

# **GE\_GERICHTE ATAS/35/2011 vom 18. Januar 2011**

GE Cour de justice, 2011-01-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_35\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_35_2011)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/35/2011 du 18 janvier 2011

IT: GE\_GERICHTE ATAS/35/2011 del 18 gennaio 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Jusqu'au 31 décembre 2010, 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

A/947/2009 - 11/18 - 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**

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'article 52 LAVS, relatif à la responsabilité de l'employeur pour le dommage causé à une caisse de compensation en violant des prescriptions légales. Désormais, la responsabilité de l'employeur y est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les articles 81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (ci-après : RAVS) ont été abrogés. La LPGA s'appliquera au cas d'espèce, de même que les nouvelles dispositions en vigueur, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminant se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). In casu, la connaissance du dommage et toute la procédure qui a suivi sont postérieures au 1er janvier 2003, les décisions à l'origine du litige datent du 19 février 2009, de sorte que les dispositions légales seront citées dans leur nouvelle teneur.

### **E. 3**

Déposés dans les délai et forme prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA). L'intimée conclut à l'irrecevabilité du recours, en faisant valoir que l'opposition du recourant n'était pas motivée. La Cour de céans relèvera cependant qu'au regard des dispositions de la LPGA, la motivation de l'opposition n'est pas une condition nécessaire à la recevabilité d'un recours. Quoi qu'il en soit, en statuant sur le fond, dans le cadre de la décision sur opposition, l'intimée a implicitement admis la recevabilité de l'opposition déposée par le recourant.

### **E. 4**

Le litige porte sur la responsabilité du recourant pour le dommage subi par l'intimée ensuite du non paiement des cotisations sociales par les sociétés I et II. Il convient de préciser que la question de la responsabilité des administrateurs I et II est tranchée par arrêts séparés dans les causes n° A/978/2009, respectivement, n° A/946/2009.

## **E. 5**

Selon l'art. 52 al. 3 LAVS, 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

A/947/2009 - 12/18 - 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 (FF 1994 V p. 964 sv., 1999 p. 4422, cité in arrêt du Tribunal fédéral du 30 novembre 2004 en la cause H 96/03). Selon la jurisprudence rendue à propos de l'ancien art. 82 al. 1 RAVS, et valable sous l'empire de l'art. 52 al. 3 LAVS (ATF non publié, H 18/06, du 8 mai 2006, consid. 4.2), il faut entendre par moment de la «connaissance du dommage», 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 (ATF 129 V 195). En cas de faillite, ce moment correspond en règle générale à celui du dépôt de l'état de collocation, ou celui de la publication de la suspension de la liquidation de la faillite faute d'actifs (ATF 129 V 193 consid. 2.3 p. 195 sv.). En revanche, lorsque la caisse subit un dommage à cause de l'insolvabilité de l'employeur mais en dehors de la faillite de celui-ci, le moment de la connaissance du dommage et, partant, le point de départ du délai de prescription coïncident avec le moment de la délivrance d'un acte de défaut de biens ou d'un procès-verbal de saisie valant acte de défaut de biens définitif au sens de l'art. 115 al. 1 LP (en corrélation avec l'art. 149 LP), soit lorsque le procès-verbal de saisie indique que les biens saisissables font entièrement défaut (cf. ATF 113 V 256 consid. 3c). C'est à ce moment que prend naissance la créance en réparation du dommage et que, au plus tôt, la caisse a connaissance de celui-ci au sens de l'art. 82 aRAVS (arrêt A. du 19 février 2003, H 284/02, consid. 7.2; cf. aussi Thomas Nussbaumer, Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS, in RCC 1991, p. 405 s.). La procédure ordinaire de perception des cotisations relève des règles applicables dans le cadre des articles 14 et suivants LAVS. Selon l'art. 15, al. 1 LAVS, les cotisations non versées après sommation sont perçues sans délai par voie de poursuite, à moins qu'elles ne puissent être compensées avec des rentes échues. Les cotisations seront, en règle générale, recouvrées par voie de saisie également contre un débiteur soumis à la poursuite par voie de faillite (cf. article 15, alinéa 2 LAVS; art. 43 LP). Dans la poursuite par voie de saisie, le créancier qui n'a pas été payé intégralement sur le produit de la réalisation reçoit un acte de défaut de biens définitif après saisie - lequel est fondé sur le résultat de la réalisation - à la différence de l'acte de défaut de biens provisoire après saisie, qui est fondé sur l'estimation de l'office - pour le montant impayé, c'est-à-dire pour le montant de son découvert (cf. article 149, alinéa 1 LP; GILLIERON, Poursuites pour dettes, faillite et concordat, in Collection juridique romande, Lausanne 1985, p. 224). Il peut arriver qu'un acte de défaut de biens définitif après saisie soit délivré sans réalisation préalable. Ainsi, le procès-verbal de saisie vaut acte de défaut de biens définitif, lorsqu'il indique que les biens saisissables font entièrement défaut (article

A/947/2009 - 13/18 - 115, alinéa 1 en relation avec l'article 149 LP; ATF 113 V 258, consid. 3 c), RCC 1988, p. 137; GILLIERON, op. cit. pages 179, 224). Enfin, la prescription interrompue contre l'un des débiteurs solidaires ou l'un des codébiteurs d'une dette indivisible l'est également contre tous. Cette règle n'est valable qu'en cas de solidarité parfaite (art. 136 al. 1 CO, ATF 133 III 11 consid. 5.1). La solidarité entre responsables du dommage causé à la caisse de compensation est parfaite (ATAS/11150/2009).

#### **E. 6**

En l'espèce, la faillite des sociétés I et II a été prononcée le 5 avril 2005 et le dépôt des états de collocation et des inventaires a été publié le 2 novembre 2005. En notifiant la décision en réparation du dommage à l'administrateur I le 16 août 2007 et, à l'administrateur II le 23 août 2007, l'intimée a valablement interrompu la prescription à l'égard du recourant, puisque, au vu de la jurisprudence précitée, la solidarité entre responsables du dommage causé à la caisse de compensation est parfaite. Il s'ensuit que la décision notifiée le 7 novembre 2007 au recourant est intervenue dans les délais prescrits.

#### **E. 7**

Aux termes 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. La nouvelle teneur de cette disposition, 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 s. 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. En l'espèce, s'agissant de la société I, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par l'intimée et correspond aux cotisations AVS/AI/APG/AC d'avril 2003, de juin à décembre 2003, du complément de l'année 2003 et du rapport de contrôle des années 2000 à 2003 ainsi qu'aux cotisations dues au régime des allocations familiales et de l'assurance maternité selon le rapport de contrôle des années 2000 à 2003, soit 64'070 fr. 10. A ces cotisations, s'ajoutent les frais administratifs, les intérêts moratoires et les taxes de sommation (11'680 fr. 85), soit un montant total de 75'750 fr. 95. Suite aux griefs invoqués par le recourant, l'intimée a admis que l'activité déployée par Mme G\_\_\_\_\_ était une activité indépendante, de sorte que la reprise de salaires la concernant a été annulée et le montant réclamé à titre de dommage a été

A/947/2009 - 14/18 - réduit à 75'750 fr. 95. Le recourant est d'avis que MM. E\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_ ont également exercé une activité indépendante au sein de la société. Le Tribunal de céans constate cependant qu'aucune pièce du dossier ne permet de retenir que tel était le cas. Le contrat signé par M. F\_\_\_\_\_ le 25 novembre 1999 et produit par le recourant lors de l'audience du 3 novembre 2009 relève au demeurant d'une activité salariée au vu des éléments mentionnés, soit notamment le nombre d'heures de travail hebdomadaires, les jours de vacances et une rémunération mensuelle fixe. La Cour de céans relèvera que le recourant admet que la société I n'a pas payé les cotisations réclamées - résultant du relevé de compte détaillé versé à la procédure par l'intimée -, exception faite toutefois d'un montant de 4'000 fr. que l'intimée aurait omis de prendre en compte. Cela étant, le grief invoqué tombe à faux dès lors qu'il ressort des pièces versées à la procédure

que le montant de 4'000 fr. versé en faveur de l'intimée le 3 janvier 2005 (chargé recourant) a été crédité sur les cotisations de février 2003 (402 fr. 60) et sur celles de mars 2003 (3'597 fr. 40 ; pièces annexées à la réponse de l'intimée du 30 avril 2009). S'agissant de la société II, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par l'intimée et correspond aux cotisations AVS/AI/APG/AC des mois de novembre et décembre 2003, de janvier 2004, de juin à décembre 2004, du complément de l'année 2005 et du rapport de contrôle pour les années 1999 à 2003, aux cotisations dues au régime des allocations familiales des mois de juillet à décembre 2004, du complément de l'année 2005 et du rapport de contrôle pour les années 1999 à 2003, ainsi qu'aux cotisations dues au régime de l'assurance maternité des mois de novembre et de décembre 2003, de janvier 2004, de juin à décembre 2004, du complément de l'année 2005 et du rapport de contrôle pour les années 1999 à 2003 (176'136 fr. 35). A ces cotisations, s'ajoutent des frais administratifs (4'765 fr. 75), des intérêts moratoires (28'883 fr. 90), les taxes de sommation (180.- fr.) et les frais de poursuites (323 fr. 40), soit un montant total de 210'289 fr. 40. Suite aux griefs invoqués par le recourant, l'intimée a accepté, à bien plaisir, de renoncer à la reprise de salaires concernant Mme H\_\_\_\_\_. Elle a également décidé d'extourner le montant correspondant à l'achat par la société II d'une machine, de sorte que le montant réclamé à titre de dommage a été fixé à 210'289 fr. 40 au lieu de 225'402 fr. 15. Le recourant fait valoir d'autres griefs quant aux reprises de salaires résultant de la décision du 26 novembre 2004. Or, comme le fait valoir à bon droit l'intimée, cette décision a déjà fait l'objet d'une procédure d'opposition, qui a abouti à une décision sur opposition rendue le

## **E. 12**

avril 2005. Cette décision étant entrée en force, le Tribunal de céans ne saurait procéder à son examen dans le cadre de la présente procédure.

A/947/2009 - 15/18 - La Cour de céans relèvera qu'il n'est par ailleurs pas contesté que la société II n'a pas payé les cotisations réclamées - résultant du relevé de compte détaillé versé à la procédure par l'intimée -, exception faite toutefois d'un montant de 4'475 fr. que l'intimée aurait omis de prendre en compte. Cela étant, il ressort des pièces que ce montant, versé en faveur de l'intimée le 14 mars 2005 (chargé recourant), a été comptabilisé par l'intimée (pièce 33 chargé intimée). Le recourant fait encore valoir concernant les deux sociétés, que seules les charges sociales devraient être prises en compte à titre de dommage, à l'exclusion des frais et intérêts. La Cour de céans relèvera cependant que le dommage subi par la Caisse est constitué non seulement des cotisations paritaires (cotisations patronales et d'employés ou ouvriers) dues par l'employeur, mais également des contributions aux frais d'administration, des intérêts moratoires, des taxes de sommation et des frais de poursuite (Directives sur la perception des cotisations, nos 7015 et 7016). Compte tenu de ce qui précède, le dommage subi par l'intimée s'élève à 75'750 fr. 95 pour la société I et à 210'289 fr. 40 pour la société II. 8. Il convient encore d'examiner si le recourant peut être considéré comme étant « l'employeur » tenu de verser les cotisations à l'intimée. 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), 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; 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 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). 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, 122 V 65 consid. 4a p. 67, 114 V 219 consid. 3b p. 220 s., confirmés in ATF 129 V 11 consid. 3; cf. ATF 132 III 523 consid. 4.5 p. 528). 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 articles, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle, répondent, à l'égard de la société, de

A/947/2009 - 16/18 - 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. Sont réputés chargés de l'administration ou de la gestion au sens de l'art. 756 CO "non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels, mais également les personnes qui prennent effectivement des décisions relevant des organes, ou qui assument la gestion proprement dite et ont ainsi une part prépondérante à la formation de la volonté au sein de la société" (ATF 107 II 353, consid. 5a; ATF 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). En l'occurrence, force est de constater que le recourant a assumé seul la gestion proprement dite des deux sociétés, ce depuis leur création, ce qu'il ne conteste pas au demeurant. 9. Reste à examiner si le recourant peut être tenu pour responsable du dommage subi par l'intimée. Le Tribunal fédéral a affirmé expressément 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). 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

A/947/2009 - 17/18 - 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). En l'espèce, en sa qualité d'organe de faits des deux sociétés, ayant assumé leur gestion proprement dite, il incombait au recourant de s'assurer personnellement que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés fussent effectivement payées à l'intimée, conformément aux prescriptions légales. On relèvera en outre qu'un élément déterminant pour qualifier le comportement du recourant, au sens de l'art. 52 LAVS, réside dans le fait que les retards dans le paiement des cotisations sociales se sont étendus durant plusieurs années. En pareilles circonstances, on ne saurait admettre que le recourant avait des raisons sérieuses et objectives de penser que le retard dans le règlement des cotisations aux assurances sociales n'était que passager, au sens de la jurisprudence. Il n'était donc pas autorisé, aux conditions posées par la jurisprudence et sur une aussi longue période, à différer le paiement des cotisations qu'il avait retenues sur les salaires payés, sous peine de commettre une négligence grave sanctionnée par l'art. 52 LAVS. Il convient ainsi d'admettre que l'attitude du recourant, laquelle est sans conteste en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi par l'intimée, constitue une négligence grave entraînant l'obligation de réparer le dommage. 10. Eu égard aux considérations qui précèdent, le recourant ne saurait être exonéré de sa responsabilité envers la caisse de compensation. En conséquence, le recours est rejeté.

A/947/2009 - 18/18 - 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.