

# **GE\_GERICHTE ATAS/970/2013 vom 1. Oktober 2013**

GE Cour de justice, 2013-10-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_970\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_970_2013)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/970/2013 du 1 octobre 2013

IT: GE\_GERICHTE ATAS/970/2013 del 1 ottobre 2013

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

### **E. 2**

Interjeté dans la forme et le délai légaux, les recours sont recevables (art. 56ss LPGA).

### **E. 3**

Le litige porte sur le droit de la Caisse de réclamer aux intéressés la réparation du dommage subi en raison du non-paiement des cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC dues pour l'année 2007

### **E. 4**

a) A teneur de l'art. 52 LAVS en vigueur dès le 1er janvier 2003 (introduit par le ch.

### **E. 7**

La recourante a été inscrite au Registre du commerce en qualité d'administratrice de la société du 6 octobre 2003 au 29 avril 2009. Elle est partant organe de la société. De même en est-il du recourant, de février 2006 à juin 2008

### **E. 8**

Il y a à ce stade lieu d'examiner si les recourants ont commis une faute qualifiée ou une négligence grave au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS. Pour que l'organe, formel ou de fait, soit tenu de réparer le dommage causé à la caisse de compensation en raison du non-paiement des cotisations sociales, encore faut-il que les conditions d'application de l'art. 52 LAVS soient réalisées, ce qui suppose que l'organe ait violé intentionnellement ou par une négligence grave les devoirs lui incombant et qu'il existe un lien de causalité adéquate entre le manquement qui lui est imputable et le préjudice subi (cf. NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, PJA 1996 p. 1071 ss, 1076 ss). 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 202 consid. 3a; RCC

1985 p. 647 consid. 3b). Selon une jurisprudence constante, tout manquement aux obligations de droit public qui incombent à l'employeur en sa qualité d'organe d'exécution de la loi ne doit en effet pas être considéré sans autre comme une faute qualifiée de ses organes au sens de l'art. 52 LAVS. Pour admettre que l'inobservation de prescriptions est due à une faute intentionnelle ou une négligence grave, il faut bien plutôt 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 244). Le Tribunal fédéral a expressément affirmé que 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). 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 (arrêt du TF du 28 juin 1982, in : RCC 1983 p. 101). De

A/3696/2012 - 13/17 - jurisprudence constante, notre Haute Cour a reconnu qu'il y a négligence grave lorsque l'employeur ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement, dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (cf. RCC 1972, p. 690). La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard doit donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité et de gestion, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé.

Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, on peut, par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions (cf. RCC 1972, p. 690 ; RCC 1978, p. 261). Une différenciation semblable s'impose également, lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985, p. 51, consid. 2a et p. 648, consid. 3b). La négligence grave est également donnée lorsque l'administrateur n'assume pas son mandat dans les faits. Ce faisant, il n'exerce pas la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, attribution inadmissible et inaliénable du conseil d'administration conformément à l'art. 716a CO. Une personne qui se déclare prête à assumer ou à conserver un mandat d'administrateur tout en sachant qu'elle ne pourra pas le remplir consciencieusement viole son obligation de diligence (ATF 122 III 195, consid. 3b). Sa négligence peut être qualifiée de grave sous l'angle de l'art. 52 LAVS (ATF 112 V 1, consid. 5b). Notre Haute Cour a ainsi l'occasion de rappeler à plusieurs reprises qu'un administrateur, dont la situation est à cet égard proche de celle de l'homme de paille, ne peut s'exonérer de ses responsabilités légales en invoquant son rôle passif au sein de la société (ATF du 19 mai 2010, 9C\_289/2009, consid. 6.2; ATF du 22 juin 2005, H 87/04, consid. 5.2.2; ATF du 27 avril 2001, H 234/00, consid. 5d; ATF du 13 février 2001, H 225/00, consid. 3c). Par ailleurs, la responsabilité d'un administrateur dure en règle générale jusqu'au moment où il quitte effectivement le conseil d'administration et non pas jusqu'à la date où son nom est radié du registre du commerce. Cette règle vaut pour tous les cas où les démissionnaires n'exercent plus d'influence sur la marche des affaires et ne reçoivent plus de rémunération pour leur mandat d'administrateur (ATF 126 V 61). En d'autres termes un administrateur ne peut être tenu pour responsable que du dommage résultant du non-paiement de cotisations qui sont venues à échéance et auraient dû être versées entre le jour de son entrée effective au conseil d'administration et celui où il a quitté effectivement ces fonctions, soit pendant la durée où il a exercé une influence sur la marche des affaires (arrêt du TFA du 6 février 2003, H

263/02). Demeurent réservés les cas où le dommage résulte d'actes qui ne déploient leurs effets qu'après le départ du conseil d'administration. On peut envisager qu'un employeur cause un dommage à la caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions en matière d'AVS, sans que cela entraîne pour autant une obligation de réparer le préjudice. Tel est le cas lorsque l'inobservation des prescriptions apparaît, au vu des circonstances, comme légitime et non fautive (ATF 108 V 186 consid. 1b, 193 consid. 2b; RCC 1985 p. 603

A/3696/2012 - 14/17 - consid. 2, 647 consid. 3a). Ainsi, il peut arriver qu'en retardant le paiement de cotisations, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie, par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie. 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 (ATFA 277/01 du 29 août 2002 consid. 2; ATF 108 V 188; RCC 1992 p. 261 consid. 4b). La jurisprudence n'admet en réalité que de manière très exceptionnelle qu'un employeur puisse décider de retarder le paiement des cotisations afin de maintenir son entreprise en vie lors d'une passe délicate dans la trésorerie (ATFA 154/00 du 22 août 2000 consid. 2c). De fait, ce n'est que si l'employeur dispose, au moment où il prend sa décision, de raisons sérieuses et objectives de penser que sa société pourra s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable, que son comportement n'est pas fautif (ATF 108 V 188 ; RCC 1992 p. 261 consid. 4b). La jurisprudence estime enfin 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).

## **E. 9**

Les recourants contestent toute responsabilité dans le dommage subi par la Caisse.

## **E. 10**

Le recourant a expliqué qu'il travaillait à plein temps en qualité de facteur et qu'il ne s'était jamais occupé des affaires de la société. Monsieur T\_\_\_\_\_ l'a confirmé, précisant que si M. V\_\_\_\_\_ et lui-même lui avait demandé d'accepter ce mandat, c'est parce qu'ils avaient besoin d'une personne suisse domiciliée en Suisse. Il a par ailleurs été établi que le recourant n'avait pas été rémunéré. Sa situation s'apparente ainsi à celle d'un "homme de paille" et c'est précisément en cela que réside sa faute, car celui qui se déclare prêt à assumer un mandat d'administrateur, tout en sachant qu'il ne pourra pas le remplir consciencieusement, viole son obligation de diligence (ATF 122 III 200 consid. 3b; RDAT 2003, II, p. 243 et sv. consid. 2.4). Il y a en effet lieu de rappeler que lorsque l'administrateur revêt cette qualité sans en assumer la fonction dans les faits, il méconnaît tout simplement l'une des attributions intransmissibles et inaliénables que lui confère l'art. 716a al. 1 CO, soit l'exercice de la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, pour s'assurer notamment que celles-ci observent la loi, les règlements et les instructions données.

A/3696/2012 - 15/17 - Le recourant n'a à l'évidence pas compris les effets d'une inscription au Registre du Commerce en tant qu'administrateur d'une société. Il l'a du reste admis.

Force est de conclure, au vu de la jurisprudence claire du Tribunal fédéral, qu'il a violé son devoir de diligence et que son inaction constitue une négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS, de sorte que sa responsabilité est engagée elle aussi.

## E. 11

La recourante, quant à elle, allègue n'être devenue administratrice de la société que pour rendre service et affirme n'avoir jamais participé à la gestion de la société puisqu'elle n'était qu'une simple employée. Il appert de la partie en fait qui précède qu'en réalité la recourante connaissait parfaitement la situation de la société. Elle a, dès son arrivée, constaté qu'il y avait du retard dans le paiement des charges sociales, puisque c'est elle-même qui recevait les rappels. Elle admet qu'elle s'occupait du paiement des factures, mais précise que c'est Monsieur T\_\_\_\_\_ qui décidait quelles factures il fallait payer en priorité et qu'il était du reste arrivé à celui-ci de faire passer des factures de fournisseurs avant des cotisations AVS-AI. Selon la recourante en effet, "je ne pouvais rien faire car ce n'était pas moi qui décidais. M. T\_\_\_\_\_ me rappelait qu'il était actionnaire majoritaire. Je n'étais qu'actionnaire minoritaire et je pensais que je n'avais pas le même pouvoir d'administratrice. Je n'avais pas compris à l'époque la différence entre un administrateur et un actionnaire et je les confondais. La Cour de céans relève toutefois que la recourante fait également état de ce qu'elle souhaitait que les factures soient payées, dans la mesure du possible, alors que M. T\_\_\_\_\_ voulait récupérer les liquidités pour ses propres besoins et a à cet égard rapporté que celui-ci avait un jour voulu l'emmener à la banque pour retirer de l'argent, ce qu'elle avait refusé. Elle affirme qu'elle n'approuvait pas sa décision du fait qu'ils n'avaient pas assez de travail ni suffisamment de moyens pour payer un salaire supplémentaire et ajoute que "ces discussions sur la répartition des liquidités se faisaient entre M. T\_\_\_\_\_ et moi-même". Ces déclarations, au demeurant confirmées par Monsieur T\_\_\_\_\_, prouvent qu'en réalité la recourante gérait la société aux côtés de ce dernier. Il y avait certes parfois désaccord entre eux deux - le fait même qu'il puisse y avoir désaccord suffit à démontrer que la recourante avait son mot à dire -, toutefois pas toujours semble-t-il, Monsieur T\_\_\_\_\_ déclarant notamment que "je n'ai jamais mis de veto sur les décisions qu'elle prenait pour les paiements, nous allions ensemble à l'Office des poursuites.", d'une part, et Madame S\_\_\_\_\_ précisant que "pour moi les factures de charges sociales n'étaient pas différentes des autres", d'autre part. Il y a au surplus lieu d'observer que la recourante se comportait plutôt comme un dirigeant de la société que comme un simple employé. Elle explique en effet qu'elle accomplissait des heures supplémentaires sans les compter dans l'intérêt de la société, au motif que "j'avais envie que ça marche". Elle démontre clairement

A/3696/2012 - 16/17 - l'ampleur de son investissement dans la société lorsqu'elle confirme que "nous essayions de payer les salaires régulièrement et les cotisations étaient dûment payées. Le montant correspondant aux cotisations était utilisé pour payer les différentes charges de la société." La recourante n'a cependant pris aucune mesure, alors qu'elle savait que des charges sociales restaient impayées. Elle n'a en particulier pas pris contact avec la Caisse. Quand bien même elle aurait été empêchée par Monsieur T\_\_\_\_\_ de faire en sorte que la société s'acquitte des cotisations paritaires dues, il lui incombait, quel que soit le mode de répartition interne des tâches convenu au sein de la société, de s'assurer personnellement que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés soient effectivement payées à la Caisse, et ce conformément aux prescriptions légales. Qu'elle n'ait pas été en mesure d'exercer ses fonctions, parce que la société était en fait dirigée par

un autre, ou qu'elle ait accepté son mandat d'administratrice uniquement pour rendre service, n'est pas un motif de suppression ou d'atténuation de la faute commise (voir arrêts non publiés 9C\_289/2009, 9C\_292/2009, 9C\_295/2009, 9C\_297/2009 et 9C\_299/2009 du 19 mai 2010). Il y a enfin lieu de constater qu'elle était rémunérée pour son activité d'administratrice. Elle recevait en effet un salaire de 3'000 fr. brut par mois pour un travail à 50 %, lorsqu'elle avait été engagée, puis de 5'600 fr. pour un travail à 60%. Monsieur T\_\_\_\_\_ a confirmé que le salaire de la recourante avait été augmenté en relation avec son mandat d'administratrice, mais que la première augmentation avait été accordée pour respecter la promesse qu'avait tenue M. V\_\_\_\_\_. Ainsi de deux choses l'une, soit la recourante a laissé la gestion de la société à la seule appréciation et sous l'entière responsabilité de Monsieur T\_\_\_\_\_, ne s'en préoccupant pas et justifiant sa passivité par le fait qu'elle lui faisait confiance, soit elle a participé à la gestion, en ne prenant toutefois aucune mesure particulière pour que les charges sociales soient payées, considérant au demeurant que "les factures de charges sociales n'étaient pas différentes des autres". Il y a dès lors lieu d'admettre que la recourante a commis, au sens de l'art. 52 LAVS, une négligence grave. Cette négligence grave est, de surcroît, en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi par la Caisse. En effet, si elle avait correctement exécuté son mandat, elle aurait pu veiller au paiement des cotisations aux assurances sociales.

#### **E. 12**

Aussi les recours sont-ils rejetés.

A/3696/2012 - 17/17 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme : 1. Déclare les recours recevables. Au fond : 2. Les 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

#### **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

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