

GE_GERICHTE ATAS/764/2019 vom 27. August 2019

GE Cour de justice, 2019-08-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_764_2019

FR: GE_GERICHTE ATAS/764/2019 du 27 août 2019

IT: GE_GERICHTE ATAS/764/2019 del 27 agosto 2019

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - 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). 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'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, le recours est recevable (art. 38 et 56 à 61 LPGA).

E. 4

Le litige porte sur le droit de la caisse de réclamer à l'associé-gérant le paiement de la somme de CHF 104'128.15 à titre de réparation du dommage subi en raison du non-paiement des cotisations paritaires AVS/AI/AC/AMat, ainsi que des

A/3753/2017 - 10/22 - contributions AF, dues par la société au 31 août 2013, et plus particulièrement sur la question de savoir si elle a commis une faute concomitante, qui permettrait la réduction du montant du dommage.

E. 5

a. À teneur de l'art. 52 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 (al. 1). b. Un dommage est survenu dès que la caisse de compensation voit lui

échapper un montant dû de par la loi. 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, nos 8016 et 8017). c. En l'espèce, le dommage subi par la caisse consiste en la perte de la créance de cotisations, frais et intérêts compris, due par la société faillie, soit la somme de CHF 104'128.15. L'associé-gérant ne conteste pas ce montant.

E. 6

À titre liminaire, il sied d'examiner la question de la prescription. a. 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. 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 dommage subi par la caisse est réputé être survenu au moment de l'avènement de la péremption ou le jour de la faillite; ce jour marque également celui de la naissance de la créance en réparation et la date à partir de laquelle court le délai de 5 ans de l'ancien art. 82 al. 1 in fine RAVS (ATF 129 V 195 consid. 2.2, 123 V 16 consid. 5c). c. 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 (arrêt du Tribunal fédéral H 18/06 du 8 mai 2006 consid. 4.2), il faut entendre par moment de la « connaissance du dommage »,

A/3753/2017 - 11/22 - 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 sont 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

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.). d. 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; Stephen V. BERTI, Commentaire zurichois, n. 18 ad art. 138 CO; Robert K. DÄPPEN, Commentaire bâlois, 3^e édition, n. 2 ad art. 138 CO; Pascal 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 (cf. 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. e. En l'espèce, la faillite de la société a été prononcée le 3 octobre 2013. La suspension de la liquidation de la faillite faute d'actifs a été publiée le 5 décembre 2013. Aussi, en lui notifiant une demande en réparation du dommage en date du 17 novembre 2015, la caisse a-t-elle agi en temps utile, soit dans les délais de deux ans et de cinq ans prévus à l'art. 52 al. 3 LAVS.

E. 7

Il convient de déterminer si l'associé-gérant peut être assimilé à un « employeur » tenu de verser les cotisations à la caisse au sens de l'art. 52 LAVS.

A/3753/2017 - 12/22 - 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. 1^{er} 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. 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 8004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le Tribunal fédéral s'est toujours référé à l'art. 754 al. 1^{er} CO, en corrélation avec l'art. 759 al. 1^{er} 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 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). Le Tribunal fédéral a reconnu la responsabilité non seulement des membres du conseil d'administration, mais également celle de l'organe de révision d'une société anonyme, du directeur d'une société anonyme disposant du droit de signature individuelle, du gérant d'une société à responsabilité limitée ainsi que du président, du directeur financier ou du gérant d'une association sportive (ATF H 34/04 du

A/3753/2017 - 13/22 - 15 septembre 2004 consid. 5.3.1 et les références, in SVR 2005 AHV n° 7 p. 23, arrêt du Tribunal fédéral 9C_926/2009 du 27 avril 2010 consid. 4.3.1). La responsabilité de l'employeur ne diffère pas selon la forme juridique que revêt l'employeur. Dans une association, le comité est l'organe exécutif de l'association qui a le devoir, sous réserve de dispositions statutaires contraires, d'exécuter les tâches qui lui incombent en vertu de la loi, des statuts et des décisions de l'association. Il a notamment pour tâches de conduire les affaires, de représenter l'association vis-à-vis des tiers ou, en cas de délégation de la gestion à une tierce personne, de veiller au choix, à l'instruction et à la surveillance du délégué. Le fait d'agir à titre bénévole ne change rien à la nature des obligations liées à la fonction (arrêt du Tribunal fédéral 9C_859/2007 consid. 2.4 et les références citées).

E. 8

En l'espèce, l'intéressé était inscrit au registre du commerce en tant qu'associé- gérant avec signature individuelle dès le 21 novembre 2005. Il était, partant, indiscutablement, un organe de la société faillie.

E. 9

Selon la jurisprudence constante, se rend coupable d'une négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS, 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. 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 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_926/2009 du 27 avril 2010 consid. 4.3.2). Committent une négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS les administrateurs d'une société qui se trouve dans une situation financière désastreuse, qui parent au plus pressé, en réglant les dettes les plus urgentes à l'exception

des dettes de cotisations sociales, dont l'existence et l'importance leur sont connues, sans qu'ils ne puissent guère espérer, au regard de la gravité de la situation, que la société puisse s'acquitter des cotisations en souffrance dans un délai raisonnable (ATF 108 V 183 consid. 2 ; SVR 1996 AHV n°98 p. 299 consid. 3). 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/3753/2017 - 14/22 - difficile. Mais il faut alors, pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'art. 52 LAVS, que l'on puisse admettre que l'employeur avait, au moment où il a pris sa décision, des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable (arrêt du Tribunal fédéral 9C_338/2007 du 21 avril 2008 consid. 3.1). À cet égard, la seule expectation que la société retrouve un équilibre financier ne suffit pas ; il faut des éléments concrets et objectifs selon lesquels on peut admettre que la situation économique de la société se stabilisera dans un laps de temps déterminé et que celle-ci recouvrera sa capacité financière (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 163/06 du 11 juin 2007 consid. 4.4). Ce qui est déterminant, ce n'est pas de savoir si l'employeur croyait réellement que l'entreprise pouvait être sauvée et que les cotisations seraient payées dans un proche avenir, il s'agit bien plutôt d'examiner si une telle attitude était alors défendable, objectivement, aux yeux d'un tiers responsable (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 19/07 du

E. 10

a. La responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS suppose enfin un rapport de causalité naturelle et adéquate entre la violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions et la survenance du dommage. La causalité est adéquate si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance (ATF 129 V 177 consid. 3.2). b. La causalité adéquate peut être exclue, c'est-à-dire interrompue, l'enchaînement des faits perdant alors sa portée juridique, lorsqu'une autre cause concomitante - la force majeure, la faute ou le fait d'un tiers, la faute ou le fait de la victime - constitue une circonstance tout à fait exceptionnelle ou apparaît si extraordinaire que l'on ne pouvait pas s'y attendre. L'imprévisibilité de l'acte concurrent ne suffit pas en soi à interrompre le rapport de causalité adéquate; il faut encore que cet acte ait une importance telle qu'il s'impose comme la cause la plus probable et la plus immédiate de l'événement considéré, reléguant à l'arrière-plan tous les autres facteurs qui ont contribué à l'amener, en particulier le comportement de l'auteur (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 95/05 du 10 janvier 2007 consid. 4).

E. 11

En l'occurrence, l'intéressé ne conteste pas avoir engagé sa responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS, dans le fait que des charges sociales dues par la société n'aient pas été versées à la caisse, reconnaissant notamment que « cela m'arrangeait d'avoir un salaire un peu plus élevé pour payer notamment mes impôts. Je réalise

A/3753/2017 - 15/22 - que ce faisant, le bénéfice de la société diminuait d'autant » et que « j'aurais dû cesser l'activité de la société plus tôt ». Il considère toutefois que la caisse s'est rendue coupable de manquements constitutifs d'une faute grave concomitante à la sienne,

ce qui justifie une exonération ou une réduction du dommage à raison de trois-quarts.

E. 12

N'est dès lors litigieuse que la question d'une éventuelle réduction du dommage pour faute concomitante.

E. 13

L'obligation de réparer le dommage peut être réduite, en application par analogie de l'art. 4 LRFC ou de l'art. 44 al. 1 CO, mais seulement si et dans la mesure où il existe un rapport de causalité adéquate entre une violation grave de ses devoirs par l'administration et la création ou l'aggravation du dommage (VSI 1996 consid 4, p. 314s). Cela est notamment le cas lorsque la caisse de compensation ne respecte pas les règles élémentaires sur la taxation d'office et la perception des cotisations (VSI 1996 p. 310, ATF 122 V 185 ; Directives sur la perception des cotisations dans l'AVS, AI et APG (DP), n° 8040). Le Tribunal fédéral a constaté que le droit de l'AVS ne contient aucune disposition permettant de savoir s'il y a lieu d'admettre des motifs de réduction dans le cadre de la responsabilité de l'employeur telle qu'elle ressort de l'art. 52 LAVS et que rien ne permet non plus de conclure à un silence qualifié du législateur qui laisserait entrevoir son intention d'exclure par principe des motifs de réduction. Après avoir admis que la loi présente donc une lacune sur cette question, le Tribunal fédéral a considéré que la réduction des dommages-intérêts tels qu'admise par l'art. 44 al. 1 CO constitue l'expression d'un principe général du droit de la responsabilité applicable également en droit public et en particulier dans le domaine de la responsabilité de l'État. L'art. 52 LAVS constituant une prescription spéciale du droit de la responsabilité de la Confédération, le Tribunal fédéral a estimé qu'il convient également de s'inspirer des règles générales sur la responsabilité contenues dans la LRFC dans le cadre de l'interprétation de l'art. 52 LAVS et qu'il en va de même lorsque le droit de la responsabilité de l'AVS ne contient pas de réglementation sur une question de droit particulière. En conséquence, le Tribunal fédéral a admis que l'art. 4 LRFC, qui n'est autre que l'expression d'un principe général de la responsabilité civile, doit également être considéré comme applicable dans le cadre de l'art. 52 LAVS (VSI 1996 consid. 3b, p. 312s). Ceci posé, le Tribunal fédéral a admis qu'une faute concomitante de l'administration peut conduire à une réduction du dommage selon l'art. 52 LAVS. Encore faut-il – c'est la condition première – que l'administration ait gravement violé ses devoirs, ce qui sera le cas lorsque la caisse a violé des prescriptions élémentaires en matière de fixation et de perception des cotisations. Comme dans l'ensemble du droit de la responsabilité selon le droit public, la réduction implique l'existence d'un lien de causalité adéquate entre le comportement illicite et le

A/3753/2017 - 16/22 - dommage. Une réduction ne peut donc intervenir que si et dans la mesure où il existe un rapport de causalité adéquate entre la violation de ses obligations par l'administration et la naissance ou l'aggravation du dommage (ATF 122 V 189 consid. 3c ; VSI 1996 p. 134).

E. 14

Aux termes de l'art. 35 RAVS, pendant l'année, les employeurs doivent verser périodiquement des acomptes de cotisations. Pour fixer les acomptes, la caisse de compensation se base sur la masse salariale probable (al. 1). Les employeurs sont tenus d'informer la caisse de compensation chaque fois que la masse salariale varie sensiblement en cours d'année (al. 2). Constitue une variation sensible un écart d'au moins 10% de la

masse salariale annuelle prévue initialement. Il n'y a pas lieu d'informer la caisse d'un écart inférieur à 20'000 francs. Si la caisse de compensation constate une modification susceptible d'entraîner une variation sensible de la masse salariale, elle adapte les acomptes de cotisations d'office. Elle procède à une nouvelle fixation des acomptes de cotisations pour les périodes de paiement ultérieures. Si l'employeur a versé des acomptes de cotisations insuffisants pour des périodes de paiement écoulées, la caisse de compensation peut, soit facturer séparément la différence, soit augmenter les acomptes de cotisations des périodes de paiement ultérieures en conséquence. Une fois l'année civile écoulée, il est exclu d'adapter rétroactivement les acomptes de cotisations. La caisse de compensation réclamera la différence dans le cadre de la procédure de décompte et de solde (art. 36 RAVS). Elle peut toutefois immédiatement facturer la différence, si elle le juge nécessaire (DP nos 2048 ss). À teneur de l'art. 34b RAVS, si le débiteur de cotisations rend vraisemblable qu'il se trouve dans des difficultés financières et s'il s'engage à verser des acomptes réguliers et opère immédiatement le premier versement, la caisse peut accorder un sursis, pour autant qu'elle ait des raisons fondées d'admettre que les acomptes et cotisations courantes pourront être versés ponctuellement (al. 1). La caisse fixe par écrit les conditions de paiement, notamment le montant des acomptes et la date des versements, en tenant compte de la situation du débiteur (al. 2). Le sursis est caduc de plein droit lorsque les conditions de paiement ne sont pas respectées. L'octroi du sursis vaut sommation au sens de l'art. 34a, si la caisse n'y a pas encore procédé (al. 3). L'octroi du sursis au paiement implique – que les difficultés financières du débiteur de cotisations soient rendues vraisemblables; – que le débiteur s'engage à effectuer des versements réguliers et opère d'emblée un premier paiement;

A/3753/2017 - 17/22 - – qu'il y ait de bons motifs pour admettre que le débiteur veut et peut acquitter les acomptes en sus des cotisations courantes et dans les délais. Le plan d'amortissement doit être adapté aux conditions financières et personnelles du débiteur des cotisations. Dans ces limites, les acomptes et leurs échéances doivent être établis de telle manière que la dette soit éteinte dans les délais les plus courts, mais en tout cas avant le terme du délai quinquennal de prescription du droit de recouvrer la créance resp. dans les dix ans pour les créances en réparation du dommage. Lorsque l'employeur a obtenu des sursis au paiement, la faute doit être appréciée selon les circonstances du cas (VSI 1999 pp. 23 et 26, ATF 124 V 253 ; DP nos 2195, 2197 et 8031) Le fait que l'employeur demande et obtienne des arrangements de payer ne change rien au caractère illicite du non-paiement des cotisations, mais doit être pris en compte dans l'examen de la faute, en particulier lorsque l'accord avec la caisse modifie les termes ordinaires du paiement : il peut y avoir, en effet, faute concomitante de la caisse qui peut justifier une réduction du dommage (VSI 1999 p. 213 et ATFA du 19.08.03 cause H 142/03, ATAS/1278/2010). Or, l'octroi d'un sursis irrégulier – et a fortiori si c'est de façon répétée – est de nature à favoriser la poursuite d'une entreprise hasardeuse financée sans droit par l'assurance sociale, et à aggraver, dans une mesure correspondante, le dommage subi dans la faillite de l'employeur (cf. Praxis 1997 N° 48 p. 250 ; ATAS/648/08). La jurisprudence précise que des omissions, procédant d'une violation de ses obligations par la caisse de compensation, l'absence de démarches d'encaissement des cotisations par exemple, sont parfaitement de nature à créer un dommage ou à l'aggraver (VSI 1996 consid. 4 p. 314s). Constituent notamment des motifs de réduction l'octroi irrégulier d'un sursis au paiement (ATFA H 137/98 du 27 juillet 1999), le fait de ne pas avoir rendu les décisions nécessaires ou ne de pas avoir ordonné par voie de décision le paiement de cotisations arriérées avant le délai de péremption de l'art. 16 al. 1

LAVS, une longue inaction dans le recouvrement des cotisations (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 142/03 du 19 août 2003 consid. 5.5 et la référence, arrêt 9C_228/2008 du 5 février 2009, consid. 4.4, ATFA 1957 p. 215 consid. 3 p 223, VSI 2002 p. 52 consid. 3b p. 54 ; Michel VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité, p. 662, No. 2445). En revanche, le Tribunal fédéral a précisé qu'une caisse de compensation n'est pas tenue, notamment en vertu de l'art. 27 al. 2 LPGA, de rendre les organes de la société personnellement attentifs à un accroissement des cotisations en souffrance dès lors que le devoir de diligence qui leur incombe en matière de décomptes et de paiement des cotisations fait l'objet d'une réglementation claire censée être connue (ATF non publié 9C_48/2010 du 9 juin 2010 consid. 4.2.1).

A/3753/2017 - 18/22 -

E. 15

a. En l'espèce, il s'avère que jusqu'en 2012, la société s'acquittait régulièrement des acomptes de cotisations. Elle éprouvait en revanche de grandes difficultés à verser à la caisse les montants résultant des décisions de cotisations complémentaires qui lui étaient notifiées à la fin de chaque période du fait que les masses salariales annoncées étaient très sensiblement inférieures à celles qui étaient finalement prises en considération. Selon l'associé-gérant, la caisse savait pertinemment que la société sous-évaluait systématiquement la masse salariale. Elle ne pouvait en effet ignorer que chaque année depuis 2007, elle devait recalculer le montant des cotisations dû sur la base d'une masse salariale beaucoup plus importante que celle qui avait été annoncée. À titre d'exemple, en 2007, la masse annoncée était de CHF 130'000.-, et la masse au final de CHF 519'000.-. La caisse a à cet égard expliqué qu'elle admettait en principe quelques temps qu'il y ait sous-évaluation, afin de tenir compte des rentrées d'argent ultérieures escomptées par les sociétés, et tant que les cotisations en cours étaient payées. Elle considérait qu'il était possible de faire confiance, du fait que des intérêts moratoires étaient ensuite réclamés le cas échéant. Dans le cas d'espèce au surplus, la société était une nouvelle société qui avait commencé son activité en 2005 seulement, et qui n'avait pas eu de manque à gagner en 2007. Elle avait du reste récupéré les montants dus pour cette année-là. Enfin, par courrier du 7 février 2011, constatant que des compléments de cotisations devaient chaque année lui être notifiés, elle avait expressément attiré l'attention de l'associé-gérant sur la problématique causée par ces rattrapages de cotisations.

b. Il s'agit à ce stade de déterminer si la caisse a agi tardivement en attirant l'attention de la société, le 7 février 2011 seulement, sur les conséquences pour elle d'une sous-évaluation systématique de la masse salariale. Les acomptes ont certes été régulièrement payés par la société jusqu'en 2012. Tel n'a en revanche pas été le cas des cotisations complémentaires, calculées chaque année au vu de la sous-évaluation de la masse salariale annoncée par la société. La sous-évaluation était systématique depuis 2007 déjà avec des montants importants. Le 7 février 2011, la caisse a recommandé à la société d'adapter ses acomptes afin d'éviter d'avoir à payer ensuite d'importants compléments de cotisations. Ces compléments s'élevaient en effet à CHF 52'103.60 pour 2007, à CHF 29'645.05 pour 2008, à CHF 15'280.10 pour 2009 et à CHF 21'865.35. Suite à l'avertissement de la caisse, le complément a été de CHF 9'558.95 pour 2011. Force est de constater que CHF 9'558.95 représente un montant sensiblement inférieur aux précédents, ce qui tendrait à démontrer, contrairement aux allégations de la caisse, que l'avertissement donné a bel et bien eu un effet sur l'associé-gérant qui s'est alors vraisemblablement efforcé de réduire la différence entre la masse salariale annoncée et la

masse salariale effective.

A/3753/2017 - 19/22 - On ne saurait toutefois reprocher à la caisse d'avoir attendu le 7 février 2011 pour adresser cet avertissement à la société, dans la mesure où celle-ci continuait alors à s'acquitter des acomptes de cotisations.

E. 16

a. La société a sollicité de la caisse de nombreux plans de paiement, soit onze au total. Trois sursis ont été accordés les 22 mai et 31 octobre 2008 et 10 juin 2009, s'agissant des cotisations 2007 pour un montant de CHF 52'103.60. Ce montant a été soldé. Quatre l'ont été les 20 mars et 10 juin 2009, et 16 février et 11 août 2011, pour les cotisations 2008, s'élevant à CHF 29'645.05. Une poursuite a finalement dû être engagée en juillet 2013 pour CHF 9'537.50. Deux l'ont été les 16 mars 2010 et 27 mai 2011 s'agissant des cotisations 2009 de CHF 15'280.10, soldés par une poursuite le 3 décembre 2012 avec une créance restant de CHF 10'607.70. Et enfin un dernier le 11 août 2011, pour les cotisations 2010 de CHF 42'962.35, suivi d'une poursuite le 3 juillet 2013. b. L'associé-gérant considère que plus aucun sursis au paiement n'aurait dû être accordé à la société dès le début 2008, dès lors que celle-ci n'était visiblement pas en mesure de verser les cotisations courantes de manière ponctuelle. Certes la caisse a-t-elle accordé de nombreux sursis à la société. Il y a toutefois lieu de constater que celle-ci effectuait des versements réguliers, a payé les cotisations arriérées des années 2006 et 2007 et s'est acquittée des cotisations courantes jusqu'en 2012. Elle a ainsi versé CHF 43'000.- sur CHF 50'000.- en 2008, et CHF 28'000.- sur CHF 40'000.- en 2009. Il est vrai que la société n'a que partiellement respecté les arrangements de paiement, de sorte qu'on peut se demander pour quelle raison la caisse a continué à en accorder jusqu'en septembre 2012. La chambre de céans relève qu'il n'y a que ceux des 27 mai et 11 août 2011 qui n'ont pas été respectés du tout. Elle constate que chaque fois qu'elle a admis un plan de paiement, la caisse a pris soin d'attirer l'attention de la société sur le fait que le sursis deviendrait caduc si les cotisations courantes n'étaient pas acquittées dans les délais impartis, en plus des acomptes prévus dans le plan de paiement, et sur le fait que le cours des intérêts moratoires n'était pas interrompu. Elle relève également que les cotisations 2007 ont été intégralement payées, que la société a versé CHF 42'999.90 pour CHF 57'207.65 de cotisations en 2008, CHF 28'564.30 pour CHF 40'808.80 de cotisations en 2009, CHF 20'803.80 pour CHF 45'905.40 de cotisations en 2010, de sorte que la dette a été ramenée à CHF 14'207.75, CHF 12'444.50 et de CHF 25'101.60, respectivement, soit un total

A/3753/2017 - 20/22 - de CHF 51'553.85. Le montant des poursuites est finalement encore plus bas. Il est de CHF 42'010.55 au total. L'octroi de sursis a ainsi permis à la société de solder ses dettes de cotisations pour les années 2006 et 2007 et de limiter à CHF 50'979.80 le dommage causé à la caisse pour les années 2008-2009 et 2010. Il importe également de relever que pour les années durant lesquelles la caisse n'a plus accordé de plan de paiement, soit 2012 et 2013, le dommage a atteint le montant de CHF 53'000.-. La société a par ailleurs fait valoir qu'un contrat important devait être conclu avec une organisation internationale en réponse au courrier de la caisse du 7 février 2011. L'associé-gérant a à cet égard précisé que « j'y ai effectivement cru. Si ce contrat avait pu être conclu, la société aurait été sauvée ». Force est ainsi de constater que la caisse était fondée à accorder des plans de paiement à la société.

E. 17

L'associé-gérant a indiqué qu'aucune preuve de l'existence du contrat allégué avec l'organisation internationale ne lui a été demandée. Il s'agit de déterminer si la caisse aurait dû mieux se renseigner sur la situation de l'entreprise avant d'accorder autant de sursis au paiement, et plus particulièrement, s'assurer de l'existence de ce contrat. Au vu des difficultés de paiement de la société, il apparaît pour le moins risqué en effet de se fonder sur une expectative sans autres recherches à son propos (ATAS/120/2009). Toutefois, entendu par la chambre de céans le 10 avril 2018, l'associé-gérant a reconnu que « je n'avais pas la globalité des comptes en tête. Je n'avais pas une vision générale. Je ne me souviens plus exactement du montant du salaire qui était prévu pour me rémunérer en tant qu'associé gérant. Je prenais en général environ CHF 5'000.- par mois ». Une telle réflexion peut donner à penser que l'associé-gérant demandait des sursis, sans se préoccuper de savoir si la société courrait à la faillite et si l'accord relatif aux paiements pourrait être respecté. Or, lorsque les sursis au paiement ont été demandés sans raison valable, on doit retenir à la charge de l'administrateur une violation grave de ses obligations engageant sa responsabilité (VSI 1999 p.V 23 ; ATF du 15 octobre 1998 R.H).

E. 18

a. L'associé-gérant reproche à la caisse d'avoir tardé à mettre la société aux poursuites. b. La caisse a expliqué que « dès qu'il n'y a plus eu de versement de la part de la société, soit depuis 2012, nous avons dirigé des poursuites contre celle-ci. Nous ne le faisons en principe pas avant. Nous savons que pour une société, les poursuites sont dommageables. Le premier commandement de payer a été notifié à la société en 2011. La poursuite a été retirée ».

A/3753/2017 - 21/22 - L'associé-gérant avait en effet réagi au courrier de la caisse du 7 février 2011, en suppliant celle-ci de ne pas engager de poursuite contre la société, au motif que « le fait d'avoir une poursuite enregistrée crée à l'entreprise un préjudice considérable puisque de ce fait nous ne pouvons plus répondre aux appels d'offres. Quoi qu'il en soit, même si l'on devait considérer que la caisse a pris dans le cas d'espèce certains risques en octroyant des sursis à la société jusqu'au 30 mars 2012, et en ne dirigeant aucune poursuite contre elle avant 2011, on ne saurait soutenir que la caisse soit restée inactive et ait, par son comportement, contribué à augmenter le dommage. Or, une réduction du dommage ne peut intervenir que si et dans la mesure où il existe un rapport de causalité adéquate entre la violation de ses obligations par l'administration et la naissance ou l'aggravation du dommage (ATF 122 V 189 consid. 3c ; VSI 1996 p. 134). L'associé-gérant paraît par ailleurs malvenu de se plaindre du comportement de la caisse, dans la mesure où il admet avoir délibérément sous-évalué les masses salariales, au motif que « sinon, je ne m'en serai pas sorti », et avoir sollicité l'octroi de nombreux sursis, parce qu'il ne savait pas que « finalement la CCGC me réclamerait cet argent à moi directement, je n'aurais pas demandé autant de sursis ».

E. 19

La chambre de céans considère par conséquent que la caisse n'a pas commis de faute grave, concomitante à celle de l'assuré-gérant, de sorte qu'il ne se justifie pas de réduire le montant du dommage. Aussi le recours est-il rejeté.

A/3753/2017 - 22/22 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme : 1. Déclare le recours recevable. Au fond : 2. Le rejette. 3. Dit que la procédure est gratuite. 4. 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

Nathalie LOCHER

La présidente

Doris GALEAZZI 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.