

## **GE\_GERICHTE ATAS/758/2013 vom 29. Juli 2013**

GE Cour de justice, 2013-07-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_758\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_758_2013)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/758/2013 du 29 juillet 2013

IT: GE\_GERICHTE ATAS/758/2013 del 29 luglio 2013

### **Erwägungen**

#### **E. 22**

Par courrier du 27 avril 2013, le recourant a transmis à l'intimée, outre le contrat de base du 1er octobre 2007, un courrier adressé le 5 mars 2008 aux collaborateurs par l'administrateur, dont il ressort que le salaire allait être modifié en raison du changement de caisse LPP ainsi qu'un courriel adressé à l'administrateur le 9 novembre 2009, concernant des paiements.

#### **E. 23**

Le 3 mai 2013, l'intimée a transmis à la Cour de céans, comme objet de sa compétence, le courrier du recourant du 27 avril 2013 et ses pièces jointes.

#### **E. 24**

Par ordonnance du 28 mai 2013, la Cour de céans a appelé en cause Monsieur D\_\_\_\_\_ (ci-après : l'appelé en cause) et lui a imparti un délai au 14 juin 2013 pour observations.

A/808/2013 - 5/12 -

#### **E. 25**

L'appelé en cause n'a pas déposé d'observations.

#### **E. 26**

Sur quoi, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 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; RS 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 (REICHMUTH, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, 2008, n° 1042, p. 247). c) La société étant domiciliée dans le canton de Genève au moment du dépôt du recours, la Cour de céans est compétente ratione materiae et loci pour juger du cas d'espèce. 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'art. 52 LAVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur y est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les art. 81 et 82 RAVS ont été abrogés. Sur le plan matériel, le cas d'espèce est régi par le nouveau droit dès lors que les périodes de cotisations pertinentes et la décision litigieuse sont

postérieures au 1er janvier 2003. 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). 3. a) A teneur de l'art. 60 LPGA, le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours (al. 1). Les art. 38 à 41 sont applicables par analogie (al. 2). Selon l'art. 39 al. 2 LPGA, lorsqu'une partie s'adresse en temps utile à un assureur incompetent, le délai est réputé observé.

A/808/2013 - 6/12 - Le délai pour recourir devant l'instance cantonale est réputé observé au sens des art. 60 al. 2 et 39 al. 2 LPGA lorsqu'une partie s'adresse en temps utile non seulement à un assureur (incompétent), mais également à toute autre autorité incompétente pour connaître du recours (KIESER, ATSG-Kommentar, 2ème éd., ad art. 60 n° 11, p. 750; dans ce sens, MEYER-BLASER, das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) und das Schicksal der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Sozialversicherungsrechts, in Sozialversicherungsrechtstagung 2002, p. 147). b) En l'espèce, le recourant a adressé à l'intimée, le 7 février 2013, un courrier dans lequel il contestait sa responsabilité, considérant que l'appelé en cause était le seul responsable. L'intimée a expliqué, dans sa réponse du 27 mars 2013, qu'elle n'avait pas interprété cette écriture comme étant un recours mais plutôt comme une lettre explicative d'autant plus que le nom de la Cour de céans avait été indiqué par erreur. Force est cependant de constater que dans son écriture du 7 février 2013, le recourant a contesté sa responsabilité ce qui démontre à l'évidence qu'il s'opposait à la décision sur opposition du 11 janvier 2013. Que cette dernière mentionne expressément et en gras la juridiction compétente pour recevoir un recours ne modifie en rien le fait qu'une autorité incompétente doit transmettre, d'office, un recours qui lui aurait été transmis par erreur et que le délai est respecté pour autant que ladite autorité ait été saisie dans les temps, ce qui est manifestement le cas en l'espèce. Partant, il doit être considéré que le recours a été interjeté dans les formes et délai prévus par la loi de sorte qu'il est recevable (art. 56 à 61 LPGA). 4. Le litige porte sur la responsabilité du recourant au sens de l'art. 52 LAVS dans le préjudice causé à l'intimée, par la perte des cotisations sociales afférentes aux années 2008 et 2009. 5. D'emblée, il y a lieu de déterminer si la créance en réparation du dommage est prescrite. a) A teneur de l'art. 52 LAVS en vigueur dès le 1er janvier 2003 (introduit par le ch. 7 de l'annexe à la LPGA), 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). 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 quant aux conditions de la responsabilité de l'employeur. L'on ne peut

A/808/2013 - 7/12 - 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'ancien art. 52 LAVS (ATF 129 V 11, consid. 3.5; 132 III 523, consid. 4.3). b/aa) 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). 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). 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 p. 77 et sv.). b/bb) 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 195 consid. 2.2, 126 V 444 consid. 3a, 121 III 384 consid. 3bb, 388 consid. 3a). Tel sera le cas lorsque des cotisations sont frappées de péremption, ou en cas de faillite, en raison de l'impossibilité pour la caisse de récupérer les cotisations dans la procédure ordinaire de recouvrement. 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). b/cc) 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 (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 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

A/808/2013 - 8/12 - lorsque le procès-verbal de saisie indique que les biens saisissables font 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; voir aussi 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.). 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 CO). Cette notion d'acte judiciaire des parties doit être interprétée largement (ATF 106 II 35 consid. 4; BERTI, Commentaire zurichois, n. 18 ad art. 138 CO; DÄPPEN, Commentaire bâlois, 3<sup>e</sup> édition, n. 2 ad art. 138 CO; PICHONNAZ, Commentaire romand, n. 4 ad art. 138 CO), 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 207

consid. 3.2). Par ailleurs, conformément à l'ATF 135 V 74, l'opposition à une décision interrompt le délai de prescription de deux ans et fait courir un nouveau délai de même durée. c) En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par l'intimée, correspondant aux cotisations AVS/AI/APG, chômage, allocations familiales et assurance maternité dues par la société faillie pour 2008 et 2009. Un acte de défaut de biens a été délivré à l'intimée en date du 26 octobre 2010 pour un montant en capital de 11'934 fr., ce qui correspond aux cotisations paritaires dues pour les mois d'octobre à décembre 2009. A noter que selon le timbre humide, la caisse a reçu l'acte de défaut de biens précité le 29 novembre 2010. La société a, par la suite, été déclarée en faillite par jugement du 16 décembre 2010 et le dépôt de l'état de collocation a été publié le 7 septembre 2011. Une modification de l'état de collocation a été publiée le 6 mars 2012. L'intimée a donc eu connaissance du dommage subi au plus tôt le 29 novembre 2010 en ce qui concerne les cotisations afférentes aux mois d'octobre à décembre 2009 et le 7 septembre 2011 en ce qui concerne les cotisations afférentes aux mois de janvier 2008 à septembre 2009. Ce n'est en effet qu'à ces dates que l'intimée pouvait savoir qu'elle ne recouvrerait pas les cotisations en souffrance. Il s'ensuit que la décision du 8 octobre 2011, notifiée le 31 octobre 2011 est intervenue en temps utile, soit pendant les délais de deux et cinq ans prescrits par l'art. 52 al. 3 LAVS.

A/808/2013 - 9/12 - Par la suite, ledit délai a été interrompu et un nouveau délai de même durée a commencé à courir en date des 25 novembre 2012 (opposition du recourant), 11 janvier 2013 (décision sur opposition) et 7 février 2013 (recours du directeur), et depuis lors, par chaque acte judiciaire des parties de sorte qu'à ce jour, la prescription n'est pas acquise. 6. L'action en réparation du dommage n'étant pas prescrite, il y a désormais lieu de déterminer si le recourant peut être considéré comme étant « l'employeur » tenu de verser les cotisations à l'intimée au sens de l'art. 52 LAVS. a) C'est le lieu de rappeler qu'en vertu de 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. 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 15 consid. 5b, 122 V 66 consid. 4a, 119 V 405 consid. 2 et les références). b) L'art. 14 al. 1er LAVS en corrélation avec les art. 34 et suivants RAVS, prescrit l'obligation pour l'employeur de déduire sur chaque salaire la cotisation du salarié et de verser celle-ci à la caisse de compensation avec sa propre cotisation. Les employeurs doivent envoyer aux caisses, périodiquement, les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs salariés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de payer les cotisations et de fournir les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral a déclaré, à réitérées reprises, que la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS est liée au statut de droit public (ATF 112 V 155, consid. 5; RCC 1987, p. 220). L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (ATF 111 V 173, consid. 2; 108 V 186, consid. 1a, 192 consid. 2a; RCC 1985, p. 646, consid. 3a). c/aa En ce qui concerne la notion d'organe selon l'art. 52 LAVS, on précisera que, dans le cas d'une société anonyme, la notion d'organe responsable selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui ressort de l'art. 754 al. 1 CO (ATF 132 III 523, consid. 4.5). L'art. 52 LAVS vise aussi, en première ligne, les organes statutaires ou légaux de celle-ci, soit les administrateurs, l'organe de révision ou les liquidateurs, c'est-à-dire les personnes 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 128 III 30 consid. 3a, 117 V 441 consid. 2b, 571 consid. 3, 107 II 353 consid. 5a; NUSSBAUMER, Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS, RCC 1991 p. 403 sv.; KNUS,

A/808/2013 - 10/12 - Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV, thèse Zurich 1989, p. 14 ss). Mais les critères d'ordre formel ne sont, à eux seuls, pas décisifs et la qualité d'organe s'étend aux personnes qui ont pris des décisions réservées aux organes ou se sont chargées de la gestion proprement dite, participant ainsi de manière déterminante à la formation de la volonté de la société (ATF 119 II 255, ATF 117 II 571 consid. 3, ATF 117 II 441 consid. 2b, 114 V 214 consid. 4, ATF 114 V 79.; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2e éd., p. 209 ss; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2e éd., p. 1072, note 1969; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, § 37, note 4; Peter Viktor KUNZ, Rechtsnatur und Einreedeordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, thèse Berne 1993, p. 182 ss). c/bb) Quant à un directeur de société, il a généralement la qualité d'organe en raison de l'étendue des compétences que cette fonction suppose (ATF 104 II 197 consid. 3b; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, op. cit., § 37, p. 443 note 17; BÖCKLI, op. cit., note 1969 p. 1072). Mais il ne doit répondre que des actes ou des omissions qui relèvent de son domaine d'activités, ce qui, en d'autres termes, dépend de l'étendue des droits et des obligations qui découlent de ses rapports internes. Sinon, il serait amené à réparer un dommage dont il ne pouvait empêcher la survenance, faute de disposer des pouvoirs nécessaires (ATF 111 V 178 consid. 5a, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, op. cit., § 37, p. 442 note 8; ATF H 234/02 du 16 avril 2003, consid. 7.3, résumé in HAVE/REAS 2003 p. 251; ATF non publié H 128/04 du 14 février 2006, consid. 3). Le Tribunal fédéral a ainsi reconnu la responsabilité du directeur d'une société anonyme avec signature individuelle (ATF H 34/04 du 15 septembre 2004, consid. 5.3.1). d) En l'espèce, le recourant ne peut être qualifié d'organe formel dès lors qu'il ne fait pas partie du conseil d'administration de la société. Reste à examiner s'il peut être considéré comme un organe matériel ou de fait. S'agissant de ce dernier point, le dossier ne contient aucun élément permettant de retenir que le recourant participait de manière déterminante à la formation de la volonté de la société. En effet, s'il était certes inscrit au registre du commerce du canton de Genève en qualité de directeur avec signature collective à deux, le recourant ne disposait cependant d'aucun pouvoir de signature sur les comptes de la société. Il ne semblait pas prendre de décisions quant aux salaires (voir notamment le courrier de l'appelé en cause du 5 mars 2008) et n'était pas impliqué dans les discussions financières comme cela ressort d'un courriel du 9 novembre 2009, adressé à l'appelé en cause et imprimé par ce dernier le 2 décembre 2012. Partant, le dossier ne permet à l'évidence pas de considérer, au degré de la vraisemblance prépondérante, que le recourant agissait en réalité comme un organe de la société. Le fait qu'il ait eu des pouvoirs de représentation ne signifie pas encore qu'il était chargé de la gestion de la société et qu'il s'occupait des salaires.

A/808/2013 - 11/12 - 7. Dans la mesure où le recourant ne peut être considéré comme un organe, il n'y a pas lieu d'examiner les autres conditions – cumulatives – de la responsabilité. Le recours doit donc être admis et la décision sur opposition du 11 janvier 2013 ainsi que la décision du 8 octobre 2012 qu'elle confirme doivent être annulées. Le recourant agissant en personne, il n'y a pas lieu de lui allouer des dépens. Pour le surplus, la

procédure est gratuite.

A/808/2013 - 12/12 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme : 1. Déclare le recours recevable. Au fond : 2. L'admet. 3. Annule la décision sur opposition du 11 janvier 2013 et la décision du 8 octobre 2012 qu'elle confirme. 4. Dit que la procédure est gratuite. 5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 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

Nancy BISIN

La présidente

Valérie MONTANI 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.