

# **GE\_GERICHTE ATAS/1278/2010 vom 8. Dezember 2010**

GE Cour de justice, 2010-12-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_1278\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1278_2010)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/1278/2010 du 8 décembre 2010

IT: GE\_GERICHTE ATAS/1278/2010 del 8 dicembre 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**

La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-vieillesse, notamment en ce qui concerne l'art. 52 LAVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les art. 81 et 82 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance vieillesse et survivants (RAVS; RS 831.101) ont été abrogés. La procédure applicable auparavant (décision administrative suivie, en cas d'opposition, d'une action de la caisse en réparation du dommage [ancien art. 81 RAVS]) a été modifiée (décision puis décision sur opposition de la caisse de compensation, suivies d'un recours de droit administratif [art. 52 al. 2 LAVS, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2003, et 56 LPGA]). En l'occurrence, c'est la nouvelle procédure qui s'applique, dès lors que la LPGA était en vigueur au moment où la caisse a rendu sa décision en réparation du dommage (cf. ATF 130 V 1).

### **E. 3**

Les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours dans le délai de trente jours suivant leur notification (art. 56 al. 1 et 60 al. 1 LPGA).

A/3335/2009 - 11/18 - En l'espèce, la décision litigieuse du 29 juillet 2009 a été reçue par le recourant au plus tôt le 30 juillet 2009. Le délai de recours a commencé à courir le 16 août 2009 et est parvenu à échéance le 14 septembre 2009. En effet, selon l'art. 38 al. 4 LPGA applicable par analogie (cf. art. 60 al. 2 LPGA), les délais ne courent pas du 15 juillet au 15 août inclusivement. Le recours, déposé le 14 septembre 2009, a dès lors été interjeté en temps utile. Déposé par ailleurs en la forme requise, le recours est ainsi recevable (art. 89B de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 - LPA; RS E 5 10).

### **E. 4**

Le litige consiste à déterminer si le recourant est un ancien organe de la société et, dans l'affirmative, s'il est tenu de réparer le dommage subi par l'intimée suite au non-paiement des cotisations AVS/AI/APG/AC à hauteur de 34'623 fr 55.

## E. 5

En vertu de l'art. 52 al. 1 LAVS, 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. L'art. 14 al. 1 LAVS (en corrélation avec les art. 34 ss RAVS) prescrit que l'employeur doit déduire, lors de chaque paie, la cotisation du salarié et verser celle-ci à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation. Les employeurs doivent remettre périodiquement aux caisses 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 l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. Celui qui néglige de l'accomplir enfreint par conséquent les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit réparer la totalité du dommage ainsi occasionné ( ATF 118 V 193 consid. 2a p. 195 et les références). 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 12 consid. 5b p. 15 et les références). Si la personne morale compte plusieurs organes, ils répondent solidairement du dommage qu'ils ont causé (ATF 119 V 78 ; ATF 108 V 189 = RCC 1983 p. 102). Les personnes qui sont - légalement ou formellement - organes d'une personne morale entrent en principe toujours en considération en tant que responsables subsidiaires aux conditions de l'art. 52 LAVS. Le Tribunal fédéral a ainsi reconnu la responsabilité non seulement des membres du conseil d'administration, mais également celle de l'organe de révision d'une société anonyme, du directeur d'une société anonyme disposant du droit de signature individuelle, du gérant d'une société à responsabilité limitée ainsi que du président, du directeur financier ou du gérant d'une association sportive (arrêt H 34/04 du 15 septembre 2004 consid. 5.3.1 et les références, in SVR 2005 AHV n° 7 p. 23; ATF non publié 9C\_1086/2009 du 15 juillet 2010, consid. 4.2.1).

A/3335/2009 - 12/18 - Dans le cas d'une société anonyme, la notion d'organe responsable selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui ressort de l'art. 754 al. 1 du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO; RS 220). La responsabilité incombe donc non seulement aux organes formellement nommés, mais aussi aux organes de fait, c'est-à-dire à toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation de la société, à savoir celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante. Dans cette dernière éventualité, il faut cependant que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, en d'autres termes qu'elle ait exercé effectivement une influence sur la marche des affaires de la société (ATF 128 III 29 consid. 3a p. 30 et les références; voir également arrêt H 234/02 du 16 avril 2003 consid. 7.3, in REAS 2003 p. 251; ATF non publié 9C\_1086/2009 du 15 juillet 2010, consid. 4.2.2). Un directeur de société a généralement la qualité d'organe en raison de l'étendue des compétences que cette fonction suppose (ATF 104 II 197 consid. 3b ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, § 37, p. 443 note 17; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2e éd., p. 1072 note 1969 ). Mais il ne doit répondre que des actes ou des omissions qui relèvent de son domaine d'activité, ce qui, en d'autres termes, dépend de l'étendue des droits et des obligations qui découlent de ses rapports internes. Sinon, il serait amené à réparer un dommage dont il ne pouvait empêcher la survenance, faute de disposer des pouvoirs nécessaires ( ATF 111 V 178 consid. 5a, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, op. cit., § 37, p. 442 note 8).

## E. 6

En l'espèce, dès le début de l'année 2002, le recourant a travaillé avec les associés de la société X \_\_\_\_\_ SA, ainsi que cela ressort de l'accord du 21 juin 2002, sans être inscrit au Registre du commerce. Le recourant soutient qu'il était en charge d'affaires internationales et qu'il ne saurait être considéré comme organe de la société, dès lors qu'il ne participait pas à la formation de la volonté de cette dernière. Lors de l'audience d'enquêtes, Monsieur T \_\_\_\_\_ a confirmé ce qui précède. Quant à Madame S \_\_\_\_\_, elle a déclaré lors de son audition que le recourant était devenu actionnaire de la société, pour une part de 25 %, en 2002 probablement. Les décisions engageant la société étaient prises collectivement, à trois ou quatre. Avant son inscription au Registre du commerce, le recourant ne participait pas à la prise de décisions pour la société ; il participait aux séances du conseil d'administration pour le quotidien, en tant que conseiller. Elle a produit divers documents et proposé de vérifier ses déclarations sur la base des procès-verbaux et autres documents qu'elle avait conservés. Dans ses écritures, l'appelée en cause a fait valoir qu'en réalité à compter du 21 juin 2002, les quatre associés de la société étaient liés par une convention dont il

A/3335/2009 - 13/18 - ressort qu'ils sont intéressés de manière équivalente au bénéfice et qu'ils perçoivent une rémunération égale, tout en partageant la direction économique et stratégique de la société. Le recourant a également participé aux assemblées générales en qualité d'actionnaire à 25 % et de directeur, y compris pour l'exercice 2002. Partant, la qualité d'organe de fait du recourant ne fait aucun doute. Le Tribunal de céans constate que certes, le recourant n'était pas inscrit au Registre du commerce de la société avant le 20 juin 2003. Selon les documents produits, il semblerait toutefois qu'il était déjà actionnaire pour une part de 25 % ; en effet, à la lecture de l'accord du 21 juin 2002, il apparaît que le recourant a été intégré à part égale dans la société avec les trois associés existants, de même que dans la prise de décisions quant à la marche des affaires, bien que les déclarations des associés sont, sur ce point, contradictoires. La question peut cependant rester ouverte, pour les motifs exposés ci-après.

## E. 7

Il n'est pas contesté que dès le 20 juin 2003, le recourant a été inscrit au Registre du commerce vaudois en qualité de directeur de la société faillie, au bénéfice d'une signature collective à deux. En cette seule qualité et faute d'être au bénéfice d'une signature individuelle, le recourant ne saurait être considéré comme un organe formel de la société. Se pose en revanche la question de savoir s'il avait la qualité d'organe de fait. Le recourant soutient qu'il n'a jamais été organe de la société, dans la mesure où il n'assumait aucun pouvoir de gestion et de décision. Il s'occupait des affaires internationales de la société, cette dernière étant effectivement dirigée par les époux S \_\_\_\_\_. Selon l'intimée, le recourant doit au contraire être considéré comme un organe de la société, dès lors qu'il a été inscrit au Registre du commerce en qualité de directeur, qu'il a négocié avec la caisse les plans de paiement et qu'il a perçu le même salaire en 2003 que l'administratrice et son époux. S'agissant d'une société de petite taille, soit de quatre membres, le recourant avait selon elle forcément un rôle important et décisionnel, soit en particulier un pouvoir de gestion des assurances sociales et de décision quant aux paiements corrélatifs. Madame S \_\_\_\_\_ soutient également que le recourant était un organe de la société, celui-ci ayant été inscrit comme tel au Registre du commerce vaudois dès le mois de juin 2003 et étant d'ailleurs déjà organe de fait de la société dès le 1er juin 2002. Toutes les décisions

engageant la société étaient prises collectivement entre les quatre partenaires qui avaient chacun le même niveau de responsabilité. Monsieur T \_\_\_\_\_ conteste pour sa part que les décisions engageant la société étaient prises collectivement entre les quatre partenaires. Selon lui, les décisions administratives étaient du seul ressort de Madame S \_\_\_\_\_.

A/3335/2009 - 14/18 -

#### **E. 8**

Il convient de relever que Y \_\_\_\_\_ SA était une société anonyme de petite envergure composée de son administratrice et de ses trois directeurs, ces personnes constituant le personnel de la société et travaillant toutes dans le même bureau. La part aux bénéfices de la société était en principe répartie de manière égale entre les quatre partenaires (cf. Addendum du 6 février 2004), lesquels percevaient, à tout le moins pour l'année 2003, des salaires équivalents. Enfin, les quatre associés étaient actionnaires de la société, à parts égales, et depuis 2003 en tout cas le recourant participait régulièrement aux assemblées générales, en sa qualité d'actionnaire. A cet égard, le Tribunal de céans relève que lors de l'assemblée générale du 3 décembre 2003, les comptes 2002 ont été approuvés. En l'occurrence, au vu de la petite taille de la société, de sa structure et des divers éléments ressortant du dossier, le Tribunal retient que dès le 20 juin 2003, le recourant participait activement à la marche des affaires de la société et exerçait des fonctions dirigeantes en commun avec Madame S \_\_\_\_\_ et Messieurs S \_\_\_\_\_ et T \_\_\_\_\_. Ainsi, il s'occupait des affaires internationales de la société, rédigeait des business plans pour des clients et gérait l'ensemble de la correspondance en français dans la mesure où il était le seul francophone de la société. Il convient aussi d'admettre qu'il prenait des décisions financières, sa signature collective à deux étant enregistrée auprès de la banque, et qu'il participait à des actes administratifs relatifs à la gestion de la société. Il était en effet en contact avec l'intimée et avait requis au nom de la société, vu les difficultés financières rencontrées par cette dernière, des plans de paiement concernant les arriérés de cotisations pour la période de 2002 à juin 2003. Enfin, quoi qu'il en dise, il apparaît que le recourant disposait des mêmes prérogatives, sur le plan interne, que ses associés. Au regard de ces différents éléments, le Tribunal considère que dès le 20 juin 2003, le recourant agissait de manière déterminante pour la société faillie et qu'il exerçait une influence décisive sur la marche des affaires justifiant de lui reconnaître la qualité d'organe.

#### **E. 9**

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. 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

A/3335/2009 - 15/18 - 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). 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'ils 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). Le fait que l'employeur demande et obtienne des arrangements de payer ne change rien au caractère illicite du non-paiement des cotisations, mais doit être pris en compte dans l'examen de la faute, en particulier lorsque l'accord avec la Caisse modifie les termes ordinaires de paiement ; il peut y avoir, en effet, faute concomitante de la caisse qui peut justifier une réduction du dommage (voir not. VSI 1999 p. 23 et ATFA du 19.08.03 cause H 142/03). On peut également tenir compte de la durée pendant laquelle les cotisations sont restées impayées, car si la période concernée est courte voire très courte, l'organe peut être disculpé (cf. VSI 1996 p. 228). Cela est en lien avec le fait que la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS suppose un rapport de causalité adéquate entre la violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions et la survenance du dommage (MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, vol. II, p. 70 ad let. f; KNUS, Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV, thèse Zurich 1989, p. 58/59; FRÉSARD, La responsabilité de l'employeur pour le non-paiement de cotisations d'assurances sociales selon l'art. 52 LAVS, in Revue Suisse d'Assurances, 1987 p. 11). On rappellera encore qu'un organe doit veiller à ce que la société ne devienne pas insolvable (RCC 1985 p. 602) et répond tant des cotisations sociales en cours que des cotisations échues (RCC 1992 p. 262). En effet, la personne qui entre en qualité d'organe au sein d'une société a le devoir de veiller tant au versement des cotisations courantes qu'à l'acquittement des

A/3335/2009 - 16/18 - cotisations arriérées pour une période pendant laquelle il n'était pas encore entré en fonction (cf. ATFA du 30 novembre 2004, H 96/03, consid. 7.3.1, publié in SJ 2005 I p. 272).

## **E. 10**

En l'espèce, l'intimée réclame un montant de 34'623 fr 55 à titre de réparation de son dommage subi suite au non-paiement des cotisations AVS/AI/APG/AC pour la période de 2002 à juin 2003 de la part de la société faillie. Ce montant n'est pas contesté. Le recourant conteste cependant avoir commis une négligence grave et être solidairement responsable du paiement de ce montant. Un plan de paiement a certes été accordé à la société le 24 janvier 2005, mais il n'a pas été tenu et a dû être annulé. L'intimée a obtenu des actes de défaut de biens en date du 7 août 2007, puis la société a été déclarée en faillite par jugement du 14

août 2007. La procédure de faillite, suspendue faute d'actifs, a été clôturée le 19 octobre 2007. Durant la période de 2002 à juin 2003, la société ne se trouvait donc pas dans une situation ponctuelle de manque de liquidités, mais plutôt dans une situation difficile devenue chronique s'achevant par le prononcé de sa faillite en 2007. Il apparaît que le recourant a - dans cette situation et de concert avec ses associés - paré au plus pressé, en réglant les dettes les plus urgentes à l'exception des dettes de cotisations sociales, dont l'existence et l'importance lui étaient manifestement connues, sans qu'il ne puisse guère espérer, au regard de la situation de la société, s'acquitter des cotisations en souffrance dans un délai raisonnable. Le recourant connaissait indiscutablement l'existence et le montant de ces dettes et, en tant qu'organe de fait de la société dès le 20 juin 2003, il était au courant de la marche des affaires de la société, qu'il dirigeait en commun avec Madame S\_\_\_\_\_ et Messieurs S\_\_\_\_\_ et T\_\_\_\_\_. C'est d'ailleurs précisément lui qui était en contact avec l'intimée et avait requis des plans de paiement concernant les cotisations en souffrance. Pour le surplus, le recourant ne saurait s'exonérer de toute responsabilité en alléguant qu'en réalité les époux S\_\_\_\_\_ dirigeaient pratiquement seuls la société. En effet, si tel était le cas, il lui appartenait, en tant qu'organe de fait de la société, d'exercer une surveillance étroite sur les activités déployées par ses associés, de veiller à la bonne marche de la société, de s'assurer tout particulièrement du paiement des cotisations sociales et de prendre toutes les mesures adéquates et concrètes afin qu'elles soient acquittées. Le fait que les cotisations impayées soient antérieures au 20 juin 2003 n'y change rien dès lors que celui qui entre en qualité d'organe au sein d'une société doit assumer la responsabilité du paiement des cotisations arriérées antérieures à sa prise de fonction, en sus de celui des cotisations courantes. Il existe par ailleurs un lien de causalité adéquate entre l'inaction du recourant et le non-paiement des cotisations, dans la mesure où le recourant n'est pas devenu un organe de la société alors que cette dernière était déjà surendettée.

A/3335/2009 - 17/18 - Le Tribunal de céans considère que le recourant s'est rendu coupable de négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS, de sorte qu'il répond, solidairement avec ses associés, du paiement du montant de 34'623 fr 55 au titre de réparation du dommage subi par l'intimée suite au non-paiement des cotisations AVS/AI/APG/AC pour la période de 2002 à juin 2003.

#### **E. 11**

Le recours, mal fondé, doit dès lors être rejeté.

A/3335/2009 - 18/18 -

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