

# **GE\_GERICHTE ATAS/1316/2012 vom 31. Oktober 2012**

GE Cour de justice, 2012-10-31, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_1316\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1316_2012)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/1316/2012 du 31 octobre 2012

IT: GE\_GERICHTE ATAS/1316/2012 del 31 ottobre 2012

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 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). Depuis le 1er janvier 2011, cette compétence est revenue à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 26 septembre 2010).

A/1506/2006 - 9/17 - La Cour de céans est par conséquent compétente *ratione materiae* pour connaître du présent litige. b) Selon l'art. 52 al. 5 LAVS, en dérogation à l'art. 58 al. 1 LPGA, le tribunal des assurances du canton dans lequel l'employeur est domicilié est compétent pour traiter le recours. Cette disposition est également applicable lorsque la caisse recherche un organe de l'employeur en réparation du dommage (REICHMUTH, *Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG*, 2008, n° 1042, p. 247). La société étant domiciliée dans le canton de Genève au moment de l'ouverture de la faillite, les tribunaux genevois sont compétents *ratione loci*. Au vu de ce qui précède, la compétence *ratione materiae* et *loci* de la Cour de céans pour juger du cas d'espèce est établie.

### **E. 2**

La 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 y est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les art. 81 et 82 RAVS ont été abrogés. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 229 consid. 1.1 et les références). Les règles de procédure s'appliquent quant à elles sans réserve dès le jour de leur entrée en vigueur (ATF 117 V 71 consid. 6b). Il faut toutefois préciser que le nouveau droit n'a fait que reprendre textuellement, à l'art. 52 al. 1 LAVS, le principe de la responsabilité de l'employeur figurant à l'art. 52 aLAVS, la seule différence portant sur la désignation de la caisse de compensation, désormais appelée assurance. Les principes dégagés par la jurisprudence sur les conditions de droit matériel de la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 aLAVS (dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2002) restent par ailleurs valables sous l'empire des modifications introduites par la LPGA (ATF 129 V 11, consid. 3.5 et 3.6).

### **E. 3**

Interjeté dans les forme et délais prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 61 LPGA ; art. 89B de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 - LPA ; RS E 5 10).

### **E. 4**

Le litige porte sur la responsabilité du recourant dans le préjudice causé à l'intimée par la perte des cotisations sociales AVS/AI/APG/AC à hauteur de 94'971 fr. 55 correspondant aux cotisations paritaires impayées pour les mois de janvier à décembre 2000 et janvier à décembre 2001, frais de sommation, de poursuite et intérêts moratoires inclus.

A/1506/2006 - 10/17 -

### **E. 5**

a) A teneur de l'art. 52 LAVS en vigueur dès le 1er janvier 2003 (introduit par le ch.

### **E. 7**

Il convient de déterminer si le recourant peut être considéré comme étant « l'employeur » tenu de verser les cotisations à l'intimée au sens de l'art. 52 LAVS. a) En vertu de l'art. 52 LAVS, 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). b) L'art. 14 al. 1er LAVS en corrélation avec les art. 34 et suivants RAVS, prescrit l'obligation pour l'employeur de déduire sur chaque salaire la cotisation du salarié et de 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 salariés, 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 fournir les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral a déclaré, à réitérées reprises, que la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS est liée au statut de droit public (ATF 112 V 155, consid. 5; RCC 1987, p. 220). L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (ATF 111 V 173, consid. 2; 108 V 186, consid. 1a, 192 consid. 2a; RCC 1985, p. 646, consid. 3a).

A/1506/2006 - 13/17 - c) Par "organe", il faut entendre toute personne physique qui représente la personne morale à l'extérieur ou qui peut exercer une influence décisive sur le comportement de celle-ci (no 8004 DP). Selon la jurisprudence, 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. 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 (ATF 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\_926/2009 du 27 avril 2010 consid. 4.3.1). En l'espèce, le recourant était l'associé-gérant de la société à responsabilité

limitée, dont il possédait l'intégralité du capital social, et seul titulaire d'un droit de signature. Il a ainsi indiscutablement la qualité d'organe de la société faillie, ce qu'il ne conteste au demeurant pas.

## E. 8

Reste à examiner si le recourant a commis une faute qualifiée ou une négligence grave au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS. a) Selon une jurisprudence constante, tout manquement aux obligations de droit public qui incombent à l'employeur en sa qualité d'organe d'exécution de la loi ne doit en effet pas être considéré sans autre comme une faute qualifiée de ses organes au sens de l'art. 52 LAVS. Pour admettre que l'inobservation de prescriptions est due à une faute intentionnelle ou une négligence grave, il faut bien plutôt un manquement d'une certaine gravité. Pour savoir si tel est le cas, il convient de tenir compte de toutes les circonstances du cas concret (ATF 121 V 244). 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/1506/2006 - 14/17 - 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 pousse 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). b) Le Tribunal fédéral a expressément affirmé que l'obligation légale de réparer le dommage ne doit être reconnue que dans les cas où le dommage est dû à une violation intentionnelle ou par négligence grave, par l'employeur, des prescriptions régissant l'assurance-vieillesse et survivants (RCC 1978, p. 259; RCC 1972, p. 687). 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 comportement ou à l'absence d'une faute (arrêt du TF du 28 juin 1982, in : RCC 1983 p. 101). De jurisprudence constante, notre Haute Cour a reconnu qu'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 (cf. RCC 1972, p. 690). 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 et de gestion, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé. Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, on peut, par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions (cf. RCC 1972, p. 690 ; RCC 1978, p. 261). Une différenciation semblable s'impose également, lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985, p. 51, consid. 2a et p. 648, consid. 3b). La négligence grave est également donnée lorsque l'administrateur n'assume pas son mandat dans les faits.

A/1506/2006 - 15/17 - Ce faisant, il n'exerce pas la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, attribution inadmissible et inaliénable du conseil d'administration conformément à l'art. 716a CO. Une personne qui se déclare prête à assumer ou à conserver un mandat d'administrateur tout en sachant qu'elle ne pourra pas le remplir consciencieusement viole son obligation de diligence (ATF 122 III 195, consid. 3b). Sa négligence peut être qualifiée de grave sous l'angle de l'art. 52 LAVS (ATF 112 V 1, consid. 5b). Notre Haute Cour a ainsi l'occasion de rappeler à plusieurs reprises qu'un administrateur, dont la situation est à cet égard proche de celle de l'homme de paille, ne peut s'exonérer de ses responsabilités légales en invoquant son rôle passif au sein de la société (ATF du 19 mai 2010, 9C\_289/2009, consid. 6.2; ATF du 22 juin 2005, H 87/04, consid. 5.2.2; ATF du 27 avril 2001, H 234/00, consid. 5d; ATF du 13 février 2001, H 225/00, consid. 3c). Dans le cas d'une Sàrl, les gérants d'une Sàrl 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; arrêt H 252/01 du 14 mai 2002, in VSI 2002 p. 176 s. consid. 3b et d). c) Dans certaines circonstances, un employeur peut causer intentionnellement un préjudice sans être dans l'obligation de le réparer, lorsqu'il retarde le paiement des cotisations pour maintenir son entreprise en vie, lors d'une passe de trésorerie difficile. Mais il faut alors qu'il ait eu des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter de sa dette dans un délai raisonnable (cf. RCC p. 261 et la jurisprudence citée; ATF 108 V 188).

## **E. 9**

En l'espèce, le recourant allègue qu'il a tenté de gérer au mieux la société, dès sa création, et que s'il n'a pas payé les cotisations à l'intimée, ce n'est pas dans le but de se les approprier, mais de sauver l'entreprise et les employés. De plus, en 2001, la société a été victime des malversations commises par le comptable. La Cour de céans relève toutefois que les malversations commises par le comptable en 2001 n'expliquent pas pour quels motifs le recourant n'a pas payé les cotisations durant toute l'année 2000. En effet, il résulte du procès-verbal d'audition du 14 janvier 2012 devant le juge d'instruction qu'il avait

engagé le comptable entre fin 2000 et début 2001 (cf. pièce 24 recourant). Or, les cotisations trimestrielles de l'année 2000 n'ont pas du tout été acquittées, malgré les rappels et sommations de l'intimée. De surcroît, il s'avère que le recourant connaissait le comptable depuis 1996 déjà, alors que ce dernier était à la tête d'une fiduciaire à laquelle il avait confié la comptabilité de la société. Il avait d'ailleurs changé de fiduciaire parce qu'il avait constaté que la fiduciaire faisait mal son travail. Qui plus est, il

A/1506/2006 - 16/17 - connaissait le passé carcéral de ce personnage et l'avait malgré tout engagé, par pitié. Ces circonstances devaient d'autant plus l'inciter à exercer une surveillance étroite sur les agissements du comptable. Au lieu de cela, il lui a même communiqué, en toute imprudence, les codes permettant d'effectuer les paiements par e-banking. Le fait qu'il ne maîtrisait pas les paiements par internet ne saurait expliquer pourquoi il n'a pas suivi de très près les opérations effectuées par son employé sur ses instructions et ne s'est pas assuré, en particulier du paiement effectif des cotisations AVS courantes et arriérées. Il s'agit-là d'une obligation essentielle conférée par la loi à l'organe formel d'une société. En l'espèce, en l'absence de tout contrôle, le comptable a commis pas moins de vingt-sept opérations frauduleuses entre le 2 mars 2001 et le 14 septembre 2001 pour un montant total établi de 40'396 fr. 30. La Cour de céans considère qu'en exerçant aucune surveillance et en ne se préoccupant pas du sort des cotisations sociales durant les années 2000 et 2001, le recourant a failli à ses obligations et commis une négligence qui, sous l'angle de l'art. 52 LAVS, doit être qualifiée de grave. Le recourant invoque encore l'affaire Y\_\_\_\_\_ SA. A cet égard, il convient de constater, avec l'intimée, que c'est à fin 2002 que la société du recourant a entrepris des travaux pour la société précitée. Une facture a été établie en date du 7 février 2003, à la suite de laquelle un différend est survenu entre les parties qui a fait l'objet d'une procédure civile. Cela étant, ces circonstances ne sont pas de nature à disculper le recourant quant au non paiement des cotisations des années 2000 et 2001. En effet, le recourant a déclaré qu'en 2001 il avait tenté de trouver des arrangements de paiement avec les créanciers et de trouver des mandats afin de remonter la pente. Il n'a cependant pas contacté l'intimée durant cette période. Enfin, il ne pouvait pas raisonnablement espérer, au vu des difficultés rencontrées avec Y\_\_\_\_\_ SA, sauver l'entreprise en retardant le paiement des cotisations sociales durant plus de deux ans. Au vu de ce qui précède, la responsabilité du recourant est engagée au sens de l'art. 52 LAVS et il répond de la totalité du dommage subi par l'intimée, soit 94'971 fr. 55 selon les pièces du dossier et l'extrait de compte produit par l'intimée. Pour le surplus, le recourant ne saurait raisonnablement soutenir que l'intimée a commis une faute en ne lui ayant pas adressé personnellement des sommations ou des rappels ; tant que la société existe, hormis les cas de menace de dépôt de plainte pénale pour détournement des cotisations, c'est à la personne morale qu'elle doit s'adresser et non à ses organes individuellement.

#### **E. 10**

Mal fondé, le recours est rejeté.

#### **E. 11**

La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA ; art. 89H al. 1 LPA).

A/1506/2006 - 17/17 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme : 1. Déclare le recours recevable. Au fond : 2. Le rejette. 3. Dit que la procédure est gratuite. 4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du

Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Selon l'art. 85 LTF, s'agissant de contestations pécuniaires, le recours est irrecevable si la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 francs (al. 1 let. a). Même lorsque la valeur litigieuse n'atteint pas le montant déterminant, le recours est recevable si la contestation soulève une question juridique de principe (al. 2). Le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

Isabelle CASTILLO

La présidente

Juliana BALDE Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le

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