

## **GE\_GERICHTE ATAS/964/2009 vom 23. Mai 2006**

GE Cour de justice, 2006-05-23, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_964\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_964_2009)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/964/2009 du 23 mai 2006

IT: GE\_GERICHTE ATAS/964/2009 del 23 maggio 2006

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales 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**

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art 60 LPGA).

#### **E. 3**

Selon l'art. 52 al. 1 LAVS, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance est tenu à réparation. 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). Cette disposition s'applique également à la responsabilité de l'employeur pour les cotisations de l'assurance-maternité régie par la loi cantonale sur l'assurance- maternité du 14 décembre 2000 (LAMat), en vigueur jusqu'au 30 juin 2005, en vertu de l'art. 18 de cette loi.

#### **E. 4**

Aux termes de l'art. 52 al. 3 LAVS, en vigueur depuis le 1er janvier 2003, le droit de demander la réparation d'un dommage se 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 invoquer la prescription. Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (ATF du 23 novembre 2006, cause H 1 36/05, consid. 4.1 et références citées). Antérieurement, l'art. 82 RAVS prévoyait un délai de péremption d'une année. 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). En cas de faillite, ce moment correspond en principe à celui du dépôt de l'état de collocation (ATF 129 V 193

A/2971/2008 - 8/12 - consid. 2.3 p. 195 sv.). Si la faillite n'est liquidée ni selon la procédure ordinaire ni selon la procédure sommaire, il faut alors admettre que la connaissance et la survenance du dommage interviennent en règle générale au moment de la suspension de la liquidation de la faillite faute d'actifs, la date de la publication de cette mesure dans la FOSS étant déterminante (ATF 123 V 16 consid. 5c = VSI 1997 p. 219). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a "rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer" (cf. FRITSCHÉ, "Schuldbetreibung und Konkurs" II, 2ème éd., p. 112), d'où la perte de la caisse.

### **E. 5**

En l'espèce, le droit de réclamer des dommages et intérêts n'était pas encore prescrit au moment de la décision du 15 juillet 2008, la faillite de la société ayant été prononcée moins de deux ans avant cette date, à savoir le 21 novembre 2006.

### **E. 6**

Le dommage consiste en l'occurrence en la perte de la créance de cotisations subie par l'intimée en raison de la faillite de la société. Il n'est à cet égard pas contesté que celle-ci n'a pas payé en 2006 les cotisations sociales, indépendamment du montant exact des salaires versés pendant cette année.

### **E. 7**

a) Il ressort de l'art. 14 al. 1 LAVS, en relation avec les art. 34 ss du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 31 octobre 1947 (RAVS ; RS 831.10), que l'employeur doit déduire, lors de chaque paie, la cotisation du salarié et verser celle-ci à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation; il doit également remettre périodiquement aux caisses les pièces comptables nécessaires au calcul des cotisations. L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi (cf. ATF 108 V 189 consid. 2a p. 193). L'employeur qui néglige de l'accomplir peut en conséquence être tenu de réparer le dommage ainsi occasionné sur la base de l'art. 52 aLAVS (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 195/95 du 5 mars 1996, in SVR 1996 AHV no 98 p. 299, consid. 2b; ATF 118 V 193 consid. 2a). b) 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 (ch. 7004 des directives de l'Office fédéral des assurances sociales [OFAS] sur la perception des cotisations [DP]; ATF 114 V 79 consid. 3; ATF 113 V 256 consid. 3c; RCC 1988 p. 136 consid. 3c). c) Dans le cas des sociétés anonymes, le Tribunal fédéral se réfère à l'art. 754 al. 1 du Code des obligations (CO), 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.

A/2971/2008 - 9/12 - Celui qui appartient au conseil d'administration d'une société et qui ne veille pas au versement des cotisations courantes et à l'acquittement des cotisations arriérées est réputé manquer à ses devoirs (cf. arrêt du TFA H 96/03 du 30 novembre 2004, in SJ

2005 I p. 272, consid. 7.3.1). La négligence grave mentionnée à l'art. 52 LAVS est admise très largement par la jurisprudence. Selon la pratique, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui ne respecte pas la diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie. Dans le cas d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention que la société doit accorder, en tant qu'employeur, au respect des prescriptions de droit public sur le paiement des cotisations d'assurances sociales. Les mêmes exigences s'imposent également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur. Par exemple, 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 (cf. ATF 108 V 183 consid. 2 p. 188 s.), commettent une négligence grave au sens de l'art. 52 aLAVS (arrêt du 5 mars 1996 in SVR 1996 AHV no 98 p. 299, consid. 3; cf. ATF 108 V 189 consid. 4). Un administrateur ne peut se libérer de sa responsabilité en se bornant à soutenir qu'il n'a jamais participé à la gestion de l'entreprise, qu'il n'a participé à la fondation de cette dernière qu'à titre fiduciaire et qu'il n'a jamais perçu de rémunération, prétendant ainsi n'avoir joué qu'un rôle subalterne, car cela constitue déjà en soi un cas de négligence grave (cf. notamment RCC 1992 p. 268-269 consid. 7b, 1989 p. 115-116 consid. 4; ATFA du 21 mai 2003, H 13/03). Enfin, la jurisprudence estime qu'il existe en règle générale un lien de causalité adéquate entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations, sous réserve du cas où l'administrateur est entré en fonction alors que la société était déjà surendettée (ATF 119 V 401 consid. 4c p. 407 s.), de sorte que celui-ci répond solidairement de tout le dommage subi par l'assurance en cas de faillite de la société (arrêt du 30 novembre 2004, in SJ 2005 I p. 272, consid. 7.3.1; ATF 132 III 523). En revanche, lorsque la société était déjà surendettée au moment où l'administrateur est entré en fonction, il ne peut être tenu pour responsable, tout au plus, que du dommage résultant de l'augmentation de la dette de cotisations envers la caisse jusqu'au moment de la faillite (ATF 119 V 405 ss consid. 4).

## **E. 8**

En tant qu'administrateur de la société faillie, la recourante devait s'assurer personnellement que les cotisations paritaires fussent effectivement payées à la caisse.

A/2971/2008 - 10/12 - Or, il appert qu'elle ne s'est pas occupée de la comptabilité et du paiement des salaires, y compris des cotisations sociales, comme elle l'a admis lors de son audition en comparution personnelle des parties. Partant, il y a lieu d'admettre qu'elle a manqué de diligence pour le paiement de ces cotisations, de sorte que sa faute est établie. Cependant, il résulte de la procédure que le lien de causalité entre le dommage et l'inaction de la recourante est seulement en partie réalisé. En effet, il n'est pas contesté que les biens de la société, y compris ses comptes, ont été séquestrés en date du 23 mai 2006 par le Juge d'instruction, dans le cadre des procédures pénales à son encontre, ainsi que contre son mari. Dès cette date, la recourante n'avait donc plus un droit de disposition sur les biens de la société et ne pouvait plus procéder au paiement des salaires. Or, à ce moment, seul un acompte de cotisations était parvenu à la société, à savoir celui que l'intimée lui a fait parvenir le 15 mars 2006 pour les cotisations sociales afférentes au premier trimestre 2006, d'un montant de 1'852 fr. 80. La deuxième demande d'acompte n'a été adressée à la société

que le 19 juin 2006, à savoir après le séquestre des biens de la société. Par conséquent, la responsabilité de la recourante pour le non-paiement des cotisations ne peut être établie que pour celles dont le paiement a été réclamé à la société avant le séquestre pénal. En effet, même si la recourante avait fait une provision pour les cotisations afférentes aux salaires payés après mars 2006, cette provision aurait également été séquestrée. Certes, du relevé du compte courant du 28 avril 2008 afférant à la période du 1er janvier 2006 au 28 avril 2008, résulte que la société s'était apparemment acquittée du deuxième acompte de cotisation, dès lors qu'un versement de 1'921 fr. 90 est enregistré pour le deuxième trimestre. Cependant, ces fonds ne pouvaient pas venir de ceux de la société, ses biens ayant été séquestrés, de sorte qu'il est à supposer qu'ils provenaient éventuellement d'autres sociétés de l'époux de la recourante. Il s'agit probablement de Z \_\_\_\_\_ SA dont l'administrateur unique était M. L. \_\_\_\_\_. Le but de cette société était l'exécution de mandats fiduciaires, la tenue de comptabilité, révisions, expertises comptables et financières, conseils d'ordre économique, financier et fiscal, exécution de mandats d'organisation, réorganisation d'entreprises, constitution, transformation, administration, gestion, ainsi que liquidation de sociétés, selon les inscriptions au registre du commerce. Cette société a été dissoute par suite de faillite, par jugement du Tribunal de première instance du 3 mai 2007. Il est en outre à rappeler que la recourante n'était pas au courant des agissements délictueux de son époux, comme cela est constaté dans l'ordonnance de classement du Procureur général et confirmé par la Chambre d'accusation. Le dommage en rapport de causalité avec l'inaction de la recourante se compose ainsi uniquement du montant de l'acompte de cotisations afférant au premier

A/2971/2008 - 11/12 - trimestre de 1'852 fr. 80, des intérêts moratoires y relatifs du 1er avril au 13 juin 2006, de 18 fr. 70, des frais de la sommation légale de 35 fr., du commandement de payer de 70 fr., des frais de taxation de 150 fr. et du port de 5 fr. A cela s'ajoutent encore les intérêts moratoires jusqu'au jour de la faillite de 40 fr. 55, comme cela résulte du relevé de compte courant du 28 avril 2008 de l'intimée. Le dommage total, dans un rapport de causalité avec la violation des obligations par la recourante, s'établit ainsi à 2'172 fr. 05.

#### **E. 9**

Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis et la décision dont est recours annulée, en ce qu'elle a réclamé à la recourante une somme supérieure à 2'172 fr. 05.

#### **E. 10**

La recourante obtenant partiellement gain de cause, une indemnité de 1'500 fr. lui est octroyée à titre de dépens.

A/2971/2008 - 12/12 -