

# FR\_GERICHTE 608 2020 198 vom 2. November 2021

FR Kantonsgericht, 2021-11-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_608\\_2020\\_198](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_608_2020_198)

FR: FR\_GERICHTE 608 2020 198 du 2 novembre 2021

IT: FR\_GERICHTE 608 2020 198 del 2 novembre 2021

## Regeste

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

## Erwägungen

### E. 1

Interjeté en temps utile et dans les formes légales auprès de l'autorité judiciaire compétente par une personne directement touchée par la décision attaquée et dûment représentée, le recours est recevable.

### E. 2.1

L'art. 14 al. 1 de la loi du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10), en corrélation avec les art. 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; l'obligation de payer les cotisations et de faire les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi; il 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 de compensation (ATF 111 V 172 consid. 2; 108 V 183 consid. 1a; 192 consid. 2a; RCC 1985 p. 646 consid. 3a, 650 consid. 2; 1983 p. 100; 1978 p. 258). Selon cette dernière disposition, en effet, 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. 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).

Tribunal cantonal TC Page 5 de 9 Un dommage se produit 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). Le dommage comprend les cotisations paritaires dues en vertu de la LAVS, de la loi sur l'assurance- invalidité (LAI; RS 831.20), de la loi 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 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).

## **E. 2.2**

L'art. 52 al. 2 LAVS prévoit une responsabilité subsidiaire des membres de l'administration et de toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation lorsque l'employeur est une personne morale, ainsi qu'une solidaire pour la totalité du dommage lorsque plusieurs personnes sont responsables du même dommage. La responsabilité subsidiaire au sens de l'art. 52 al. 2 LAVS suppose que la personne intéressée soit un organe formel ou de fait de l'employeur assujetti à l'obligation de payer des cotisations. Selon la jurisprudence (cf. arrêt TF 9C\_289/2009 du 19 mai 2010 consid. 2 et les références), 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; cette responsabilité 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 dits de fait. Sur la question du réel pouvoir exercé au sein de la société en dépit de l'inscription au registre du commerce, on notera enfin que la jurisprudence assimile le fait de servir d'homme de paille à une négligence grave (RCC 1986 p. 420; arrêt TFA H 126/04 du 8 septembre 2005) et que, dès lors, implicitement, le statut d'organe doit également être reconnu à l'homme de paille. Si une personne invoque que, dans les faits, elle ne fait plus partie d'un organe quand bien même l'inscription au registre du commerce est inchangée, la preuve qu'elle doit apporter présente un degré plus élevé qu'une simple probabilité prépondérante (arrêt TF 9C\_424/2016 du 26 janvier 2017 consid. 4.1 et les références citées). S'agissant plus particulièrement du cas d'une Sàrl, les gérants qui ont été formellement désignés en cette qualité, ainsi que les personnes qui exercent cette fonction en fait, sont soumis à des obligations de contrôle et de surveillance étendues, dont le non-respect peut engager leur responsabilité (art. 827 CO en corrélation avec l'art. 754 CO). Ils répondent selon les mêmes principes que les organes d'une société anonyme pour le dommage causé à une caisse de compensation ensuite du non-paiement de cotisations d'assurances sociales (ATF 126 V 237 consid. 4; arrêt TFA H 252/01 du 14 mai 2002 consid. 3b et d, in VSI 2002 p. 176; arrêts TF 9C\_344/2011 du 3 février 2012 consid. 3.2; 9C\_713/2013 et 9C\_716/2013 du 30 mai 2014 consid. 3.1; 9C\_546/2019 du 13 janvier 2020). 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 Tribunal cantonal TC Page 6 de 9 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 la personne recherchée en réparation. L'ancien Tribunal fédéral des assurances a admis ainsi notamment la négligence grave dans les cas où l'employeur déduit les cotisations de salariés sans les verser à la caisse de compensation (RCC 1985 p. 51).

### **E. 2.3**

En règle générale, il existe un lien de causalité adéquate entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations de sorte que celui-ci répond solidairement de tout le dommage subi par l'assurance en cas de faillite de la société (cf. ATF 132 III 523 consid. 4.5 et les références). 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). Toujours au vu des circonstances objectives et d'une appréciation sérieuse de la situation, il doit apparaître que les cotisations dues pourront être payées dans un délai raisonnable (cf. arrêt TF 9C\_436/2016 du 26 juin 2017 consid. 8.2 et les références).

### **E. 2.4**

D'après 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, à savoir 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 de la loi fédérale du 30 mars 1911

complétant le code civil suisse [Livre cinquième: Droit des obligations] [CO; RS 220]).

Tribunal cantonal TC Page 7 de 9

### **E. 3**

Est en l'espèce litigieuse, la responsabilité personnelle de la recourante pour le dommage causé à la caisse de compensation intimée. Elle est recherchée pour un montant de CHF 39'692.95, réduit le 31 août 2021 à CHF 32'119.25, correspondant à la somme des cotisations sociales impayées par la société B.\_\_\_\_\_ Sàrl durant les années 2017 à 2019 pour les restaurants H.\_\_\_\_\_ et J.\_\_\_\_\_, ainsi que des frais de poursuite et intérêts moratoires.

#### **E. 3.1**

Il ressort du registre du commerce du canton de Fribourg que la recourante était gérante de la société depuis 2006 avec C.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_, tous deux associés gérants, ainsi que N.\_\_\_\_\_, associé, jusqu'en novembre 2011. A partir de cette date, elle est devenue gérante présidente avec C.\_\_\_\_\_, toujours associé gérant, les deux autres associés ayant été radiés. A ce titre, elle avait indiscutablement qualité d'organe formel et il lui incombait de veiller à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés soient effectivement payées à la Caisse, conformément aux prescriptions légales. De ce fait, le montant réclamé par la Caisse porte incontestablement sur des cotisations relatives à une période durant laquelle elle était organe de la société.

#### **E. 3.2**

La recourante invoque comme premier motif disculpant qu'elle n'avait pas le pouvoir de disposer des cotisations ni celui d'effectuer les paiements à la caisse de compensation. Elle disposait cependant de la signature individuelle, de sorte que ce grief est infondé. Elle estime également qu'elle ne peut pas non plus être considérée comme un organe de fait puisqu'elle n'a à aucun moment influencé la marche des affaires de la société et n'a pas été rémunérée, directement ou indirectement, pour ses fonctions de gérante présidente. Ces affirmations ne sont cependant pas prouvées et ne sauraient ainsi être retenues. Ces éléments ne sont de toute manière pas déterminants car c'est précisément ce que l'on peut lui reprocher. Il lui incombait, en effet, de par ses fonctions, de s'assurer du paiement des cotisations et, si cela lui était rendu impossible dans les faits, d'en tirer les conséquences en démissionnant de sa fonction. Ensuite, le fait qu'elle aurait été relevée de ses fonctions de gérante présidente le 28 octobre 2014 n'est pas non plus établi par pièce. En effet, le document destiné à attester de sa révocation a été signé par l'associé C.\_\_\_\_\_ le 17 mars 2020, soit après la décision en réparation du dommage du 6 mars 2020 de la Caisse, et a été produit seulement dans le cadre de la présente procédure de recours. Aucune autre pièce mentionnant cette révocation ne figure par ailleurs au dossier, à l'instar d'un procès-verbal du conseil d'administration de la société. Quant au fait que cette révocation s'inscrirait dans la suite logique de l'installation de l'associé unique C.\_\_\_\_\_ en Suisse, l'arrivée de celui-ci dans notre pays, ainsi que cela ressort du registre du commerce, ne permet pas encore d'en déduire que la recourante aurait été pour autant révoquée de ses fonctions. Le fait qu'elle n'ait pas fait radier l'inscription au registre du commerce, alors qu'elle aurait été en droit de le faire, plaide contre la révocation de ses fonctions, qui n'est donc pas clairement prouvée. La recourante indique dans son recours (ch. 4 p. 3) qu'elle a accepté d'occuper la fonction de gérante avec signature individuelle dans le seul but de permettre à la société de se conformer à l'exigence de domicile en Suisse d'au moins un gérant, tous les

associés gérants étant domiciliés à l'étranger au moment de la constitution de la Sàrl, et que c'est à titre purement fiduciaire qu'elle a accepté sa nomination. Il y a donc lieu de retenir que la recourante a fonctionné comme "homme de paille" et que ce fait, conformément à la jurisprudence, ne change rien à sa qualité d'organe formel. Par voie de conséquence, sa responsabilité a été subsidiairement engagée, s'agissant en particulier de sa

Tribunal cantonal TC Page 8 de 9 responsabilité en rapport avec les cotisations impayées par la société. En outre, il ressort de la Feuille officielle suisse du commerce que, depuis plusieurs années, elle est ou a été associée et/ou gérante de plusieurs sociétés (p. ex. O. \_\_\_\_\_ GmbH, M. \_\_\_\_\_ Sàrl, P. \_\_\_\_\_ Sàrl, etc.). Elle est donc censée connaître le risque qu'implique la fonction de gérante. A tout le moins aurait-elle dû faire preuve de plus de prudence au moment d'accepter un tel mandat. Cela vaut d'autant plus qu'une des sociétés dont elle fait partie s'occupait précisément du versement des cotisations d'assurances sociales. Le fait que C. \_\_\_\_\_ souhaite qu'elle ne soit pas redevable du montant réclamé n'est pas déterminant, dès lors que l'art. 52 al. 2 LAVS prévoit la solidarité entre les personnes responsables d'un même dommage. Il ressort dès lors de ce qui précède que la Caisse était fondée à rechercher la recourante et à requérir de sa part le paiement du dommage subi en lien avec les cotisations d'assurances sociales impayées.

### **E. 3.3**

Enfin, si la recourante avait correctement exécuté son mandat de gérante présidente, elle aurait dû veiller au paiement des cotisations sociales ou, à tout le moins, prendre des mesures lorsqu'elle a constaté que celles-ci n'étaient pas acquittées. Son comportement est dès lors en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi par la Caisse.

### **E. 3.4**

L'Instance de céans relève pour terminer que la prétention en dommage de la Caisse ne semble pas prescrite, ce que la recourante n'invoque au demeurant pas.

### **E. 3.5**

Dans sa décision sur réclamation, la Caisse réclame à la recourante le montant de CHF 39'692.95. Le montant du dommage n'est en lui-même pas contesté par la recourante. La Caisse ayant indiqué le 31 août 2021 que le solde dû est actuellement de CHF 32'119.25, C. \_\_\_\_\_ ayant remboursé la différence, c'est dès lors ce dernier montant qui doit être pris en compte, le recours étant devenu sans objet pour la différence de CHF 7'573.70.

### **E. 4**

Au vu de l'ensemble des considérants qui précèdent, le recours est rejeté, dans la mesure où il n'est pas devenu sans objet. Il n'est pas perçu de frais de procédure, en application du principe de la gratuité valant en la matière, dès lors que le recours a été déposé avant l'entrée en vigueur de la modification du 21 juin 2019 modifiant l'art. 61 let. fbis de la loi du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA; RS 830.1) en matière de frais de procédure (art. 82a LPGA). Sans le remboursement partiel par C. \_\_\_\_\_, le recours aurait dû être rejeté dans son ensemble. Il l'est de toute manière entièrement sur le fond du litige. De ce fait, la recourante, qui succombe pour l'essentiel, n'a pas droit à des dépens. (dispositif en page suivante)

Tribunal cantonal TC Page 9 de 9 la Cour arrête : I. Le recours est rejeté, dans la mesure où il n'est pas devenu sans objet. Partant, A. \_\_\_\_\_ doit à K. \_\_\_\_\_ le montant de CHF 32'119.25. II. Il n'est pas perçu de frais de justice. III. Il n'est pas alloué d'indemnité de

partie. IV. Notification. 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 2 novembre 2021/cso Le Président : La Greffière-rapporteure :

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