

# **GE\_GERICHTE ATAS/540/2014 vom 29. April 2014**

GE Cour de justice, 2014-04-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_540\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_540_2014)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/540/2014 du 29 avril 2014

IT: GE\_GERICHTE ATAS/540/2014 del 29 aprile 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ ; RSG E 2 05) en vigueur dès le 1er janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice 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). 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, et ce quel que soit le domicile dudit organe (ATFA non publié H 184/06 du 25 avril 2007, consid. 2.3).

A/2827/2013 - 11/23 - c) La société étant domiciliée dans le canton de Genève depuis le 12 avril 1956 jusqu'au moment de la faillite, la Cour de céans est compétente *ratione materiae* et *loci* pour juger du cas d'espèce.

### **E. 2**

Sur le plan matériel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 129 V 1 consid. 1; ATF 127 V 467 consid. 1 et les références). En ce qui concerne en revanche la procédure, et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit s'applique sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, ATF 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). 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 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS; RS 831.101) ont été abrogés. 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 formes et délai prévus par la loi, les recours sont recevables (art. 38 et 56 à 61 LPGA).

#### **E. 4**

Le litige porte sur la responsabilité des recourants dans le préjudice causé à l'intimée, par le défaut de paiement d'une partie des cotisations sociales et contributions (AVS-AI-APG et AC ainsi qu'AMat et AF) entre le 1er mars 2005, jour de l'affiliation de la société auprès de l'intimée, et le 18 août 2011, jour de la faillite de la société.

#### **E. 5**

En premier lieu, il convient de se pencher sur la question de la violation du droit d'être entendu invoquée par M. B\_\_\_\_\_ à l'appui de son recours. La jurisprudence, rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst. et qui s'applique également à l'art. 29 al. 2 Cst. (ATF 129 II 504 consid. 2.2), a déduit du droit d'être entendu, en particulier, le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 126 I 16 consid. 2a/aa, 124 V 181 consid. 1a, 375 consid. 3b et les références).

A/2827/2013 - 12/23 - Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation doit entraîner l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recourant sur le fond. Selon la jurisprudence, la violation du droit d'être entendu – pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière – est réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen. Au demeurant, la réparation d'un vice éventuel ne doit avoir lieu qu'exceptionnellement (ATF 127 V 437 consid. 3d/aa, 126 V 132 consid. 2b et les références).

#### **E. 6**

En l'espèce, M. B\_\_\_\_\_ a requis de l'intimée qu'elle lui transmette une copie du dossier de la cause dans le cadre de son opposition du 22 février 2013. Par courriel du 8 mars 2013, l'intimée lui a communiqué un extrait de compte global, les attestations de salaires de 2005 à 2011 et les décisions de cotisations de 2005 à 2011. L'intimée a rendu sa décision sur opposition du 7 août 2013. Il ressort du dossier que M. B\_\_\_\_\_ n'a pas réagi à la communication du 8 mars 2013, ni pour demander des pièces complémentaires, ni pour compléter son opposition. Même si l'intégralité du dossier le concernant ne lui a pas été remis, il avait la possibilité d'en requérir la consultation, ce d'autant plus que l'intimée a laissé s'écouler une période de cinq mois avant de rendre sa décision sur opposition. Il n'est toutefois pas nécessaire d'examiner cette question plus en avant, dans la mesure où la violation du droit d'être entendu alléguée par M. B\_\_\_\_\_ a en tous les cas été réparée dans le cadre de la procédure contentieuse. En effet, l'intégralité du dossier de la procédure était disponible à la consultation auprès de la Cour de céans, ce dont les parties ont été informées. Ainsi, M. B\_\_\_\_\_ avait la possibilité de consulter librement les pièces qu'il estimait pertinentes pour pouvoir se déterminer et compléter son argumentation devant la Cour de céans, laquelle dispose d'un plein pouvoir d'examen (art. 61 let. c et d LPGA). Au vu de ce qui précède, le recours de M. B\_\_\_\_\_ doit être rejeté sur ce point. Quant au fond du litige, il convient d'exposer ce qui suit.

#### **E. 7**

a) L'art. 14 al. 1er LAVS en corrélation avec les art. 34 et suivants du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS ; RS 831.101), 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. 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 118 V 193 consid. 2a).

A/2827/2013 - 13/23 - b) A teneur de l'art. 52 LAVS dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2011, 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 (al. 1). La caisse de compensation compétente fait valoir sa créance en réparation du dommage par décision (al. 2). 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. L'employeur peut renoncer à invoquer la prescription (al. 3).

## **E. 8**

A titre liminaire, il convient d'examiner si la prétention de la caisse est prescrite. a) Les délais prévus par l'art. 52 al. 3 LAVS doivent être qualifiés de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (SVR 2005 AHV n° 15 p. 49 consid. 5.1.2 ; FF 1994 V 964, FF 1999 p. 4422). Alors que le délai de prescription de deux ans commence à courir dès la connaissance du dommage, celui de cinq ans débute, en revanche, dès la survenance du dommage (ATF 129 V 193 consid. 2.2). Cela signifie qu'ils ne sont plus sauvegardés une fois pour toutes avec la décision relative aux dommages-intérêts ; le droit à la réparation du dommage au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS peut donc aussi se prescrire durant la procédure d'opposition ou la procédure de recours qui s'ensuit (ATF 135 V 74 consid. 4.2). b) Le montant du dommage correspond à celui pour lequel la caisse de compensation subit une perte. Appartiennent à ce montant les cotisations paritaires (cotisations patronales et d'employés ou ouvriers) dues par l'employeur, les contributions aux frais d'administration, les intérêts moratoires, les taxes de sommation et les frais de poursuite (Directives sur la perception des cotisations - DP, no 8016 et 8017). Les éventuelles amendes prononcées par la caisse de compensation ne font pas partie du dommage et doivent le cas échéant être déduites (ATFA non publié H 142/03 du 19 août 2003, consid. 5.5). c) Le dommage survient dès que l'on doit admettre que les cotisations dues ne peuvent plus être recouvrées, pour des motifs juridiques ou de fait (ATF 129 V 193 consid. 2.2; ATF 126 V 443 consid. 3a; ATF 121 III 382 consid. 3bb; ATF 121 III 386 consid. 3a). Un dommage se produit également en cas de faillite, en raison de l'impossibilité pour la caisse de récupérer les cotisations dans la procédure ordinaire de recouvrement. Le dommage subi par la caisse est réputé être survenu le jour de la faillite (ATF 129 V 193 consid. 2.2). d) Selon la jurisprudence rendue à propos de l'ancien art. 82 al. 1 LAVS, et valable sous l'empire de l'art. 52 al. 3 LAVS (ATFA 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 193 consid. 2.1).

A/2827/2013 - 14/23 - 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 sont entièrement défaut (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 (ATFA non publié H 284/02 du 19 février 2003, consid. 7.2). En cas de faillite, le moment de la connaissance du dommage 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). e) S'agissant des actes interruptifs de prescription, il sied de retenir ce qui suit. Tandis que le juge ne peut interrompre la prescription que par une ordonnance ou une décision, «chaque acte judiciaire des parties» suffit à produire cet effet (art. 138 al. 1 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse - CO, Code des obligations; RS 220). Cette notion d'acte judiciaire des parties doit être interprétée largement tout en ayant égard à la ratio legis de la disposition citée, qui est de sanctionner l'inaction du créancier. Il faut donc considérer comme acte judiciaire d'une partie tout acte de procédure relatif au droit invoqué en justice et susceptible de faire progresser l'instance (ATF 130 III 202 consid. 3.2). Par ailleurs, tant la décision que l'opposition interrompent le délai de prescription de deux ans et font courir un nouveau délai de même durée (ATF 135 V 74 consid. 4.2.2).

## **E. 9**

En l'espèce, M. B\_\_\_\_\_ et Mme C\_\_\_\_\_ ont tous deux invoqué la prescription de la créance de l'intimée dans le cadre de leur opposition. Il convient de rappeler que la faillite de la société a été prononcée le 18 août 2011, la publication dans la FAO étant intervenue le 16 septembre 2011 et la liquidation sommaire ayant débuté le 8 décembre 2011. La procédure de faillite s'est poursuivie par la production de la créance de l'intimée le 17 janvier 2012, le dépôt de l'état de collocation le 6 mars 2012 et la délivrance, le 5 juillet 2012, de deux actes de défauts de bien portant sur totalité de la créance produite par l'intimée. Sur l'ensemble des poursuites engagées par l'intimée à l'encontre de la société, six ont abouti à la délivrance d'un procès-verbal de saisie valant acte de défaut de biens avant la faillite de la société, soit respectivement les 14 février 2009, 22 mars 2010 et 24 mai 2011. Les deux procès-verbaux délivrés les 14 février 2009 et 22 mars 2010 concernent les cotisations paritaires pour les périodes d'avril à juin 2008 et janvier à mars 2009, ont fait l'objet d'une décision en réparation du dommage de CHF 3'630,70 le 20 janvier 2011, qui n'entre donc pas dans le cadre du présent litige.

A/2827/2013 - 15/23 - Compte tenu de ces éléments et des principes jurisprudentiels exposés précédemment, il apparaît que le dommage subi par l'intimée et faisant l'objet des décisions querellées est survenu à deux moments distincts, soit le 24 mai 2011 pour les arriérés de contributions pour allocations familiales des années 2005 et 2006 et de cotisations paritaires de l'année 2008 et des périodes d'avril à septembre 2009 et de juillet à octobre 2010, et le 6 mars 2012 pour les arriérés de contributions pour allocations familiales

et de cotisations paritaires des périodes de novembre 2010 jusqu'à la faillite de la société. C'est également les 24 mai 2011 et 6 mars 2012 que l'intimée a eu connaissance de son dommage et que les délais de prescription ont commencé à courir. En effet, avant ces dates, elle n'était pas en mesure de chiffrer son dommage, ce d'autant plus que les cotisations sociales de la société avaient été partiellement acquittées au fil du temps, notamment la part pénale, comme cela ressort de l'extrait de compte global des cotisations. Il s'ensuit qu'en adressant ses décisions en réparation du dommage à M. A\_\_\_\_\_, M. B\_\_\_\_\_ et Mme C\_\_\_\_\_ le 22 janvier 2013, l'intimée a respecté tant le délai de prescription de deux ans à compter de la connaissance du dommage que celui de cinq ans dès la survenance du dommage. En effet, On précisera encore que ces délais ont été interrompus et de nouveaux délais de même durée ont commencé à courir suite aux oppositions, aux décisions sur opposition, aux recours qui s'en sont suivis et, depuis lors, par chaque acte judiciaire des parties de sorte qu'à ce jour, la prescription n'est toujours pas acquise.

#### **E. 10**

L'action en réparation du dommage n'étant pas prescrite, il convient à présent d'examiner si les autres conditions de la responsabilité de l'art. 52 LAVS sont réalisées, à savoir si les recourants peuvent être considérés comme étant « l'employeur » tenu de verser les cotisations à l'intimée, s'ils ont commis une faute ou une négligence grave et enfin s'il existe un lien de causalité adéquate entre leur comportement et le dommage causé à l'intimée.

#### **E. 11**

a) S'agissant de la notion d'« employeur », la jurisprudence considère que, si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom, notamment quand la personne morale n'existe plus au moment où la responsabilité est engagée (ATF 123 V 12 consid. 5b; ATF 122 V 65 consid. 4a; ATF 119 V 401 consid. 2). Le caractère subsidiaire de la responsabilité des organes d'une personne morale signifie que la caisse de compensation ne peut agir contre ces derniers que si le débiteur des cotisations (la personne morale) est devenu insolvable (ATF 123 V 12 consid. 5b). L'art. 52 LAVS ne permet ainsi pas de déclarer l'organe d'une personne morale directement débiteur de cotisations d'assurances sociales. En revanche, il le rend responsable du dommage qu'il a causé aux différentes assurances sociales fédérales, intentionnellement ou par négligence grave, en ne veillant pas au paiement des cotisations sociales contrairement à ses obligations (ATFA non publié H 96/05 du 5 décembre 2005, consid. 4.1).

A/2827/2013 - 16/23 - b) La notion d'organe selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui se dégage de l'art. 754 al. 1 CO. En matière de responsabilité des organes d'une société anonyme, l'art. 52 LAVS vise en première ligne les organes statutaires ou légaux de celle-ci, soit les administrateurs, l'organe de révision ou les liquidateurs (ATF 128 III 29 consid. 3a; ATF 117 II 432 consid. 2b; ATF 117 II 570 consid. 3; ATF 107 II 349 consid. 5a; 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. 403).

#### **E. 12**

En l'espèce, M. A\_\_\_\_\_ a été inscrit au RC en qualité d'administrateur président avec signature collective à deux du 5 novembre 2003 au 29 septembre 2010. Pour leur part, M. B\_\_\_\_\_ et Mme C\_\_\_\_\_ ont tous deux été inscrits en qualité d'administrateur avec

signature collective à deux notamment du 1er mars 2005 au 18 août 2011. Cela étant, chacun des recourants est indiscutablement un organe formel de la société pour la période pertinente, de sorte qu'ils doivent être considérés comme des « employeurs » au sens de l'art. 52 LAVS.

### **E. 13**

Les recourants revêtant tous la qualité d'organes formels, il convient maintenant de déterminer s'ils ont commis une faute qualifiée ou une négligence grave au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS. a) 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). Il faut donc 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 243 consid. 4b). 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 (RCC 1983 p. 101). Selon la jurisprudence constante, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui manque de l'attention qu'un homme raisonnable aurait observée dans la même situation et dans les mêmes circonstances. La mesure de la diligence requise s'apprécie d'après le devoir de diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie que celle de l'intéressé. En présence d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions. Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 189 consid. 2). Les faits reprochés à une entreprise ne sont pas nécessairement imputables à chacun des organes de celle-ci. Il convient bien plutôt d'examiner si et

A/2827/2013 - 17/23 - dans quelle mesure ces faits peuvent être attribués à un organe déterminé, compte tenu de la situation juridique et de fait de ce dernier au sein de l'entreprise. Savoir si un organe a commis une faute dépend des responsabilités et des compétences qui lui ont été confiées par l'entreprise (ATF 108 V 199 consid. 3a; ATF non publié 9C\_926/2009 du 27 avril 2010, consid. 4.3.2). La négligence grave mentionnée à l'art. 52 LAVS est admise très largement par la jurisprudence (ATF 132 III 523 consid. 4.6). Dans les entreprises de petite taille et de grandeur moyenne, le devoir de surveillance concernant l'accomplissement de l'obligation légale de payer des cotisations ne saurait être abandonné à des tiers (ATF non publié 9C\_437/2009 du

### **E. 16**

En dernier lieu, M. A\_\_\_\_\_ a précisé lors de son audition qu'il contestait le montant du dommage. Comme relevé précédemment, le montant du dommage correspond à celui pour lequel la caisse de compensation subit une perte. Appartiennent à ce montant les cotisations paritaires (cotisations patronales et d'employés ou ouvriers) dues par l'employeur, les contributions aux frais d'administration, les intérêts moratoires, les taxes de sommation et les frais de poursuite (Directives sur la perception des cotisations - DP, no 8016 et 8017). Les éventuelles amendes prononcées par la caisse de compensation ne font pas partie du dommage et doivent le cas échéant être déduites (ATFA non publié H 142/03 du 19 août

2003, consid. 5.5). Il ressort du relevé de compte des cotisations produit par l'intimée que les amendes prononcées contre la société ont été déduites lors du calcul du dommage. Par ailleurs, dans le cadre de sa décision sur opposition, l'intimée a, à juste titre, réduit le montant réclamé à M. A\_\_\_\_\_, dans la mesure où il ne pouvait être tenu pour

A/2827/2013 - 22/23 - responsable du non-paiement des cotisations du troisième trimestre 2010, ayant été radié du RC le 29 septembre 2010. Par conséquent, c'est à bon droit que l'intimée a fixé à CHF 36'498,45 le montant du dommage vis-à-vis de M. A\_\_\_\_\_, de sorte que la décision sur opposition y relative doit être confirmée.

#### **E. 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

Irène PONCET

La présidente

Sabina MASCOTTO 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.