

# **GE\_GERICHTE ATAS/509/2015 vom 30. Juni 2015**

GE Cour de justice, 2015-06-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_509\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_509_2015)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/509/2015 du 30 juin 2015

IT: GE\_GERICHTE ATAS/509/2015 del 30 giugno 2015

## **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 - 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). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA; 830.1) 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 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS). Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'art. 52 LAVS et les art. 81 et 82 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) 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). 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 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2 et références).

### **E. 3**

Interjetés dans les forme et délai prévus par la loi, les recours sont recevables (cf. art. 56ss LPGA).

### **E. 4**

Le litige porte sur l'obligation des recourants de verser à l'intimée, à titre de réparation, le montant correspondant au dommage subi par cette dernière suite au non-paiement des cotisations AVS/AI/APG/AC.

## E. 5

Selon 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. D'après l'ancien art. 82 al. 1 RAVS, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, le droit de demander la réparation du dommage se prescrivait lorsque la caisse de compensation ne le faisait pas valoir par une décision de réparation dans l'année après qu'elle a eu connaissance du dommage, et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du fait dommageable. En tant qu'il s'agissait de délais de péremption, la caisse de compensation était déchue du droit d'exiger la réparation du dommage si elle n'avait pas agi dans les délais requis (cf. ATF 128 V 12 consid. 5a, 17 consid. 2a, 126 V 451 consid. 2a, 121 III 388 consid. 3b et les références; cf. également Andrea BRACONI, Prescription et péremption dans l'assurance sociale, in : Droit privé et assurances sociales, Fribourg 1990, p. 223 et 227 ss). En revanche, si elle avait rendu une décision de réparation du dommage dans ces délais et, en cas d'opposition, ouvert une action dans les 30 jours à compter du moment où elle avait eu connaissance de l'opposition (ancien art. 81 al. 3 RAVS), ses droits étaient sauvegardés pour toute la durée de la procédure, jusqu'à ce que la décision entre en force ou qu'un jugement définitif soit rendu (cf. consid. 5.1.1 de l'arrêt F. du 30 novembre 2004, H 96/03, publié in SVR 2005 AHV n° 15 p. 49; RCC 1991 p. 136 consid. 2c; arrêt non publié B. du 8 janvier 1990 [H 102/88] consid. 2c). Avec l'entrée en vigueur de la LPGA, au 1er janvier 2003, l'art. 82 RAVS a été abrogé. Depuis lors, le nouvel art. 52 LAVS (introduit par le ch. 7 de l'annexe à la LPGA) prévoit en son al. 3 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 (cf. SVR 2005 AHV n° 15 p. 49 consid. 5.1.2; FF 1994 V 964 sv., 1999 p. 4422).

## E. 6

a. 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). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a "rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer" (cf.

A/2496/2006 - 16/25 - FRITSCHÉ, "Schuldbetreibung und Konkurs" II, 2ème éd., p. 112), d'où la perte de la caisse. Dans le cas d'une faillite ou d'un concordat par abandon d'actifs, le moment de la connaissance du dommage ne coïncide pas forcément avec celui où la caisse peut consulter le tableau de distribution et le compte final du liquidateur ou reçoit un acte de défaut de biens; la jurisprudence considère en effet que le créancier qui entend demander la réparation d'une perte qu'il subit dans une faillite ou un concordat par abandon d'actifs

connaît suffisamment son préjudice, en règle ordinaire, lorsqu'il est informé de sa collocation dans la liquidation, c'est-à-dire lorsque l'état de collocation (et l'inventaire) ont été déposés et peuvent être consultés; il connaît ou peut connaître à ce moment-là le montant de l'inventaire, sa propre collocation dans la liquidation, ainsi que le dividende prévisible (VSI 2002 p. 145 consid. 2a ; ATF 126 V 444 consid. 3a = VSI 2001 p. 195 ; ATF 121 V 236 = VSI 1996 p. 173 ; VSI 1995 consid. 2 p. 170; ATF 119 V 92 consid. 3 = VSI 1993 consid. 3 p. 112; ATF 118 V 96 consid. 3a et réf. citées = VSI 1993 p. 84s. consid. 3a; RCC 1992 consid. 5b p. 265; ATF 116 II 161 consid. 4a; RCC 1991 consid. 6a p. 384; ATF 116 V 75 consid. 3b = RCC 1990 consid. 3b p. 417; ATF 114 V 82 consid. 3b = RCC 1989 consid. 3b p. 221; ATF 113 V 182 consid. 2 = RCC 1987 p. 217; ATF 112 V 9 consid. 4d = RCC 1986 p. 493; ATF 112 V 161 = RCC 1987 p. 217; ATF 112 V 161 = RCC 1987 p. 260; ATF 112 V 9 consid. 4d = RCC 1986 p. 495). b. En l'espèce, l'état de collocation a été déposé le 14 septembre 2005. Au regard des principes jurisprudentiels qui viennent d'être rappelés, il faut considérer que c'est ce jour-là que la caisse de compensation a eu connaissance de son dommage. En notifiant ses décisions en réparation du dommage en janvier 2006, la caisse de compensation a donc respecté le délai de prescription de deux ans instauré par le nouvel art. 52 al. 3 LAVS et a donc agi en temps utile.

#### **E. 7**

Selon l'art. 52 LAVS, tel qu'en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, 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'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). Ainsi que cela a déjà été dit plus haut, ces principes demeurent applicables en l'espèce, dès lors que selon la jurisprudence, en cas de changement de règles de droit et en l'absence de réglementation transitoire, le droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits est pertinent (ATF 127 V 467 consid. 1). Au demeurant, l'art. 52 al. 1 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 «assurance» (en allemand : remplacement de «Ausgleichkasse» par «Versicherung»; en italien : suppression de «cassa di

A/2496/2006 - 17/25 - compensazione»), sans que cela n'entraîne un changement quant aux conditions de la responsabilité de l'employeur (cf. ATF 129 V 13 sv. consid. 3.5).

#### **E. 8**

Les prescriptions que doit respecter l'employeur sont tout d'abord celles de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants et de ses dispositions d'exécution, notamment celles concernant l'obligation de déduire, à chaque paiement de salaire, la cotisation du salarié, puis de la verser à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation, ainsi que l'obligation de remettre périodiquement à la caisse les pièces comptables concernant les salaires versés aux employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions (RCC 1985 p. 607 consid. 5; RCC 1985 p. 646 consid. 3a). L'obligation de percevoir les cotisations et de régler les comptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. Celui qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (VSI 1993 p. 83 ss consid. 2a; ATF 111 V 173 consid. 2 = RCC

1985 p. 649; ATF 108 V 186 consid. 1a; ATF 108 V 192 consid. 2a = RCC 1983 p. 100; RCC 1985 p. 646 consid. 3a). Bien entendu, la violation de prescriptions doit avoir un rapport de causalité avec la survenance du dommage (RCC 1985 607s. consid. 5). Si l'employeur agit entièrement comme organe en ce qui concerne les décomptes, la perception et le paiement des cotisations paritaires, il doit exercer cette fonction – selon un principe d'ordre général – avec tout le soin dicté par les circonstances objectives et par sa situation personnelle. Cela implique – même s'il n'y a pas, sur ce point, de prescriptions spéciales et expresses dans la législation AVS – qu'il se préoccupe, avec toute l'attention nécessaire, des cotisations paritaires dont il doit assumer la perception et la transmission. Donc, s'il cause sa propre insolvabilité envers la caisse (par exemple en commettant un délit de faillite au sens du code pénal) en négligeant de faire preuve du soin nécessaire, cela peut également engager sa responsabilité selon l'art. 52 LAVS, même s'il n'a pas violé de prescriptions AVS spécifiquement et expressément formulées. Certes, dans la plupart des cas de ce genre, on peut admettre qu'il y a eu aussi une violation de prescriptions sur l'AVS; mais cela ne doit pas être nécessairement le cas, surtout lorsqu'il s'agit de cotisations pour une période de paiement encore inachevée ou du paiement de cotisations déjà arrivées à échéance, mais pas encore échues. Cela signifie, en l'espèce, que le comportement des administrateurs engageant leur responsabilité ne consiste pas dans le fait qu'ils ne pouvaient plus payer les cotisations par suite de la suppression – résultant de l'ouverture de la faillite – de leur pouvoir de disposer de leur fortune; il consiste bien plutôt dans le fait qu'ils ont causé, en négligeant leur devoir de prendre soin de leurs affaires d'une manière tout à fait générale, l'insolvabilité qui existait depuis quelque temps déjà.

#### **E. 9**

En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse en raison de la faillite de la société.

A/2496/2006 - 18/25 - Ce montant, tel qu'établi par l'intimée et corrigée par elle ultérieurement pour tenir compte du fait que six mois de salaire d'un employé avaient été détournés, n'est pas contesté par les recourants. Au demeurant, aucun document n'a été produit ou aucune allégation formulée qui pourrait permettre d'émettre des doutes quant à son exactitude. Il convient maintenant d'examiner la responsabilité des trois recourants selon leurs qualités respectives.

#### **E. 10**

a. 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 (ATF 114 V 79 consid. 3; ATF 113 V 256 consid. 3c; RCC 1988 p. 136 consid. 3c). Pour juger si une personne peut être rendue responsable en tant qu'organe d'une personne morale, il ne suffit pas d'appliquer des critères formels (droit de signer ou inscription au RC). Il y a également lieu d'examiner si la personne en question a pris des décisions qui relevaient des organes ou si elle a assumé la gestion proprement dite, influençant ainsi d'une manière déterminante la formation de la volonté au sein de la société. En d'autres termes, ni l'inscription au RC ni le droit de signature ne sont décisifs pour établir le statut d'organe. Ce qui est déterminant, pour apprécier le statut d'organe de personnes qui ne sont pas membres du conseil d'administration, c'est de savoir si elles exercent effectivement la fonction d'organes en prenant des décisions relevant des organes ou en assumant la gestion proprement dite et en influençant ainsi de manière

déterminante la volonté de la société (RCC 1989 consid. 4, p. 177ss, particulièrement consid. 4e, p. 180s.). Par exemple, le simple fait d'avoir accompli des travaux de bureau ne permet aucunement d'admettre un statut d'organe, ceux-ci étant limités à des actes qui n'influencent pas la formation de la volonté de la société d'une manière déterminante. Selon le droit suisse, même un actionnaire principal, voire unique, ne doit être considéré comme un organe que du moment où il prend une part prépondérante à la formation de la volonté de la société et qu'il en assume en toute indépendance des tâches corporatives (RCC 1989 consid. 5 p. 181). La jurisprudence prévoit que les organes de fait sont 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 (ATF 132 III 523 consid. 4.5 p. 528). Conformément à la jurisprudence, revêt une position d'organe de fait, la personne qui assume sous sa propre responsabilité la compétence durable – et non seulement isolée – de prendre des décisions qui dépassent le cadre des affaires quotidiennes et ont une influence sur le résultat de

A/2496/2006 - 19/25 - l'entreprise (ATF 128 III 29 consid. 3c p. 33 et arrêt 9c 428/2013 du 13 octobre 2013, consid. 4.2). b. Dans le cas des sociétés anonymes, le TFA s'est toujours référé à l'art. 754 al. 1 du Code des obligations (CO; RS 220), en corrélation avec l'art. 759 al. 1 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. 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'article 756 CO non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels (organes formels), 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 (organes de fait; cf. notamment RCC 1988 p. 632 consid. 3). Il se justifie d'appliquer les mêmes principes dans le cadre de l'article 52 LAVS car la responsabilité subsidiaire des organes d'une personne morale, dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants, découle indirectement des articles 55 alinéa 3 du code civil (CC; RS 210) et 754 CO, considérés comme l'expression de règles générales (ATF 96 V 125 = RCC 1971 p. 478). Au demeurant, les motifs qui sont à la base d'une extension de la notion d'organe en droit civil et qui procèdent de la volonté d'accorder une protection efficace aux créanciers sociaux sont tout aussi valables s'agissant de la responsabilité de droit public instituée par l'article 52 LAVS. Enfin, sous l'angle du principe de l'égalité de traitement entre les justiciables, il serait inéquitable, le cas échéant, de ne rechercher que les personnes inscrites au RC, lesquelles, précisément, n'avaient peut-être aucun pouvoir réel de décision (RCC 1988 p. 633 consid. 3). c. La responsabilité de l'employeur érigée à l'art. 52 LAVS et la responsabilité d'organe qui lui est liée ne diffèrent pas selon la forme juridique que revêt l'employeur (voir à ce sujet également ATF 114 V 220 = RCC 1989 p. 116, selon lequel l'obligation de droit public de déclarer et de payer les cotisations n'est pas seulement une tâche de la personne morale, mais autant et directement des personnes physiques qui agissent de manière déterminante pour elle et qui influent de manière déterminante sur la formation de sa volonté). Le Tribunal fédéral des assurances a du reste déjà jugé que les Sàrl et les fondations sont aussi soumises à la responsabilité d'organes selon l'art. 52 LAVS (VSI 2002 consid. 3c p. 54). Les principes de la responsabilité dans la SA ne sauraient être

appliqués tels quels à la Sàrl. Selon l'art. 716 al. 2 CO, le conseil d'administration gère les affaires de la SA dans la mesure où il n'en a pas délégué la gestion. Des tâches essentielles, énumérées à l'art. 716a CO restent toutefois inaliénables. Selon la réglementation légale, la responsabilité du conseil d'administration se situe au premier plan dans la SA. En revanche, les associés d'une Sàrl peuvent déléguer de par la loi toute la

A/2496/2006 - 20/25 - gestion (organes tiers selon l'art. 812 CO). Les dispositions sur la responsabilité des associés gérants sont applicables aux gérants engagés de cette manière (art. 812 al. 2 CO). Dès lors, les gérants d'une SA, qui ne sont pas en même temps administrateurs, ne peuvent pas être comparés avec ceux qui, dans la Sàrl, n'ont pas la qualité d'associés. La responsabilité des gérants est plus étendue dans la Sàrl, raison pour laquelle il se justifie de la soumettre également à la responsabilité formelle des organes (VSI 2002 p. 177s. consid. 3c). Le simple associé d'une Sàrl n'est pas responsable du contrôle ou de la surveillance de la direction. Il en résulte qu'il ne saurait être tenu responsable d'un comportement fautif de la société. Dans le cas d'une Sàrl, la position d'associé simple, n'entraîne pas à elle seule des obligations de contrôle ou de surveillance. Ceci résulte de l'art. 819 al. 1 CO qui ne prévoit pour l'associé non gérant qu'un droit de regard (ATF 9C\_344/11 consid. 3.3 ; VSI 2002 p. 176s. consid. 3b ; ATF 126 V 238 = VSI 2000 p. 227s consid 4 et références citées). Si le législateur avait voulu imposer aux simples associés des tâches de contrôle et de surveillance de la gestion, cela aurait indubitablement trouvé son reflet dans la loi. Tel n'est pas le cas. L'art. 827 CO ne prévoit de norme en matière de responsabilité du fait de la violation que pour les personnes participant à la fondation de la société et chargées de la conduite des affaires et du contrôle, ainsi que pour les liquidateurs. En conséquence, si un associé non gérant ne contrôle pas le respect par l'entreprise de ses obligations de décompte et de paiement des cotisations relevant du droit des assurances sociales, il ne saurait être rendu responsable du dommage résultant du non-paiement des cotisations (VSI 2002 p. 177 consid. 3b ; ATF 126 V 238 = VSI 2000 p. 227s consid 4 et réf. citées). Toutefois, si les statuts lui imposent de contrôler ou de surveiller l'activité des gérants de l'entreprise (ce qui ne doit pas être confondu av. l'intervention d'un organe de révision externe selon l'art. 819 al. 2 CO), il doit répondre de l'omission ou de l'insuffisance de contrôle comme dans le cas où il ne prendrait aucune mesure après avoir pris connaissance d'insuffisances de la part de la direction (VSI 2002 p. 177 consid. 3b ; ATF 126 V 238 = VSI 00 227s consid 4 et références citées). En revanche, si l'associé occupe au sein de la Sàrl une position correspondant à celle d'un gérant, il est alors soumis à des obligations plus étendues dont le non- respect peut engager sa responsabilité (art. 827 et 754 CO ; ATF 9C\_344/11, consid. 3.2). Sont assimilées aux gérants non seulement les personnes qui ont expressément été nommées en tant que tels (gérants formels) mais également les personnes qui assument de fait la fonction d'un gérant, soit en prenant des décisions réservées à un gérant, soit en assumant la direction effective de l'entreprise et en exerçant ainsi une influence déterminante sur la formation de la volonté de la société. En font typiquement partie les personnes qui, de par la force de leur

A/2496/2006 - 21/25 - position (associé majoritaire par exemple) donnent au gérant formel des instructions sur la conduite des affaires de la société (VSI 2002 p. 177 consid. 3b ; ATF 126 V 238 = VSI 2000 p. 228 consid 4 in fine).

## **E. 11**

S'agissant de M. A\_\_\_\_\_, il est indéniable qu'inscrit au RC en qualité d'associé- gérant titulaire de la signature individuelle, il avait la qualité d'organe formel de la société faillie.

En revanche, les sieurs C \_\_\_\_\_ ne figuraient au RC qu'en qualité d'associés simples, ce qui ne suffit pas à engager leur responsabilité, à moins que la qualité d'organe de fait ne leur soit reconnue. Tel doit être le cas de M. B \_\_\_\_\_ C \_\_\_\_\_, dont l'instruction, à la fois pénale et administrative, a permis d'établir, sur la base des déclarations de plusieurs témoins, de M. A \_\_\_\_\_ mais également de ses propres déclarations que c'est lui qui s'occupait de la marche opérationnelle de l'entreprise, c'est-à-dire, notamment, de contracter et démarcher les clients, d'établir les devis, de réaliser les travaux et de les facturer. S'il ne s'occupait pas directement de l'aspect financier de la société, les factures étaient libellées sur la base de ses seules instructions et les salaires payés sur la base des seules indications qu'il donnait à M. A \_\_\_\_\_, au moyen d'un chèque qu'il encaissait, se chargeant ensuite de distribuer l'argent, en espèces, aux employés (cf. notamment, audition de Mme I \_\_\_\_\_). Il disposait donc d'une autonomie suffisante, tant sur une part du patrimoine que sur les moyens de production et sur le personnel de l'entreprise, pour qu'il soit considéré qu'il prenait une part prépondérante à la formation de la volonté de la société et qu'il en assumait en toute indépendance des tâches corporatives. Il n'en va pas de même pour son fils. Certes, Mme I \_\_\_\_\_ a indiqué que M. D \_\_\_\_\_ C \_\_\_\_\_ avait pris le relais de son père et un témoin, M. M \_\_\_\_\_, a indiqué que c'était lui qui l'avait engagé. Il est vrai également qu'il est arrivé à M. D \_\_\_\_\_ C \_\_\_\_\_ de remplacer son père pour la distribution des salaires aux ouvriers. Le témoin N \_\_\_\_\_, au juge pénal, a précisé que seul M. B \_\_\_\_\_ C \_\_\_\_\_ dirigeait la société. Le témoin O \_\_\_\_\_, s'il a désigné les sieurs C \_\_\_\_\_ comme dirigeants, a précisé que le père se chargeait du côté administratif, alors que le fils assurait la gestion des chantiers. Au vu de l'ensemble des éléments ressortant de l'instruction, la Cour de céans considère ne pas avoir réuni suffisamment d'éléments pour admettre, au degré de vraisemblance prépondérante requis, que M. D \_\_\_\_\_ C \_\_\_\_\_ aurait assumé le rôle d'un organe de fait, en particulier qu'il aurait pris une part prépondérante dans la formation de la volonté de la société et assumé en toute indépendance des tâches corporatives. En effet, s'il semble avoir participé activement à la direction des travaux, il n'a en revanche pas été aussi omniprésent que son père s'agissant de l'établissement des factures, des devis et, surtout, des listes des salaires. Encore faut-il examiner si les recourants dont la responsabilité est susceptible d'être engagée, soit MM. B \_\_\_\_\_ C \_\_\_\_\_ et A \_\_\_\_\_, se sont rendus coupables d'une

A/2496/2006 - 22/25 - violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions régissant l'AVS. En effet, l'obligation de réparer le dommage n'existe, dans le cas concret, que s'il n'y a pas de circonstances faisant apparaître comme justifié le comportement de l'employeur ou excluant qu'il ait commis une faute intentionnellement ou par négligence. Il est donc concevable qu'un employeur causant un dommage à une caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions de l'AVS mais ne soit néanmoins pas tenu de la réparer, si des circonstances spéciales permettent de conclure que la non observation desdites prescriptions était permise ou ne représentait pas une faute (RCC 1985 p. 603 consid. 2 et réf. citées).

## **E. 12**

De jurisprudence constante, 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. La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard doit être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé (RCC 1988

p. 634 consid. 5a; ATF 112 V 159 consid. 4 = RCC 1987 p. 217; RCC 1985 p. 51 consid. 2a; ATF 108 V 202 consid. 3a = RCC 1983 p. 106; RCC 1983 p. 377 ss). Lorsqu'il s'agit d'une SA, on peut, par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qui doit être apportée au respect des prescriptions. Une différenciation analogue s'impose lorsqu'il faut déterminer la part des responsabilités des organes d'un employeur. Selon les dispositions du code des obligations, l'administration est tenue en particulier de surveiller les personnes chargées de la gestion et de se faire renseigner régulièrement sur la marche des affaires. Elle doit s'acquitter de cette obligation avec "toute la diligence nécessaire", en tenant compte des circonstances spéciales du cas particulier. Cela implique notamment, pour le conseil d'administration, l'obligation de lire d'un œil critique les rapports qui lui sont soumis, de demander au besoin des renseignements complémentaires et d'intervenir lorsque des erreurs ou des irrégularités ont été constatées. Le seul fait de méconnaître ses devoirs de membre d'un conseil d'administration représente une grave violation du devoir de diligence (Revue à l'attention des caisses de compensation [RCC] 1992 consid. 7b p. 268s).

### **E. 13**

En l'espèce, M. A\_\_\_\_\_ se défend de toute responsabilité, arguant avoir fait toute confiance à ses associés et être parti du principe que, s'agissant de leur propre exploitation, les sieurs C\_\_\_\_\_ exerceraient toute la diligence voulue. Il ajoute que c'était aux sieurs C\_\_\_\_\_ de verser à la caisse les charges sociales. Certes, en 2002, les comptes avaient révélé une explosion des charges salariales, obérant les comptes, mais des explications rassurantes lui avaient été fournies. En réalité, de son propre aveu, M. A\_\_\_\_\_ s'est placé dans une situation comparable à celle d'un homme de paille et c'est précisément en cela que réside sa faute, car celui qui se déclare prêt à assumer ou conserver un mandat, tout en A/2496/2006 - 23/25 - sachant qu'il ne pourra pas le remplir consciencieusement, viole son obligation de diligence (ATFA H 244/99 du 18 février 2000 consid. 2b ; ATF 122 III 200 consid. 3b). En n'exerçant aucune surveillance jusqu'à la fin de l'année 2003, alors même qu'il avait constaté, en 2002, une explosion des charges, le recourant a donc commis une négligence qui doit, sous l'angle de l'art. 52 LAVS, être qualifiée de grave (ATF 112 V 3 consid. 2b). Qu'il n'ait pas été en mesure d'exercer ses fonctions, parce que la société était dirigée en fait par son associé n'est pas un motif de suppression ou d'atténuation de la faute commise (ATFA 156/99 du 20 mars 2000 ; ATF 122 III 200 consid. 3b ; Jean-François EGLI, Aperçu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative à la responsabilité des administrateurs de société anonyme, in Publication CEDIDAC 8, 1987, p. 32). Sa passivité est, de surcroît, en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi par la caisse de compensation. En effet, si le recourant avait correctement exécuté son mandat, il aurait pu veiller au paiement des cotisations d'assurances sociales ou, à tout le moins, pu constater que des cotisations d'assurances sociales étaient impayées et exercer une pression sur ses associés afin que ces derniers s'en acquittent dans les meilleurs délais. Au lieu de cela, pour des raisons qui sont demeurées inexplicables, la société a pris un retard de près de deux ans dans l'établissement de ses déclarations de salaires à la caisse. En l'état, on ne saurait considérer que le recourant a rempli son obligation d'assumer la haute surveillance de la gestion de la société. Le fait d'avoir reçu des explications « rassurantes » de la part de ses associés ne saurait être considérée comme une réponse satisfaisante au vu des circonstances. Quant au fait que le recourant ait été trompé par ses associés, il n'est pas relevant. Au demeurant, s'il s'était intéressé un tant soit peu aux comptes de la société, M. A\_\_\_\_\_ aurait pu constater, comme l'a fait Mme I\_\_\_\_\_, que la société rencontrait des

problèmes de trésorerie. Qui plus est, sachant pertinemment quel était le montant des salaires versés, il aurait pu prendre directement contact avec la caisse de compensation, par exemple, pour s'assurer du paiement des cotisations sociales. En bref, il n'aurait pas dû se contenter des réponses reçues mais vérifier si les obligations légales de la société étaient remplies, car il s'agit là de l'une des obligations qui lui incombait en tant qu'organe formel. Eu égard aux considérations qui précèdent, M. A\_\_\_\_\_ ne saurait être exonéré de sa responsabilité d'organe envers la caisse de compensation, car il s'est rendu coupable de négligence grave.

#### **E. 14**

Il en va de même de M. C\_\_\_\_\_. La question n'est pas, comme semble le croire l'intéressé, de savoir s'il existe un rapport de causalité naturelle et adéquate entre ses actes illicites et la faillite de la société, mais bien de savoir s'il a failli aux devoirs qui lui incombait envers la caisse en sa qualité d'organe de fait. Or, tel est le cas, puisqu'il ne pouvait ignorer que les cotisations sociales correspondant

A/2496/2006 - 24/25 - aux salaires qu'il calculait lui-même n'étaient pas réglées ou à tout le moins pas suffisantes. C'est par ailleurs en vain que le recourant tente de mettre en cause son associé et les prélèvements que ce dernier se serait permis d'opérer sur les comptes. En premier lieu, parce que ces assertions ont d'ores et déjà été balayées par le Procureur saisi, qui a constaté qu'elles n'étaient en rien étayées. En second lieu, parce que, comme déjà dit, il n'en demeure pas moins que l'intéressé a violé ses obligations envers la caisse en ne versant pas les cotisations correspondant aux salaires distribués et en ne lui faisant pas parvenir les déclarations de salaires en temps utile, domaine dans lequel il a déployé une activité effective puisque les salaires étaient accordés sur la base de ses seules indications. Il convient de considérer que le recourant s'est rendu coupable de négligence grave envers l'intimée, envers laquelle sa responsabilité est engagée. Subsidiairement, M. B\_\_\_\_\_ C\_\_\_\_\_ fait valoir qu'il a quitté définitivement la société le 29 février 2004, ce qui est corroboré par l'attestation de salaires 2004, où il ne figure que pour les mois de janvier et février, mais aussi par Mme I\_\_\_\_\_, qui a évoqué son départ de l'entreprise. En revanche, M. B\_\_\_\_\_ C\_\_\_\_\_ est demeuré inscrit au RC en qualité d'associé jusqu'à la faillite de la société. Néanmoins, dans la mesure où ce n'est pas en sa qualité d'associé simple mais bien d'organe de fait que sa responsabilité a été engagée, il convient de considérer qu'elle a pris fin avec son départ de l'entreprise, fin février 2004 et de réduire en conséquence le montant de la réparation qui lui est réclamée. En ce sens, son recours est très partiellement admis.

A/2496/2006 - 25/25 - 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.