

# **GE\_GERICHTE ATAS/279/2010 vom 17. März 2010**

GE Cour de justice, 2010-03-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_279\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_279_2010)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/279/2010 du 17 mars 2010

IT: GE\_GERICHTE ATAS/279/2010 del 17 marzo 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'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). Il est également compétent pour les contestations prévues à l'art. 38A de la loi cantonale sur les allocations familiales du 1er mars 1996 (LAF; RS J 5 10), en vertu de l'art. 56V al. 2 let. e LOJ, et des contestations prévues à l'art. 20 de la loi cantonale sur l'assurance-maternité du 14 décembre 2000 (LAMat; RS J 5 07), selon l'art. 56V al. 2 let. f LOJ. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art 56 ss LPGA).

### **E. 3**

L'objet du litige est la question de savoir si le recourant est responsable du non- paiement des cotisations AVS/AI/APG/AC, ainsi que des contributions au régime des allocations familiales et à l'assurance-maternité par la société.

### **E. 4**

Selon 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

A/2925/2009 - 8/13 - tenu à réparation. Si l'organe 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). Cette disposition s'applique également à la responsabilité de l'employeur pour les cotisations de l'assurance-maternité régie par la LAMat, en vigueur jusqu'au 30 juin 2005, en vertu de l'art. 18 de cette loi, et pour celles afférentes au régime des allocations familiales, aux termes de l'art. 30 al. 3 LAF.

### **E. 5**

a) Aux termes de l'art. 52 al. 3 LAVS, en vigueur depuis le 1er janvier 2003, le droit de demander la réparation d'un dommage se 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 invoquer la prescription. Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (ATF du 23

novembre 2006, cause H 1 36/05, consid. 4.1 et références citées). Antérieurement, l'art. 82 RAVS prévoyait un délai de peremption d'une année. Par "moment de la connaissance du dommage", il faut entendre, en règle générale, le moment où la caisse aurait dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances ne lui permettaient plus de recouvrer les cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (VSI 2001 consid. 3a p. 195; VSI 2001 consid. 2a p. 98; VSI 1996 consid. 3b p. 172; VSI 1995 consid. 2 p. 169s; ATF 119 V 92 consid. 3 = VSI 1993 p. 110; ATF 118 V 195 consid. 3a et réf. cit. = VSI 1993 p. 83; VSI 1993 consid. 3a p. 84; RCC 1992 consid. 5b p. 265; ATF 116 V 75 consid. 3b = RCC 1990 p. 415; ATF 113 V 181 consid. 2 = RCC 1987 p. 607; ATF 112 V 8 consid. 4d = RCC 1986 p. 493; ATF 112 V 158 = RCC 1987 p. 217). En cas de faillite, ce moment correspond en principe à celui du dépôt de l'état de collocation (ATF 129 V 193 consid. 2.3 p. 195 sv.). Si la faillite n'est liquidée ni selon la procédure ordinaire ni selon la procédure sommaire, il faut alors admettre que la connaissance et la survenance du dommage interviennent en règle générale au moment de la suspension de la liquidation de la faillite faute d'actifs, la date de la publication de cette mesure dans la FOSC étant déterminante (ATF 123 V 16 consid. 5c = VSI 1997 p. 219). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a "rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer" (cf. FRITSCHE, "Schuldbetreibung und Konkurs" II, 2ème éd., p. 112), d'où la perte de la caisse. b) En l'espèce, le droit de réclamer des dommages-intérêts n'était pas encore prescrit au moment de la décision du 30 octobre 2007, la suspension de la faillite de la société pour défaut d'actifs ayant été publiée en juin 2006, soit moins de deux ans avant la décision de réparation.

A/2925/2009 - 9/13 -

## **E. 6**

Le dommage consiste en l'occurrence en la perte des cotisations d'un montant de 15'940 fr. 35 subie par l'intimée en raison de la faillite de la société. Il n'est à cet égard pas contesté que celle-ci n'a pas payé les cotisations AVS/AI/APG/AC, ainsi que les contributions au régime des allocations familiales et à l'assurance-maternité sur les salaires qui ont été repris par l'intimée après le contrôle des comptes de la société.

## **E. 7**

a) Il ressort de l'art. 14 al. 1 LAVS, en relation avec les art. 34 ss du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 31 octobre 1947 (RAVS ; RS 831.10), 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; il doit également remettre périodiquement aux caisses les pièces comptables nécessaires au calcul des cotisations. L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi (cf. ATF 108 V 189 consid. 2a p. 193). L'employeur qui néglige de l'accomplir peut en conséquence être tenu de réparer le dommage ainsi occasionné sur la base de l'art. 52 aLAVS (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 195/95 du 5 mars 1996, in SVR 1996 AHV no 98 p. 299, consid. 2b; ATF 118 V 193 consid. 2a). b) Lorsque l'employeur est une personne morale, ses organes répondent solidairement, à titre subsidiaire, du dommage causé par celui-ci. En cas d'insolvabilité de l'employeur, ils peuvent donc être directement poursuivis (ch. 7004 des directives de l'Office fédéral des assurances sociales [OFAS] sur la perception des cotisations [DP]; ATF 114 V 79 consid. 3; ATF 113 V 256 consid. 3c; RCC 1988 p. 136 consid. 3c). c) 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, 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. 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 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 aLAVS (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

A/2925/2009 - 10/13 - 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). d) 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 p. 407 s.), de sorte que celui-ci répond solidairement de tout le dommage subi par l'assurance en cas de faillite de la société (arrêt du 30 novembre 2004, in SJ 2005 I p. 272, consid. 7.3.1; ATF 132 III 523).

## **E. 8**

En l'espèce, il n'est guère contesté que le recourant est un organe de la société, dès lors qu'il était inscrit au registre du commerce en tant qu'associé-gérant.

## **E. 9**

Reste à examiner s'il a commis une négligence grave dans l'exercice de ses tâches d'associé-gérant. A cet égard, il fait valoir que c'est l'appelé en cause qui s'était chargé de la gestion de la société et qu'il n'a jamais pu accéder aux comptes de celle-ci. De la correspondance de l'intimée et de l'OCE avec les associés, il résulte que c'est effectivement l'associé du recourant qui s'est occupé de la gestion administrative de la société, contrairement à ce qu'il fait valoir dans ses écritures du 1er décembre 2009 dans le cadre de la présente procédure. En effet, comme il ressort notamment du courrier du 15 février 2001 du conseil de l'appelé en cause à la caisse, celui-ci a transmis à cette dernière les décomptes des salaires pour la période de décembre au 8 février 2001. Le 14 mars 2001, l'appelé en cause lui a transmis une liste "exhaustive" des salaires perçus durant 2000 et les prévisions salariales pour l'année en cours. Il a également fait état d'une facture d'acompte reçue le 8 mars 2001. M. E \_\_\_\_\_ a attesté, par son courrier du 23 mars 2001 à la caisse que les livres comptables étaient tenus par une secrétaire indépendante qui avait été engagée par l'appelé en cause pour le compte de la société. Ces derniers s'étaient octroyés la gestion de celle-ci et le recourant n'avait pas accès aux documents administratifs et comptables. Ainsi, il n'avait aucun moyen de contrôle. Dans ce courrier, M. E \_\_\_\_\_ a fait par ailleurs

référence à un constat de cette situation par un rapport du 12 janvier 2001 d'un détective privé. Il ressort en outre de ce courrier que M. E\_\_\_\_\_ était toujours dans l'attente des pièces comptables du 4ème semestre 2000, lesquelles devaient lui être transmises par l'appelé en cause, respectivement la secrétaire de la société. Il a par ailleurs demandé à la caisse, pour le recourant, l'attestation des salaires pour l'année 2000 établie par la secrétaire de la société, les versements à l'institution de prévoyance professionnelle pour l'année 2000 et la déclaration mensuelle des salaires à la caisse pour janvier et février 2001, ce qui montre également que le recourant n'avait pas accès aux pièces comptables de la société. Dans ce courrier, il est en outre relevé qu'aucun décompte et certificat

A/2925/2009 - 11/13 - de salaire n'a été établi en 2000 pour le recourant et son fils. La secrétaire de la société a aussi refusé de remplir l'attestation de l'employeur relative aux salaires versés à ce dernier, l'empêchant ainsi de toucher les indemnités de chômage. Le 30 avril 2001, le recourant a fait savoir à la caisse que l'attestation des salaires payés durant l'année 2000, établie par l'appelé en cause, ne correspondait pas à la réalité. Dans ce courrier, il a répété qu'il n'avait pas accès aux livres comptables et que son associé et sa secrétaire s'étaient octroyé la gestion de la société. Il se voyait ainsi dans l'impossibilité de renseigner la caisse sur le 4ème trimestre 2000. Par courrier du 22 mai 2001, le recourant a confirmé que l'attestation des salaires payés pour l'année 2000 n'était pas conforme à la réalité pour lui-même et son fils, ainsi que son associé. Il a également informé la caisse qu'une réunion avec ce dernier avait été fixée, en présence de leurs avocats respectifs, pour tenter une conciliation et une redéfinition de leur relation à l'intérieur de la société. Le recourant a répété, dans son courrier du 19 juin 2001 à la caisse, que l'appelé en cause lui bloquait l'accès aux comptes et qu'il n'était pas en mesure de fournir les éléments requis. Des négociations étaient en cours afin de lui permettre d'accéder à l'intégralité des comptes. Il laissait le soin à l'appelé en cause de fournir les informations requises, tout en dégageant d'ores et déjà sa responsabilité quant à l'exactitude de celles-ci. Le 2 octobre 2001, le recourant a de nouveau demandé à la caisse de lui transmettre les attestations de salaires qui lui ont été envoyées par l'appelé en cause ou la société. Le 17 décembre 2001, il a fait part à la caisse que l'appelé en cause refusait toujours de signer, conjointement avec lui, l'attestation des salaires versés, notamment pour l'année 2000, de sorte qu'il lui était impossible de produire le certificat de salaire y afférent. Dans son courrier du 4 juillet 2002, l'appelé en cause a fait savoir à la caisse qu'il ne paiera aucune cotisation sur le salaire versé à l'épouse du recourant. Enfin, ce dernier a encore demandé le 31 janvier 2003 à la caisse de lui transmettre les déclarations de salaire de l'année 2001. Il résulte de ce qui précède que l'appelé en cause s'est chargé effectivement de la gestion de la société et qu'il a manifestement empêché le recourant d'accéder aux comptes de celle-ci. Il a par ailleurs fait obstruction à ce qu'une attestation des salaires réellement versés puisse être signée par les deux associés. Quant au recourant, il est régulièrement intervenu auprès de la caisse pour obtenir par l'intermédiaire de celle-ci des informations sur les attestations établies par l'appelé en cause et les cotisations versées, ainsi que pour rectifier le montant des salaires déclarés. Il s'est en outre adressé à un avocat pour défendre ses droits vis-à-vis de l'appelé en cause, ainsi qu'au bureau fiduciaire de M. E\_\_\_\_\_, afin que les comptes de la société, conformes à la réalité, puissent être réalisés par celui-ci. Cependant, l'appelé en cause n'a pas transmis à ce dernier les pièces comptables relatives au 4ème semestre 2000. Enfin, il semble qu'un constat de cette situation ait été établi également par un détective privé. Suite au contrôle de la caisse, il s'est avéré que les déclarations de salaire n'avaient effectivement pas été correctement déclarées par l'appelé en cause. Il résulte de ce

A/2925/2009 - 12/13 - qui précède qu'au degré de la vraisemblance prépondérante, aucune négligence ne peut être reprochée en l'occurrence au recourant, dès lors que l'appelé en cause l'a empêché de procéder aux contrôles nécessaires et d'accéder aux comptes de la société. Par ailleurs, il convient d'admettre que le recourant a entrepris ce qui était en son pouvoir pour accomplir néanmoins son devoir d'associé-gérant, sans succès, du moins en ce qui concerne les salaires repris jusqu'en 2002. Il ne peut pas non plus lui être reproché de ne pas s'être retiré de la société, dès lors qu'il avait apporté à celle-ci son commerce qu'il exploitait précédemment sous une raison sociale individuelle. S'agissant des cotisations afférentes au salaire versé au recourant en janvier 2005, il est vrai que le recourant était à cette époque liquidateur de la société et semble avoir pu exercer un certain contrôle sur celle-ci, comme il ressort du courrier adressé le 15 février 2005 par la Société Fiduciaire X\_\_\_\_\_ à l'intimée, par lequel celle-ci a réclamé à la caisse une facture de cotisation pour janvier 2005. Toutefois, il apparaît qu'une telle facture n'a jamais été envoyée à la société. A partir du 27 avril 2005, le recourant n'était en outre plus liquidateur de la société. Dans ces conditions, il ne saurait non plus être retenu que le non paiement des cotisations relatives au salaire de janvier 2005 lui soit imputable. Cela étant, il sied d'admettre que le recourant n'est pas responsable du dommage subi par l'intimée.

#### **E. 10**

Au vu de ce qui précède, le recours sera admis.

#### **E. 11**

Dans la mesure où l'intimée succombe, elle sera condamnée à verser au recourant une indemnité de 1'000 fr. à titre de dépens.

A/2925/2009 - 13/13 -

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