

# **GE\_GERICHTE ATAS/252/2011 vom 15. März 2011**

GE Cour de justice, 2011-03-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_252\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_252_2011)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/252/2011 du 15 mars 2011

IT: GE\_GERICHTE ATAS/252/2011 del 15 marzo 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

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). Dès le 1er janvier 2011, cette compétence revient 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 9 octobre 2009). 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**

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

### **E. 4**

La question litigieuse est de savoir si le recourant est responsable du dommage causé par le non-paiement des cotisations sociales dues pour l'année 2003, soit 16'431 fr. 90.

### **E. 5**

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

A/4066/2010 - 7/12 - 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 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 du 17 septembre 2008, date de publication de l'état de collocation. La décision en réparation du dommage, notifiée le 23 août 2010, est par conséquent intervenue, certes de peu, dans le délai de deux ans prescrit par l'art. 52 al. 3 LAVS.

## **E. 6**

a) Aux termes de l'art. 52 al. 1er 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. Il sied de rappeler que cet article est une disposition spéciale (RCC 1989, p. 117). La nouvelle teneur de l'art. 52 al. 1er LAVS en vigueur depuis le 1er janvier 2003 reprend l'ancien art. 52 LAVS quasiment sans modification. Les termes « caisse de compensation » sont remplacés par « assurances », sans que cela n'entraîne un changement quand aux conditions de la responsabilité de l'employeur (ATF 129 V 13 sv. consid. 3.5). Le TF a ainsi déjà affirmé que l'on ne pouvait inférer ni du message du Conseil fédéral concernant la 11ème révision de l'AVS, ni des travaux préparatoires de la LPGA, des raisons de s'écarter de la jurisprudence constante relative à l'art. 52 LAVS. 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 des assurances 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

A/4066/2010 - 8/12 - 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). c) Lorsque l'employeur est une personne morale, ses organes répondent solidairement, à titre subsidiaire, du dommage causé par celui-ci, notamment quand la personne morale n'existe plus au moment où la responsabilité est engagée (No 6003 des directives de l'Office fédéral des assurances sociales sur la perception des cotisations, ci-après : DP; ATF 114 V 79, consid. 3; 113 V 256, consid. 3c; RCC 1988, p. 136, consid. 3c; ATF 111 V 173, RCC 1985, p. 649, consid. 2.). d) Selon la jurisprudence constante, ont la qualité d'organe, au sens de l'art. 52 LAVS, toutes les personnes physiques qui agissent de manière déterminante pour elle et qui influent de manière déterminante sur la formation de sa volonté. L'organe dirigeant ne peut se dégager de sa responsabilité en déléguant tout ou partie de ses compétences à un tiers ; la diligence requise lui impose de le choisir correctement, de lui donner des instructions et de le surveiller (ATF 114 V 219, RCC 1989 p. 116 ; VSI 2002 p. 52, consid. 3c). 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 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le Tribunal fédéral s'est toujours référé à l'art. 754 al. 1er CO, en corrélation avec l'art. 759 al 1er CO. Conformément à ces dispositions, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle, répondent, à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. La notion d'organe au sens de l'art. 52 LAVS comprend non seulement les organes formellement nommés, qu'ils aient fait usage ou non de cette compétence, mais également les organes dirigeants matériels, soit les personnes qui prennent les décisions réservées aux organes formels ou qui se sont chargées de la gestion proprement dite, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 132 III 523 consid. 4.5, 128 III 29 consid. 3aATF 107 II 353, consid. 5a; 112 II 1985 et l'arrêt non publié du Tribunal fédéral du 21 avril 1988 en la cause A. ; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., p. 209 et ss). 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). f) 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. arrêt du TFA H 96/03 du 30 novembre 2004,

A/4066/2010 - 9/12 - in SJ 2005 I p. 272, consid. 7.3.1). La négligence grave mentionnée à l'art. 52 LAVS est admise très largement par la jurisprudence. Selon la pratique, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui ne respecte pas 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. Par exemple, les administrateurs d'une société qui se trouve dans une situation financière désastreuse, qui parant 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 gravité de la situation, que la société puisse s'acquitter des cotisations en souffrance dans un délai raisonnable (cf. ATF 108 V 183 consid. 2 p. 188 s.), commettent une négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS (arrêt du 5 mars 1996 in SVR 1996 AHV no 98 p. 299, consid. 3; cf. ATF 108 V 189 consid. 4). Un administrateur 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).

## **E. 7**

En l'espèce, le recourant estime être dégagé de toute responsabilité car seul l'administrateur de fait, propriétaire économique de la société, gérait effectivement celle-ci, le recourant n'ayant jamais pris aucune part à cette gestion et n'ayant ni accès aux comptes de la société, ni signé aucun document. Il fait grief à la caisse de ne pas l'avoir averti plus tôt et à son adresse privée du non-paiement des cotisations sociales. En premier lieu, le principe de la

responsabilité pour l'année 2003 du recourant, organe de droit de la société inscrit au RC d'octobre 2002 à janvier 2005, ne fait aucun doute. En deuxième lieu, s'agissant de la négligence grave, la jurisprudence déjà ancienne du Tribunal fédéral à ce sujet est sévère, mais claire, en ce sens que le fait de renoncer à participer à la gestion de la société constitue, en soi, une négligence grave. La délégation de la gestion au propriétaire de la société est possible mais elle ne dispense pas le recourant de contrôler cette gestion, en vérifiant régulièrement le paiement des cotisations paritaires, et à défaut de réponse des gérants de fait ou de leur fiduciaire, en s'adressant à la caisse pour obtenir l'état des comptes, puis en fonction de la situation, en prenant les mesures indispensables. Dans le cas d'espèce, le recourant s'est à ce point désintéressé de la société qu'il ne connaissait

A/4066/2010 - 10/12 - même pas l'activité exercée, ni le nombre d'employés, ni la masse salariale. On peine d'ailleurs à comprendre, au vu de la profession du recourant, de ses connaissances spécifiques et de son expérience, que ce dernier ait à ce point méconnu le rôle et les responsabilités de l'administrateur d'une société anonyme, pensant que l'inscription au RC "pour rendre service" était sans conséquence. Il est tout autant étonnant que le recourant ait fait confiance au gérant de fait, qu'il admet pourtant ne pas connaître et avoir rencontré à une seule reprise. Si son âge au moment des faits, soit 64 ans, était un obstacle à ce mandat, il lui appartenait alors de le refuser. Plus précisément, le recourant devait vérifier, au début de l'année 2003, si la masse salariale de cette année-là ne justifiait pas une adaptation à la hausse des cotisations. Il lui appartenait au moins de faire des sondages réguliers dans les courriers de la caisse, ce qui l'aurait renseigné, en mai 2003 déjà, sur le fait que les acomptes n'avaient pas été suffisants en 2002 et, vraisemblablement aussi en 2003. Ensuite, il lui appartenait de faire établir et signer au plus tard le 31 janvier 2004 l'attestation des salaires 2003, puis d'examiner le décompte de la caisse et prendre des mesures, ou à tout le moins tenter d'en prendre, pour que les cotisations encore dues pour 2003 soient payées. Or, le recourant s'est contenté de réclamer à une reprise à son prédécesseur et à une reprise au gérant de fait les comptes, sans les relancer, ni chercher à obtenir des informations directement de la caisse. Ainsi, la Cour retiendra que le recourant a fait preuve de négligence grave en ne surveillant pas la gestion courante de la société. En troisième lieu, la responsabilité incontestable des époux I\_\_\_\_\_, administrateurs de fait durant la période considérée, ne libère pas le recourant, les divers administrateurs étant solidairement responsables du dommage causé selon la jurisprudence citée. A noter que le compte est soldé pour l'année 2004 et que seuls les époux I\_\_\_\_\_ sont recherchés pour les années 2005 à 2007. En quatrième lieu, les griefs du recourant contre la caisse sont infondés. Il n'appartient pas à la caisse, qui part du postulat que l'administrateur diligent prend connaissance des rappels et sommations adressés à la société, de lui en envoyer copie à son domicile privé, mais à l'administrateur diligent de demander à la caisse les informations qu'il ne parvient pas à obtenir du gérant. De même, la dénonciation pénale, éminemment personnelle, dirigée contre les administrateurs de fait n'avait pas à être communiquée au recourant. Au demeurant, s'il en avait été informé en 2008, il était trop tard, après la mise en faillite de la société, pour prendre des mesures afin d'assurer le paiement des cotisations encore dues. Si l'on peut regretter le délai de presque deux ans entre la publication de l'état de collocation et la notification de la décision, le recourant n'explique pas en quoi une notification plus rapide à fin 2008 aurait modifié sa situation, la caisse ne pouvant pas, en tout état, exiger la réparation du dommage des organes de la société plus tôt, soit avant d'être sûre que les actifs de la société sont insuffisants pour couvrir la créance.

A/4066/2010 - 11/12 - En cinquième lieu, s'agissant du montant du dommage, après une vérification minutieuse, il s'avère que la caisse a correctement crédité le compte de la société, les acomptes réguliers mais insuffisants étant comptabilisés pour le trimestre correspondant et les autres sommes versées servant à solder les dettes les plus anciennes. En résumé, mis à part les acomptes réguliers et les montants versés en couverture de la part pénale, aucun versement n'a été affecté à des cotisations dues pour les années 2005 à 2007, au détriment du solde dû pour l'année 2003. Reste à examiner si le recourant peut être tenu responsable du non-paiement du surplus de cotisation dû pour l'année 2003, réclamé par décision du 17 septembre 2008 seulement, après que la caisse a fortuitement découvert que le salaire versé à un employé de la société n'avait pas été déclaré du tout. Les décomptes de salaire de l'employé en question sont établis en bonne et due forme à l'en-tête de la société et le salaire est versé sur le compte bancaire de l'employé. Cela démontre qu'il ne s'agit en tout cas pas d'un employé irrégulier, payé de la main à la main par prélèvement dans la caisse. Ainsi, le paiement de ce salaire apparaissait au débit du compte "salaires" de la société de sorte qu'une vérification de la comptabilité de la société aurait dû permettre au recourant de déceler une discordance entre ce compte et l'attestation des salaires AVS 2003. Il appartient d'ailleurs également à l'administrateur de s'assurer que tous les salaires versés sont déclarés. Il ne se justifie donc pas de déduire le montant des cotisations dues en 2003 à ce titre (2'783 fr. 75) du total du dommage réclamé. Pour terminer, il sied de préciser que la négligence reprochée au recourant ne relève en aucun cas d'un comportement intentionnel ou pénal et qu'il n'est nullement mis en doute qu'il n'a jamais été confronté à une situation de ce type durant sa longue carrière. Cela ne permet pas, dans le cas particulier, de l'exonérer de sa responsabilité dans le non paiement des cotisations sociales dues pour l'année 2003 par la société dont il était l'administrateur de droit.

#### **E. 8**

Le recours, mal fondé, est ainsi rejeté.

A/4066/2010 - 12/12 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES  
SOCIALES : Statuant A la forme :

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