

## **GE\_GERICHTE ATAS/980/2013 vom 8. Oktober 2013**

GE Cour de justice, 2013-10-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_980\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_980_2013)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/980/2013 du 8 octobre 2013

IT: GE\_GERICHTE ATAS/980/2013 del 8 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, le recours est recevable (art. 56ss LPGA).

A/2165/2011 - 17/28 -

#### **E. 3**

Le litige porte sur le droit de la Caisse de réclamer à l'intéressé la réparation du dommage subi en raison du non-paiement des cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC, ainsi que des cotisations AMat et AF, dues par la société de janvier 2007 à septembre 2008.

#### **E. 4**

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

#### **E. 7**

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

A/2165/2011 - 22/28 - 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 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

A/2165/2011 - 23/28 - 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 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). Dans le cas d'une Sàrl, les gérants d'une Sàrl qui ont été formellement désignés en cette qualité, ainsi que les personnes qui exercent cette fonction en fait, sont soumis à des obligations de contrôle et de surveillance étendues, dont le non-respect peut engager leur responsabilité (art. 827 CO en corrélation avec l'art. 754 CO). Ils répondent selon les mêmes principes que les organes d'une société anonyme pour le dommage causé à une caisse de compensation ensuite du non-paiement de cotisations d'assurances sociales (ATF 126 V 237; arrêt H 252/01 du 14 mai 2002, in VSI 2002 p. 176 s. consid. 3b et d).

## **E. 8**

En l'espèce, l'intéressé considère ne pas avoir à répondre des impayés de la société pour l'année 2007 et conteste avoir commis une faute ou une négligence au sens de l'art. 52 LAVS pour l'année 2008, compte tenu des mesures prises en vue du règlement échelonné des impayés.

## **E. 9**

L'intéressé allègue qu'il ne saurait être tenu pour responsable du dommage causé à la Caisse en raison du non-paiement des cotisations AVS-AI 2007, puisqu'il n'est devenu associé-gérant qu'en août 2007.

A/2165/2011 - 24/28 - Il y a à cet égard lieu de rappeler que celui qui entre au conseil d'administration d'une société répond du dommage causé à la caisse de compensation en raison du non-paiement des cotisations courantes, mais aussi des cotisations arriérées, sauf si la société était déjà surendettée à ce moment-là (RCC 1992, 269)). Si la situation financière de la société au moment de l'entrée en fonction de l'administrateur était obérée au point que l'arriéré de cotisation ne pouvait déjà plus être recouvré, il y a en effet lieu de considérer que le lien de causalité est rompu, de sorte que l'administrateur ne répondra que

de l'accroissement du dommage résultant de la poursuite des activités de la société jusqu'au prononcé de la faillite (H 71/05). En l'espèce toutefois, on ne saurait considérer que la société était surendettée lorsque l'intéressé est devenu associé-gérant, puisque les acomptes de charges sociales notamment ont été régulièrement payés par la société en 2008, ou encore que Monsieur VA\_\_\_\_\_ a été en mesure d'effectuer des retraits en espèces importants sur le compte de la société dans le courant 2007. Dans l'arrêt ATF 119 V 401 expressément cité par l'intéressé, le TF a jugé que si le dommage existait déjà au moment de l'entrée en fonction de l'administrateur, celui-ci n'engageait pas sa responsabilité pour ce dommage. Cette jurisprudence ne s'applique cependant pas en l'occurrence, dans la mesure où la Caisse, précisément, n'avait pas encore subi de dommage à ce moment-là, étant rappelé que le dommage est réputé être survenu au moment de l'avènement de la péremption ou le jour de la faillite. Le fait que l'intéressé n'ait pu prendre connaissance d'aucune pièce comptable au moment où il est devenu associé-gérant aurait au surplus dû l'inciter à n'accepter cette charge qu'avec la plus grande circonspection. Celui qui se déclare prêt à assumer un mandat d'administrateur, tout en sachant qu'il ne pourra pas le remplir consciencieusement, viole en effet son obligation de diligence (ATF 122 III 200 consid. 3b; R DAT 2003, II, p. 243 et sv. consid. 2.4).

#### **E. 10**

L'intéressé fait valoir qu'il est intervenu par téléphone, auprès de MB et de Z\_\_\_\_\_, de septembre 2007 à mars 2008, pour réclamer les pièces comptables, en vain. Monsieur A\_\_\_\_\_ a à cet égard confirmé qu'en janvier 2008, l'intéressé avait tenté de demander à Monsieur B\_\_\_\_\_ un bilan intermédiaire. Il a également expliqué que depuis cette date, il avait eu des réunions une fois par mois environ avec Messieurs W\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ (responsable du personnel) et l'intéressé, afin de mettre à jour les listes du personnel, ce qui prenait beaucoup de temps. Monsieur B\_\_\_\_\_ a également confirmé que l'intéressé lui avait demandé à plusieurs reprises les comptes de la société. Il n'y a toutefois trace de démarches de la part de l'intéressé que depuis janvier- février 2008 .

A/2165/2011 - 25/28 - Malgré ces démarches quoi qu'il en soit, il n'apparaît pas que l'intéressé se soit soucié du paiement effectif des cotisations AVS-AI, laissant à Monsieur VA\_\_\_\_\_ dans un premier temps, puis à Messieurs A\_\_\_\_\_ et W\_\_\_\_\_, le soin de s'occuper de cette question. L'intéressé ne s'est pas non plus renseigné auprès de la Caisse. Il n'est du reste intervenu auprès de celle-ci qu'après avoir reçu la dénonciation pénale dans le courant 2009. Même si Monsieur VA\_\_\_\_\_ avait délibérément dissimulé à l'intéressé la situation financière de la société, même s'il avait effectué des prélèvements sur les comptes de la société sans droit, celui-ci devait exercer son devoir de surveillance et de contrôle. 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. Il lui appartenait plus particulièrement de veiller à ce que les acomptes versés correspondent à la masse salariale effective de la société. Sur chacun des bordereaux d'acomptes adressés chaque mois par la Caisse à la société, figure l'indication selon laquelle le forfait a été calculé sur la base d'une masse salariale de 385'000 fr. et l'avertissement pour le débiteur qu'il doit annoncer immédiatement toute variation atteignant 10% et au moins 20'000 fr. de la masse salariale estimée. Force est ainsi de constater qu'en revêtant la qualité d'associé-gérant sans en assumer la fonction dans les faits, l'intéressé a tout simplement méconnu 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. Le fait qu'il n'ait pu prendre connaissance d'aucune pièce comptable au moment de devenir associé-gérant, de sorte qu'il ignorait complètement la situation financière réelle de la société, aurait dû l'inciter à surveiller encore plus étroitement, et immédiatement, la personne chargée de la gestion, soit Monsieur VA\_\_\_\_\_. Cette imprudence est d'autant plus grave que sa fiduciaire avait tenté de le prévenir et qu'il n'a pas tenu compte de ses avertissements. Ce n'est ainsi qu'à partir de janvier 2008, après que Monsieur A\_\_\_\_\_ lui ait fait part de ses inquiétudes en décembre 2007, qu'il a ramené de Bussigny quelques documents et pris les mesures utiles pour régulariser la situation des employés travaillant "au noir" pour la société. Il ne s'est toutefois toujours pas inquiété du paiement des charges sociales. Il a du reste déclaré à la Cour de céans qu'il n'avait pas été informé de l'établissement et de l'envoi en mai 2008 à la Caisse de la seconde attestation de salaires annuels, laissant en tout état de cause à Messieurs A\_\_\_\_\_ et W\_\_\_\_\_ le soin de s'occuper du paiement des salaires et des cotisations AVS-AI.

A/2165/2011 - 26/28 -

#### **E. 11**

L'intéressé invoque la rupture du lien de causalité entre son comportement et le dommage, dès lors que Monsieur VA\_\_\_\_\_ lui avait dissimulé la situation réelle de la société, de sorte que quoi qu'il fasse, le dommage serait survenu. Il a communiqué à la Cour de céans l'avis de prochaine clôture rendue par le juge pénal vaudois, aux termes duquel Monsieur VA\_\_\_\_\_ "sera mis en accusation pour avoir diminué indûment les créances dues à X\_\_\_\_\_ par ses sociétés vaudoises, avoir prélevé 25'000 fr., à titre de salaire alors qu'il n'y avait pas droit, n'avoir pas tenu de comptabilité et avoir menacé Monsieur A\_\_\_\_\_". Selon la jurisprudence, le rapport de causalité n'est pas donné si un comportement conforme aux devoirs n'aurait pas empêché la survenance du dommage. Cependant, la simple hypothèse que le dommage ne serait pas survenu ne suffit pas à exclure la causalité. Le fait que le dommage serait de toute façon survenu doit être établi de manière certaine ou à tout le moins rendue hautement vraisemblable (ATF H 267/02, H 149/02, H 173/04, 9C\_672/2012). Cette condition fait en l'espèce défaut. On peut admettre en effet que le dommage ne serait pas survenu, ou ne serait survenu que dans une moindre mesure, si l'intéressé avait respecté son devoir de surveillance. Dans l'hypothèse où il se fût correctement soucié de la marche des affaires de la société, il se serait notamment préoccupé de savoir si les acomptes de cotisations facturés par la Caisse étaient suffisants et aurait pu agir en conséquence. On ne voit pas que le comportement de Monsieur VA\_\_\_\_\_ ait été de nature à rompre le lien de causalité entre la négligence de l'intéressé et le dommage subi par la Caisse. Les agissements de celui-ci étaient en effet étrangers au devoir de diligence qui était le sien à partir de son entrée dans la société comme associé-gérant. Monsieur VA\_\_\_\_\_ ne l'a en particulier pas trompé par des manœuvres fallacieuses, en lui présentant par exemple des comptes falsifiés (ATF H 319/99). S'il n'obtenait pas les informations nécessaires, en raison du comportement de Monsieur VA\_\_\_\_\_ ou de l'attitude de la fiduciaire, perdant par là toute maîtrise sur le contrôle de la gestion de la société, il était tenu de démissionner sans retard. S'il ne l'a pas fait, c'est uniquement parce qu'il craignait de perdre définitivement son investissement et le salaire de 5'000 fr. qui devait lui être versé chaque mois. En conséquence, le moyen tiré de

la rupture du lien de causalité apparaîtrait infondé.

**E. 12**

Il y a dès lors lieu d'admettre que l'intéressé a commis, au sens de l'art. 52 LAVS, une négligence grave qui est, de surcroît, en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi par la Caisse. La Cour de céans considère qu'en acceptant la charge d'associé-gérant sans avoir eu connaissance d'aucune pièce comptable, en n'exerçant aucune surveillance et en ne se préoccupant pas du sort des cotisations sociales, l'intéressé a failli à ses obligations et commis une négligence qui, sous l'angle de l'art. 52 LAVS, doit être qualifiée de grave.

A/2165/2011 - 27/28 -

**E. 13**

Mal fondé, le recours doit être rejeté.

A/2165/2011 - 28/28 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A 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

**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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.