

# **GE\_GERICHTE ATAS/1251/2010 vom 30. November 2010**

GE Cour de justice, 2010-11-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_1251\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1251_2010)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/1251/2010 du 30 novembre 2010

IT: GE\_GERICHTE ATAS/1251/2010 del 30 novembre 2010

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1), relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS ; RS 831.10). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

Aux termes de l'art. 1er al. 1er LAVS, les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1) s'appliquent à l'AVS réglée dans la première partie, à moins que la LAVS ne déroge expressément à la LPGA.

### **E. 3**

À teneur de l'art. 71 de la loi du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA), l'autorité peut, d'office ou sur requête, ordonner l'appel en cause de tiers dont la situation juridique est susceptible d'être affectée par l'issue de la procédure. Dans ce cas, la décision leur devient opposable. D'une manière générale, dans les cantons qui comme celui de Genève connaissent cette institution de procédure, l'appel en cause permet de contraindre des tiers qui ne possèdent pas la qualité de partie faute d'en satisfaire les conditions à participer

A/4444/2009 - 12/22 - à la procédure afin de leur rendre opposable la décision, respectivement le jugement qui doit être rendu à son issue (cf. ATF 125 V 94 consid. 8b). L'appel en cause n'est pas destiné à faire intervenir ou à étendre la procédure à des personnes qui bénéficient déjà de la qualité de partie et qui ne participent pas pour une raison quelconque à la procédure. Il vise bien plutôt à préjuger un rapport de droit entre l'appelé en cause et une partie principale dans une procédure pendante entre les parties principales. Dans la mesure où il a pour fonction d'éviter le déroulement d'une autre procédure sur les mêmes questions litigieuses, l'appel en cause est dicté par un souci d'économie de procédure. Il permet également de prévenir le prononcé de décisions ou jugements contradictoires. Le tiers appelé en cause doit naturellement posséder la capacité d'être partie et la capacité d'ester (cf. ATF non publié du 25 août 2003, B 47/02, consid. 3.2.1).

### **E. 4**

Déposé en temps utile et dans la forme légale, le recours est recevable.

### **E. 5**

La question litigieuse est de savoir si la recourante a la qualité d'organe de fait et, en cas de réponse positive, si elle est responsable du dommage causé. L'appelé en cause I a tardivement formé opposition à la décision de la caisse et n'a donc pas, à juste titre, déposé de recours contre la décision en réparation du dommage. Cette décision est donc définitive en ce qui le concerne et il ne peut plus contester le principe de sa responsabilité pour le dommage causé. Il est appelé en cause dans la procédure, car dans l'hypothèse où le montant du dommage était réduit, les deux appelés en cause devraient également bénéficier du jugement ainsi rendu.

#### **E. 6**

a) L'art. 52 al. 3 LAVS prévoit que 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 et l'employeur peut renoncer à s'en prévaloir. Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (ATF 134 V 353 consid. 3.1). b) Par « moment de la connaissance du dommage » au sens de l'art. 52 al. 3 LAVS, il faut entendre, en règle générale, le moment où la caisse de compensation aurait dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances effectives ne permettaient plus d'exiger le paiement des cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (cf. ATF 128 V 15 consid. 2a, 126 V 443 consid. 3a, 121 III 388 consid. 3b, la jurisprudence rendue à propos de l'ancien art. 82 al. 1er du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants [RAVS ; RS 831.101] demeurant applicable ; ATF du 11 septembre 2007, H 220/06, consid. 3.3 et du 8 mai 2006, H 18/06, consid. 4.2). Dans le cas d'une faillite, cette insolvabilité est constatée au moment de la publication de l'état de collocation (RCC 1992 p. 502) ou, en cas de suspension de la liquidation de la faillite par défaut d'actifs, de la publication de cette suspension (VSI 2003/6 p. 435 ; ATF 129 V 193 consid. 2.3) : c'est à ce A/4444/2009 - 13/22 - moment que prend naissance la créance en réparation du dommage et que, au plus tôt, la caisse subit un dommage et a connaissance de celui-ci. c) En l'espèce, le délai part donc du 2 juillet 2009, date de la publication de la suspension faute d'actifs. La décision en réparation du dommage, notifiée le 12 août 2009, est par conséquent intervenue dans le délai de deux ans prescrit par l'art. 52 al. 3 LAVS.

#### **E. 7**

a) Pour que l'organe, formel ou de fait, soit tenu de réparer le dommage causé à la caisse de compensation en raison du non-paiement des cotisations sociales, il faut que les conditions de l'art. 52 al. 1er LAVS soient réalisées, ce qui suppose que l'organe ait violé intentionnellement ou par une négligence grave les devoirs qui lui incombent et qu'il existe un lien de causalité adéquate entre le manquement qui lui est imputable et le préjudice subi. La caisse de compensation qui constate qu'elle a subi un dommage par suite de la non-observation de prescriptions peut admettre que l'employeur a violé celles-ci intentionnellement ou du moins par négligence grave, dans la mesure où il n'existe pas d'indice faisant croire à la légitimité de son

A/4444/2009 - 16/22 - comportement ou à l'absence d'une faute (ATFA du 28 juin 1982, RCC 1983, p. 101). Celui qui appartient au conseil d'administration d'une société et qui ne veille pas au versement des cotisations courantes et à l'acquittement des cotisations arriérées est réputé manquer à ses devoirs (cf. ATFA du 30 novembre 2004, H 96/03,

consid. 7.3.1, publié in SJ 2005 I p. 272). La négligence grave mentionnée à l'art. 52 al. 1er LAVS est admise très largement par la jurisprudence. Se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui ne respecte par la diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie. Dans le cas d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention que la société doit accorder, en tant qu'employeur, au respect des prescriptions de droit public sur le paiement des cotisations d'assurances sociales. Les mêmes exigences s'imposent également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATFA du 5 mars 1996 publié in SVR 1996 n. 98 p. 299, consid. 2c). b) Par exemple, les administrateurs d'une société qui se trouve dans une situation financière désastreuse qui parent au plus pressé, en réglant les dettes les plus urgentes à l'exception des dettes de cotisations sociales, dont l'existence et l'importance leur sont connues, sans qu'il ne puissent guère espérer, au regard de la situation, que la société puisse s'acquitter des cotisations en souffrance dans un délai raisonnable (cf. ATF 108 V 183 consid. 2), commettent une négligence grave au sens de l'art. 52 al. 1er LAVS (ATFA précité du 5 mars 1996, consid. 3 ; cf. ATF 108 V 189 consid. 4). Enfin, la jurisprudence estime qu'il existe, en règle générale, un lien de causalité adéquate entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations, sous réserve du cas où l'administrateur est entré en fonction alors que la société était déjà surendettée (ATF 119 V 401 consid. 4c), de sorte que celui-ci répond solidairement de tout le dommage subi par l'assurance en cas de faillite de la société (ATF 132 III 523 et les références). On peut donc envisager qu'un employeur cause un dommage à la caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions en matière d'AVS sans que cela n'entraîne pour autant une obligation de réparer le préjudice. Tel est le cas lorsque l'inobservation des prescriptions apparaît au vu des circonstances comme légitime et non fautive (ATF 108 V 186 consid. 1b ; RCC 1985 p. 603 consid. 2, 647 consid. 3a). Il peut ainsi arriver qu'en retardant le paiement de cotisations, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie, par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie. Mais il faut alors, pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'art. 52 LAVS que l'on puisse admettre que l'employeur avait au moment où il a pris sa décision des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable (ATFA 277/01 du 29 août 2002 consid. 2 ; ATF 108 V 188). La jurisprudence n'admet en réalité que de manière très exceptionnelle qu'un employeur puisse décider de retarder le paiement des cotisations afin de maintenir son entreprise en vie lors d'une passe délicate dans la

A/4444/2009 - 17/22 - trésorerie (ATFA 154/00 du 22 août 2000 consid. 2c). De même, il peut être tenu compte dans l'appréciation générale du cas, du fait qu'une très courte période de cotisation impayée est en cause (par exemple trois mois dans l'ATF 121 V 243). c) En l'espèce, il s'agit d'examiner si la recourante a violé intentionnellement ou par une négligence grave les devoirs qui lui incombaient en sa qualité de gérante de fait et s'il existe un lien de causalité adéquate entre le manquement qui lui est imputable et le préjudice subi. En premier lieu, la recourante a augmenté substantiellement son revenu début 2006 de 48'000 fr. par an à 60'000 fr. par an, alors que le paiement des cotisations AVS était déjà irrégulier et qu'elle connaissait précisément le montant des dettes selon la fiduciaire. Elle a ensuite maintenu durant l'année 2006 le montant de ce salaire, bien que la situation dans le retard de paiement des cotisations ait justifié une demande de délai par la fiduciaire, sur instruction de la recourante et se soit encore aggravée ensuite. En second lieu, la recourante ne peut pas prétendre qu'elle ne savait pas du tout qu'il y avait du retard dans le paiement

des cotisations AVS, compte tenu du nombre de rappels et sommations de la caisse, étant précisé qu'elle a admis que les courriers de la caisse des 28 mars, 23 mai et 6 novembre 2006 lui ont été remis par l'étude de Me WAVRE. S'agissant des rappels et sommations adressés par la caisse en 2007, il s'avère que la plupart de ces courriers sont restés cachetés et se trouvent dans la volumineuse enveloppe remise par la recourante au Tribunal en audience. Selon les affirmations de la recourante, ces courriers ne lui ont pas été remis par l'étude de Me WAVRE au fur et à mesure de leur réception, mais en vrac, par pli du 4 mars 2008. Cela semble corroboré par l'affirmation de l'appelé en cause I qui a renvoyé une volumineuse enveloppe reçue fin décembre 2007. Toutefois, dans la mesure où l'avocat en question est fondé à refuser de témoigner, de même que le clerc chargé de ce courrier, ce fait ne sera pas établi avec certitude. Ainsi, soit ces courriers ont été régulièrement remis par Me WAVRE à sa cliente et celle-ci a été gravement négligente en ne prenant pas connaissance de leur contenu, soit ils lui ont été envoyés en vrac par son avocat début 2008 seulement, et c'est alors celui-ci qui a fait preuve d'une grave négligence, dès lors que la société était légalement domiciliée à son étude jusqu'à fin 2007 et que la recourante étant sa cliente, elle le rémunérait. En tous les cas, les quatre actes de poursuite de 2007 et le jugement de mainlevée du 17 septembre 2007 du Tribunal de première instance ne faisant pas partie du lot de courriers déposé au Tribunal par la recourante, il faut considérer qu'ils ont été remis à celle-ci par Me WAVRE, de sorte que la recourante avait une connaissance précise de la gravité de la situation de dettes à l'égard de la caisse. Pourtant, elle n'a pris aucune mesure pour remédier à la situation, la plus efficace étant une réduction drastique de son salaire, et des cotisations sociales et primes d'assurance y afférentes, seules charges importantes de la société. Le Tribunal retient ainsi que la

A/4444/2009 - 18/22 - recourante a fait preuve de négligence grave et que ces manquements ont causé le dommage subi par la caisse. S'agissant de l'appelé en cause II, avec les réserves déjà mentionnées plus haut, il lui sera aussi rappelé que selon la jurisprudence, un administrateur inscrit au registre du commerce ne peut se libérer de sa responsabilité en se bornant à soutenir qu'il n'a jamais participé à la gestion de l'entreprise, qu'il n'a participé à la fondation de cette dernière qu'à titre fiduciaire et qu'il n'a jamais perçu de rémunération, prétendant ainsi n'avoir joué qu'un rôle subalterne, car cela constitue déjà en soi un cas de négligence grave (cf. notamment RCC 1992 p. 268-269 consid. 7b, 1989 p. 115-116 consid. 4; ATFA du 21 mai 2003, H 13/03). Cette position est d'autant moins soutenable qu'il a assigné la recourante en paiement d'honoraires également pour son activité pour la société. Il ne rend pas non plus vraisemblable qu'il aurait été empêché par la recourante ou son avocat de se libérer de sa fonction d'associé- gérant, en prétendant qu'il se bornait à attendre que Me WAVRE le convoque pour signer un document à cette fin, ce d'autant moins que, selon son papier à en tête et ses allégués, il exerce la profession de conseiller juridique. Sur ce point donc, le recours est mal fondé et il doit être rejeté, les trois gérants ayant fait preuve de négligence grave, laquelle a causé le dommage subi.

## **E. 8**

a) Le salaire déterminant pour la perception des cotisations, au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Font partie de ce salaire déterminant, par définition, toutes les sommes touchées par le salarié, si leur versement est économiquement lié au contrat de travail ; peu importe, à ce propos, que les rapports de service soient maintenus ou aient été résiliés, que les prestations soient versées en vertu d'une obligation ou à titre bénévole (ATF 131 V 444

consid. 1.1, 128 V 176 consid. 3c et les références citées). Selon l'art. 6 al. 1 RAVS, le revenu provenant d'une activité lucrative comprend, sous réserve des exceptions mentionnées expressément dans les dispositions qui suivent, le revenu en espèces ou en nature tiré en Suisse ou à l'étranger de l'exercice d'une activité, y compris les revenus accessoires. L'al 2 de la disposition précise que ne sont pas comprises dans le revenu provenant d'une activité lucrative: les prestations d'assurance en cas d'accident, de maladie ou d'invalidité, à l'exception des indemnités journalières selon l'art. 25 de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité et l'art. 29 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire. Après la remise du décompte des salaires par l'employeur, (art. 36 al. 2 RAVS), la caisse de compensation établit le solde entre les acomptes versés et les cotisations effectivement dues, sur la base du décompte (art. 36, al. 4, RAVS). Les employeurs doivent payer les cotisations dues dans les 30 jours qui suivent la facturation (art. 34, al. 3, RAVS). A défaut, la caisse fixe le montant des cotisations dues dans une taxation d'office (art. 38 RAVS).

A/4444/2009 - 19/22 - b) Le montant du dommage correspond à celui pour lequel la caisse de compensation subit une perte. Appartiennent à ce montant les cotisations paritaires (cotisations patronales et d'employés ou ouvriers) dues par l'employeur, les contributions aux frais d'administration, les intérêts moratoires, les taxes de sommation et les frais de poursuite (Directive sur la perception des cotisations dans l'AVS, état au 1er janvier 2009, no 8016 et les références de jurisprudence citées). c) Selon l'art. 53 al. 1 LPGA, les décisions et les décisions sur opposition formellement passées en force sont soumises à révision si l'assuré ou l'assureur découvre subséquentement des faits nouveaux importants ou trouve des nouveaux moyens de preuve qui ne pouvaient être produits auparavant. L'al 2 de la disposition stipule que l'assureur peut revenir sur les décisions ou les décisions sur opposition formellement passées en force lorsqu'elles sont manifestement erronées et que leur rectification revêt une importance notable. Selon la jurisprudence rendue sous l'ancien droit, ni l'assuré, ni le juge ne peuvent exiger que l'administration reconsidère sa décision (ATF 117 V 8 consid. 2a et les références). Un droit à la reconsidération d'une décision, susceptible d'être déduit en justice par l'assuré, n'existe pas. Cependant, lorsque l'administration entre en matière sur une demande de reconsidération et examine si les conditions en sont réalisées, le refus d'entrer en matière est susceptible d'être attaqué par la voie d'un recours ; le contrôle juridictionnel dans la procédure de recours subséquente se limite alors au point de savoir si les conditions d'une reconsidération (inexactitude manifeste de la décision initiale et importance notable de la rectification) sont réunies. L'introduction de la LPGA n'a rien changé à cet égard (ATFA non publié du 6 janvier 2006, I 551/04 consid. 4.2). d) Dans le cas d'espèce, la caisse a correctement calculé le montant du dommage lors de la notification des décisions de réparation, soit 15'236 fr. 10, correspondant aux cotisations paritaires encore dues, y compris les intérêts et frais jusqu'au 30 septembre 2007, fixées sur la base des salaires déclarés par la société soit 40'000 fr. en 2004, 48'000 fr. en 2005, 60'000 fr. en 2006 et 54'000 fr. de janvier à fin septembre 2007. Les cotisations impayées ont fait l'objet de décisions de taxation entrées en force, celles dues pour l'année 2006, en tout cas, d'un jugement de mainlevée. Sur le principe donc, les montants dus sont définitivement fixés. Toutefois, l'appelé en cause II a fait valoir par pli du 1er octobre 2009 que la recourante avait perçu des indemnités perte de gain accident et maladie, et a ajouté en audience qu'il n'aurait pas dû signer, sans vérification, l'attestation des salaires 2006. Il s'avère en effet que la recourante a perçu des indemnités perte de gain accident de plus de 50'000 fr. entre avril 2005 et fin mai 2007, pour de longues périodes

d'incapacité totale ou partielle de travail. Il est donc vraisemblable, mais pas certain qu'elle n'ait pas travaillé durant ces périodes et, par conséquent, qu'elle ne soit pas

A/4444/2009 - 20/22 - parvenue à dégager un bénéfice suffisant pour se verser le salaire mensuel convenu de 4'000 fr. brut jusqu'au 31 décembre 2005 et de 5'000 brut depuis lors. Les conditions de la révision ne semblent pas remplies, dès lors que le versement des indemnités par l'assurance est un fait qui était connu, et les pièces y afférentes pouvaient être produites, lors de l'établissement des décomptes de salaire annuels relatifs aux mêmes années. Par contre, la caisse aurait dû considérer l'intervention de l'appelé en cause II du 1er octobre 2009 comme une demande de reconsidération. Dès lors, il appartient à la caisse d'examiner si elle accepte de reconsidérer les décisions de taxation et, partant, le montant du dommage, sur la base de l'art. 53 al. 2 LPGA, dès lors que si la recourante a perçu ces indemnités d'assurance en lieu et place de son salaire, les décisions de taxation pour les années 2005, 2006 et 2007 sont alors manifestement erronées et leur rectification revêt une importance notable eu égard au montant du dommage réclamé. En raison de l'instruction d'office du Tribunal de céans sur la question de la reconsidération, qui n'a pas été soulevée par la recourante, mais par l'un des appelés en cause, la cause sera renvoyée à la caisse pour instruction complémentaire s'agissant exclusivement de déterminer si le salaire déclaré correspond au salaire effectivement versé. A juste titre, la caisse a précisé en audience qu'il était hors de question de revoir le montant du dommage si la recourante ne démontrait pas, pièces à l'appui, que le salaire déclaré n'a pas été perçu. La collaboration active des parties à l'administration des preuves est donc indispensable et, du fait que la recourante était salariée de sa propre société, prélevait elle-même son salaire, sans que l'on puisse exclure qu'elle encaissait directement le produit des soins prodigués, une preuve stricte du montant des salaires perçus sera indispensable, étant précisé que, quoi qu'il en soit, le Tribunal ne peut pas contraindre la caisse à entrer en matière sur la reconsidération. A noter encore que si la recourante a effectivement perçu le salaire déclaré lors des périodes alléguées d'incapacité de travail, en sus des indemnités journalières, l'hypothèse d'un versement indu de prestations de l'assurance perte de gain accident et maladie se posera.

## **E. 9**

Le recours est ainsi rejeté, toutes les conditions légales pour admettre la responsabilité solidaire des trois gérants de la société pour le dommage causé à la caisse, d'un montant de 15'236 fr. 10 sont réalisées, s'agissant des cotisations AVS, la décision concernant les cotisations à l'assurance maternité n'ayant pas fait l'objet d'un recours. La recourante n'obtenant pas gain de cause, elle ne peut pas prétendre à l'octroi de dépens. La cause sera pour le surplus renvoyée à la caisse comme objet de sa compétence, s'agissant de l'examen de la reconsidération au sens de l'art. 53 LPGA.

A/4444/2009 - 21/22 -

A noter encore que, compte tenu de l'issue du litige et du fait que la recourante a finalement admis avoir reçu les courriers destinés à la société, le Tribunal a renoncé à inviter Me WAVRE à mettre un terme à sa constitution pour la recourante. Il était pourtant confronté à un conflit de mandat à deux titres. D'une part, en défendant l'animatrice de la société contre l'un, puis les deux administrateurs de droit de la société domiciliée à son étude et pour lesquels il a rédigé une convention et d'autre part, en représentant la recourante alors qu'elle allègue qu'il ne l'a pas informée des retard de paiement et ne lui a pas remis tous les courriers de la caisse durant une année entière.

A/4444/2009 - 22/22 -

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