Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Cour des assurances sociales
du Tribunal fédéral

Cause
{T 7}
H 221/04

Arrêt du 2 février 2006
IVe Chambre

Composition
MM. et Mme les Juges Ursprung, Président, Widmer et Frésard. Greffier : M. Wagner

Parties
W._____, recourant, représenté par Me Gérard Gillioz, avocat, avenue de la Gare 64, 1920 Martigny,

contre

Caisse de compensation du canton du Valais, avenue Pratifori 22, 1950 Sion, intimée

Instance précédente
Tribunal cantonal des assurances, Sion

(Jugement du 26 octobre 2004)

Faits:
A.
La société M._____ SA, anciennement à X._____, a transféré son siège à Z._____. Inscrite le 14 juin 1995 au registre du commerce du Bas-Valais, elle avait pour but les travaux d'études, de montage, d'entretien et de maintenance d'installations industrielles, d'ouvrages d'art et autres constructions, l'étude et réalisation de travaux de levage et de manutention de colis lourds, la réalisation du transfert d'usines et d'unités de production, l'étude et fourniture en matière d'équipements industriels, ainsi que toutes opérations commerciales, financières convergentes, y compris la participation à d'autres entreprises à but analogue ou complémentaire. W._____ en était l'un des membres du conseil d'administration, avec la signature collective à deux.
Le 24 septembre 2001, la Caisse de compensation du canton du Valais a procédé à un contrôle d'employeur auprès de cette société. Par lettre du 28 septembre 2001, elle a informé M._____ SA que la révision avait révélé des montants importants versés par le débit du compte n°61180 «Autres services sous-traités» en faveur de tâcherons (1998: 391'978 fr.; 1999: 370'696 fr.; 2000: 776'717 fr.). A part cela, le rapport de révision constatait des différences entre les salaires comptabilisés et ceux déclarés à la caisse pour les années 1998 (12'069 fr.) et 1999 (956 fr.). Aussi bien le montant total des reprises s'élevait à 404'047 fr. pour l'année 1998 (391'978 + 12'069), à 371'652 fr. pour l'année 1999 (370'696 + 956) et à 776'717 fr. pour l'année 2000.
La faillite de la société M._____ SA a été prononcée le 23 octobre 2001.
Sur cette base, la caisse, par décision du 15 avril 2002, notifiée à l'Office des faillites de Z._____, a fixé à 224'287 fr. 70 les cotisations arriérées sur salaires pour la période du 1er janvier 1998 au 31 décembre 2000. Comme M._____ SA avait un solde créditeur auprès de la caisse pour les cotisations de l'année 2000, l'arriéré s'élevait finalement à 205'192 fr. 85.
Le 20 août 2002, dans une décision en réparation du dommage adressée à W._____, la caisse lui a réclamé 194'079 fr. 35, soit le montant précité de 205'192 fr. 85, réduit à 194'079 fr. 35 pour tenir compte du fait que l'intéressé avait démissionné de ses fonctions d'administrateur le 12 décembre 2000.

W._____ a formé opposition contre cette décision le 23 septembre 2002.
B.
B.a Le 11 octobre 2002, la Caisse de compensation du canton du Valais a ouvert action en réparation du dommage contre W._____ devant le Tribunal cantonal des assurances du canton du Valais.
B.b Par jugement du 8 octobre 2003, la juridiction cantonale a partiellement admis l'action en ce sens que la responsabilité de W._____ était reconnue pour la période allant de janvier 1998 jusqu'au 12 décembre 2000. Le tribunal a annulé la décision de la caisse dans la mesure où elle fixait à 194'079 fr. 35 la créance en réparation à l'encontre du défendeur. Il a renvoyé la cause à ladite caisse à charge pour elle d'établir le montant du dommage pour la période allant de janvier 1998 au 30 novembre 2000.
Sur recours de W._____ contre ce jugement, le Tribunal fédéral des assurances, par arrêt du 10 février 2004, a annulé celui-ci et renvoyé la cause au Tribunal cantonal des assurances du canton du Valais pour complément d'instruction et nouveau jugement au sens des motifs.
B.c La juridiction cantonale a invité la Caisse de compensation du canton du Valais à déposer ses observations, accompagnées des éventuelles pièces en sa possession relatives au statut des tâcherons.
Par lettre du 12 mai 2004, la caisse de compensation a informé le Tribunal cantonal des assurances qu'elle avait effectué en décembre 2003 de nouvelles vérifications auprès de la fiduciaire Lemano en ce qui concerne la société faillie. Elle produisait une communication de la CNA du 5 janvier 2004, dont il ressortait qu'à part quelques exceptions, les personnes qui avaient été recensées dans le cadre du contrôle d'employeur n'avaient pas qualité de personne de condition indépendante lorsqu'elles travaillaient pour le compte de M._____ SA. Produisant également un rapport de contrôle complémentaire du 26 mars 2004, la caisse de compensation avisait la juridiction cantonale que la somme de 194'079 fr. 35 réclamée à W._____ dans la décision en réparation du dommage du 20 août 2002 devait être réduite de 105'165 fr. 30 (94'785 fr. 80 [cotisations facturées en trop pour 1998, 1999 et janvier à novembre 2000]+ 10'379 fr. 50 [intérêts moratoires facturés sur la somme de 94'785 fr. 80 jusqu'au 23 octobre 2001]). Le montant du dommage dont elle demandait réparation était ainsi ramené à 88'914 fr. 05 (194'079 fr. 35 - 105'165 fr. 30).
Par lettre du 5 juillet 2004, W._____ s'est déterminé sur le nouveau décompte de la caisse de compensation, la qualification du statut de tâcheron et la question de sa responsabilité. Niant toute négligence grave de sa part, il a demandé à être libéré de toute responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS.
La caisse de compensation et W._____ ont déposé leurs observations, la première les 14 juillet et 15 septembre 2004 et le second les 23 juillet et 7 octobre 2004.
Par jugement du 26 octobre 2004, le Tribunal cantonal des assurances a admis dans le sens des considérants l'action en réparation du dommage, prononcé que W._____ était reconnu devoir 88'914 fr. 05 à la Caisse de compensation du canton du Valais et levé jusqu'à due concurrence l'opposition du 23 septembre 2002 à la décision du 20 août 2002.
C.
W._____ interjette un recours de droit administratif contre ce jugement, en concluant, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de celui-ci.
La Caisse de compensation du canton du Valais conclut au rejet du recours. L'Office fédéral des assurances sociales n'a pas déposé d'observations.

Considérant en droit:
1.
Il est établi que les rémunérations versées par M._____ SA à des tâcherons provenaient d'une activité salariée. En effet, les premiers juges, dans le cadre de l'instruction complémentaire à laquelle ils ont procédé à la suite de l'arrêt de renvoi du 10 février 2004, ont examiné le bien-fondé de la décision de cotisations du 15 avril 2002 sous l'angle de la qualification du revenu sujet à reprise. Ils ont retenu que les éléments en faveur d'une activité lucrative dépendante apparaissaient prédominants, au sens de la LAVS et de la jurisprudence, point qui n'est pas remis en cause devant la Cour de céans.
1.1 Le litige porte sur la responsabilité du recourant dans le préjudice causé à l'intimée, au sens de l'art. 52 LAVS, résultant du non-paiement par M._____ SA de cotisations paritaires sur les rémunérations versées par la société à des tâcherons, d'une part, et, d'autre part, sur le montant du dommage.
1.2 La décision litigieuse n'ayant pas pour objet l'octroi ou le refus de prestations d'assurance, le Tribunal fédéral des assurances doit se borner à examiner si les premiers juges ont violé le droit fédéral, y compris par

l'excès ou par l'abus de leur pouvoir d'appréciation, ou si les faits pertinents ont été constatés d'une manière manifestement inexacte ou incomplète, ou s'ils ont été établis au mépris de règles essentielles de procédure (art. 132 en corrélation avec les art. 104 let. a et b et 105 al. 2 OJ).
2.
La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'art. 52 LAVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'art. 52 LAVS et les art. 81 et 82 RAVS ont été abrogés. Le cas d'espèce reste toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, conformément au principe général de droit transitoire, selon lequel - même en cas de changement des bases légales - les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1).
3.
3.1 En vertu de l'art. 52 LAVS (teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002), 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. Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom (ATF 123 V 15 consid. 5b, 122 V 66 consid. 4a, 119 V 405 consid. 2 et les références).
3.2 Selon la jurisprudence, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui manque de l'attention qu'un homme raisonnable aurait observée dans la même situation et dans les mêmes circonstances. La mesure de la diligence requise s'apprécie d'après le devoir de diligence que l'on peut et doit généralement attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie que celle de l'intéressé (ATF 112 V 159 s. et les arrêts cités).
Vu la multitude des formes possibles de collaboration, il peut exister des situations-limites, propres à engendrer des incertitudes sur l'interprétation légale en ce qui concerne le statut de cotisant de personnes travaillant pour le compte d'une entreprise. Dans de tels cas, s'il apparaît après coup que des rémunérations sont soumises à l'obligation de cotiser et qu'en toute bonne foi plusieurs interprétations sont possibles en ce qui concerne la qualification du revenu en la matière, il n'y a pas sur ce point de négligence grave de la part de l'employeur (Thomas Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, in PJA 1996, p. 1078 et les références sous note n°90; arrêts ASC du 11 octobre 1994 [H 124/94], F. du 19 octobre 1995 [H 101/95], G. du 5 novembre 1997 [H 330/96 + H 331/96]et X. du 13 juin 2001 [H 390/00]).
4.
4.1 Selon les premiers juges, le recourant savait, pouvait ou devait savoir, en 1999 déjà, que les salaires des tâcherons pour cette année-là et l'an 2000 étaient soumis à cotisations. Ils ont constaté que le recourant, lors de l'assemblée générale de M._____ SA du 23 juillet 1999, avait demandé des explications sur le poste comptable « sous-traitance/autres services extérieurs », mais que cette question n'avait été suivie d'aucun résultat pour la caisse, sans que le recourant entreprenne une démarche quelconque en vue du paiement des cotisations dues sur les revenus versés par la société aux tâcherons.
De l'avis de la juridiction cantonale, cette constatation suffit à fonder la négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS reprochée au recourant, lequel, par sa passivité, a violé ses devoirs de gérant diligent, l'administrateur d'une société anonyme étant tenu de veiller personnellement à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires des employés de l'entreprise soient versées à la caisse de compensation.
4.2 Toutefois, le fait que le recourant, lors de la séance du Conseil d'administration de M._____ SA du 23 juillet 1999, a demandé à connaître le détail du poste charges: « sous-traitance/autres services extérieurs » n'est pas déterminant sous l'angle de l'art. 52 LAVS. En effet, cela concerne les comptes de l'exercice 1998, dont l'approbation était inscrite à l'ordre du jour. Or, comme cela ressort des pièces remises à la caisse intimée par le mandataire du recourant dans le cadre de l'instruction complémentaire, la Société Fiduciaire L._____ - qui était l'organe de révision de M._____ SA - a constaté, en ce qui concerne l'exercice 1998, que la nature des charges du compte n°61180 « Autres services sous-traités » ne concernait nullement des tâcherons (Détail du compte, en annexe à une communication de la fiduciaire du 27 novembre 2002).
4.3 Le recourant fait valoir pour l'essentiel que la présomption de faute grave ne va pas de soi, étant donné qu'il était dans l'ignorance pendant toute la durée de son mandat d'administrateur de M._____ SA de la problématique des tâcherons rémunérés par la société.

4.4 Les faits pertinents ayant été constatés d'une manière manifestement incomplète par les premiers juges, il y a lieu de constater d'office que, comme cela ressort du dossier, M._____ SA a versé des rémunérations à des tâcherons en 1999 et en 2000 et que ces versements ont dépassé en importance le paiement des employés de la société. Les contrats de tâcheron conclus par M._____ SA pendant cette période prévoyaient une prestation financière convenue sous la forme d'un forfait journalier, des prestations particulières - véhicule mis à disposition par M._____ depuis le siège de M._____ SA, prestations hôtelières organisées et payées par M._____ SA, organisation et paiement des repas pris sur sites par M._____ SA, paiement du forfait journalier convenu toutes les fins de semaines, en cash -, et la disposition particulière suivante : le tâcheron prend à sa charge les prestations usuelles d'un indépendant, soit les cotisations AVS/AC/APG et décharge M._____ SA de toutes obligations à cet égard, ceci en raison même de la nature du contrat qui lie les parties.
Il résulte de ces éléments de fait qu'à partir de 1999, M._____ SA a mis en place une pratique en matière de rémunérations consistant dans la conclusion de contrats avec des tâcherons. Etant donné que cette pratique dépassait en importance le paiement des employés de la société, le fait que le recourant, en sa qualité de membre du conseil d'administration, en a ignoré jusqu'à l'existence même est un indice d'une violation de son devoir de diligence dans l'exercice de la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion (art. 716a al. 1 ch. 5 CO).
Contrairement à ce que laisse entendre le recourant, on ne se trouve pas dans le cas particulier dans une situation-limite au sens de la jurisprudence (supra, consid. 3.2). Il s'agit ici non pas de cas isolés de tâcherons qui auraient pu échapper à la surveillance de l'administrateur, mais d'une pratique à grande échelle de M._____ SA en matière de rémunérations qui s'est étendue sur des années. Par ailleurs, le contrat de tâcheron proposé par cette société avait toutes les caractéristiques d'un contrat de travail. Ces caractéristiques étaient reconnaissables pour un employeur, même sans connaissances spécifiques.
Il résulte de ce qui précède que le recourant a manqué à son devoir de diligence en n'exerçant pas la surveillance que l'on pouvait attendre de lui en sa qualité d'administrateur de M._____ SA sur les personnes chargées de la gestion de la société et qu'il a ainsi commis une négligence qui doit, sous l'angle de l'art. 52 LAVS, être qualifiée de grave (ATF 112 V 159 s. consid. 4). Sur ce point, le recours est mal fondé.
5.
Reste à examiner le calcul du dommage.
5.1 Dans son préavis du 12 mai 2004, l'intimée a ramené le dommage à 88'914 fr. 05 (194'079 fr. 35 - 105'165 fr. 30) pour la période entre 1998 et novembre 2000.
5.2 Le recourant déclare que, par manque de preuve, il ne peut se déterminer de façon absolue sur le mode de calcul, puisqu'il ne possède pas de moyen de contrôle. Il indique que toutes les pièces comptables de l'année 2000 sont déposées auprès de l'Office des poursuites et faillites de Z._____ et met en doute la comptabilité de M._____ SA en ce qui concerne l'année 2000, dont il relève qu'elle n'a pas été révisée par la Société Fiduciaire L._____.
5.3 Il ressort de la nouvelle appréciation de la situation effectuée par la caisse intimée le 6 février 2004, date du contrôle complémentaire, qu'en ce qui concerne l'année 2000 les rémunérations versées par M._____ SA à des tâcherons et sujettes à reprises ont été recensées sur la base des documents consultés les 18 et 19 décembre 2003 auprès de l'Office des Poursuites de Z._____.
Ces documents sont reproduits dans le dossier. Il s'agit du relevé de compte général pour l'année 2000 (pièce n°12), des bordereaux de paiement des tâcherons et du journal de caisse, lequel donne le détail des justificatifs (fascicules en annexes aux pièces n°12 et 18).
Ainsi que l'a indiqué l'intimée dans ses observations du 15 septembre 2004, les chiffres repris par la caisse sont ceux ressortant des documents comptables. Les affirmations du recourant mettant en doute la véracité des documents comptables pour l'exercice 2000 ne sont pas étayées par des éléments de preuve et ne sont donc pas propres à mettre en doute ces chiffres. La Cour de céans s'en tient donc au calcul du dommage effectué par l'intimée sur la base des documents comptables mentionnés ci-dessus (cf. le relevé des versements aux tâcherons, figurant dans les notes de révision de la caisse datées des 18 /19 décembre 2003).
5.4 En ce qui concerne le montant du dommage de 88'914 fr. 05, l'intimée a établi à ce sujet un décompte dans son préavis du 12 mai 2004, décompte que le recourant ne remet pas directement en cause. Il n'y a pas lieu de s'en écarter.
6.
Vu la nature du litige, la procédure est onéreuse (art. 134 OJ a contrario). Le recourant, qui succombe, suppor-

tera les frais judiciaires (art. 156 al. 1 en corrélation avec l'art. 135 OJ). Vu le sort de la cause, il ne saurait prétendre une indemnité de dépens pour l'instance fédérale (art. 159 al. 1 en liaison avec l'art. 135 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances prononce:
1.
Le recours est rejeté.
2.
Les frais de justice, d'un montant de 4'500 fr., sont mis à la charge du recourant et sont compensés avec l'avance de frais, d'un même montant, qu'il a effectuée.
3.
Le présent arrêt sera communiqué aux parties, au Tribunal cantonal des assurances du canton du Valais et à l'Office fédéral des assurances sociales.
Lucerne, le 2 février 2006
Au nom du Tribunal fédéral des assurances

Le Président de la IVe Chambre: Le Greffier: