation n'eût pas été prescrite, car la dernière des productions de créances de cette dernière datait du 20 avril 2012, de sorte que l'état de collocation n'était pas encore définitif à cette date.

C. Une subsidiarité pouvant être améliorée

Indépendamment des remarques qui précèdent, l'on peut enfin relever que la cohérence interne de l'article 52 LAVS est mal assurée. La prescription selon l'article 52 alinéa 3 LAVS vaut tant pour la prétention indemnitaire dirigée contre l'employeur (art. 52 al. 1 LAVS) que pour la prétention indemnitaire dirigée contre les membres de l'administration et les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation de l'employeur, si ce dernier est une personne morale (art. 52 al. 2 LAVS). De pratique constante, cette dernière prétention est toutefois subsidiaire à la première. Il serait donc logique qu'elle fasse l'objet d'une règle de prescription *ad hoc*, tenant compte de ce caractère subsidiaire.