

# GE\_GERICHTE A/2121/2011 vom 15. November 2011

GE Cour de justice, 2011-11-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_2121\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2121_2011)

FR: GE\_GERICHTE A/2121/2011 du 15 novembre 2011

IT: GE\_GERICHTE A/2121/2011 del 15 novembre 2011

## Erwägungen

### E. 2

ème Chambre En la cause Monsieur T \_\_\_\_\_, domicilié à Mollens, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître SCHIBLER Tal recourant contre CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, sise 54, route de Chêne, case postale, 1211 Genève 6 intimée EN FAIT La société X \_\_\_\_\_ SA (anciennement X \_\_\_\_\_ Sàrl) a été créée le 15 décembre 1998 et affiliée en qualité d'employeur auprès de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION (ci-après : la caisse) à partir de janvier 1999. T \_\_\_\_\_ a assumé la fonction d'administrateur de X \_\_\_\_\_ SA du 11 juillet 2000 au 4 février 2002, puis de directeur doté de la signature individuelle. U \_\_\_\_\_ a succédé à T \_\_\_\_\_ au poste d'administrateur de X \_\_\_\_\_ SA dès le 4 février 2002. La société était active dans la distribution de produits parapharmaceutiques, de médicaments et de spécialités pharmaceutiques, le test de ces produits en milieu clinique et les conseils pour l'enregistrement desdits produits. La société a déplacé son siège dans le canton de Vaud le 8 avril 2005 et elle a été affiliée dès mai 2005 auprès de la CAISSE CANTONALE VAUDOISE DE COMPENSATION. Dès l'année 2001, la société n'a plus versé les acomptes de cotisations et contributions dans les délais légaux. Suite à un contrôle d'employeur de la caisse portant sur les années 1999 à 2003, une reprise de salaires a été effectuée pour ces années, impliquant que des cotisations étaient également dues pour les années 1999 et 2000 et aggravant la dette de la société pour les années suivantes. La masse salariale déclarée par la société, sans compter les reprises susmentionnées, était de 289'151 fr. en 2001 (huit salariés), 129'650 fr. en 2002 (six salariés), 59'362 fr. en 2003 (quatre salariés) et 34'125 fr. en 2004 (un salarié). Des rappels et des sommations ont régulièrement été adressés à la société dès l'année 2002. Des réquisitions de poursuite ont été adressées à la société dès septembre 2004. Plusieurs plans de paiement ont été convenus mais n'ont pas été entièrement respectés. Par pli du 13 octobre 2004, remplacé par un courrier du 23 février 2005, la caisse a réclamé à la société et à ses divers animateurs, le paiement de la part pénale des cotisations, prélevées des salaires des salariés et non versées à la caisse, pour les années 1999 à 2003, totalisant 27'570 fr. 40, à défaut de quoi la caisse déposerait plainte pénale. T \_\_\_\_\_ a alors proposé de payer 2'000 fr. par mois, afin de payer la part pénale des cotisations. Les divers plans de paiement convenus pour acquitter la part pénale des cotisations ont été respectés et cette dette là a ainsi été soldée. La société a été déclarée en faillite le 20 septembre 2008. La caisse a produit ses créances auprès de l'Office des faillites de Morges. L'état de collocation a été déposé le 20 février 2009 et mentionne qu'un dividende de 25 % est escompté pour les créanciers privilégiés de première classe exclusivement. Les créances de la caisse étant privilégiées en deuxième classe, au mieux, elle s'est vue délivrer des actes de défaut de biens après faillite le 16 juin 2009 pour une somme totale de 68'522 fr. 60, correspondant aux cotisations et contributions impayées par la société de janvier 1999 à avril 2005, y

compris les frais d'administration, les taxes de sommation, les intérêts moratoires et les frais de poursuite. La caisse a rendu le 3 février 2011 une décision de réparation du dommage à l'encontre de T \_\_\_\_\_ et de U \_\_\_\_\_ pour la totalité du montant susmentionné. T \_\_\_\_\_ a formé opposition à la décision par pli reçu le 28 février 2011, estimant qu'aucune négligence ou faute professionnelle ne sont démontrées dans la gestion de l'entreprise qui puissent lui être reprochées personnellement. Au contraire, si l'entreprise n'avait pas engagé de personnel, la caisse de chômage aurait dû verser de lourdes indemnités. Durant sa vie, la société a versé plus d'un million de francs de salaires. Par décision sur opposition du 8 juin 2011, la caisse a rejeté l'opposition, au motif que T \_\_\_\_\_ a assumé les fonctions d'administrateur, puis de directeur de la société, de sorte qu'il revêt la qualité d'organe. Il lui incombait donc de veiller personnellement au paiement ponctuel des cotisations, alors qu'il ne s'est nullement inquiété des arriérés de cotisations, qu'il n'a pris aucune mesure afin d'éviter le dommage, les seuls versements enregistrés par la caisse en 2002 étant intervenus suite aux menaces de dénonciation pénale. Par acte du 11 juillet 2011, l'assuré, représenté par avocat, forme recours contre la décision sur opposition et conclut à son annulation, avec suite de dépens. Il fait valoir que la société a rencontré des lourds problèmes de trésorerie dès l'année 2001, l'empêchant de faire face à certaines obligations financières, convaincu toutefois que la situation allait rapidement et durablement s'améliorer. La société a ainsi tenté de maintenir ses ressources humaines en évitant de procéder à des licenciements, afin de retourner dans les chiffres noirs. Afin de stabiliser la situation, les liquidités obtenues sur une courte période ont été utilisées pour des dépenses utiles à cette dynamique, l'assuré étant toutefois convaincu que les cotisations sociales litigieuses pourraient être payées à brève échéance. D'ailleurs, l'assuré a scrupuleusement respecté le plan de paiement concernant la part employé des cotisations et la caisse n'a entamé des poursuites qu'en 2004. Par pli du 9 août 2011, la caisse conclut au rejet du recours. Elle rappelle que l'assuré n'a pas respecté le sursis au paiement convenu le 19 mars 2004, seul celui lié à la part pénale des cotisations ayant été respecté. L'assuré s'est donc effectivement rendu coupable de négligence grave au regard de la loi, dès lors que la société ne rencontrait pas des difficultés passagères de trésorerie car le défaut de paiement des charges sociales s'est étendu sur plusieurs années depuis 2001 l'assuré n'ayant pas démontré avoir pris une quelconque mesure concrète d'assainissement de la société dans cet intervalle. Lors de l'audience du 6 septembre 2011, l'assuré a déclaré que X \_\_\_\_\_ Sàrl, créée en 1998 et transformée en SA en 1999, avait pour activité l'achat de médicaments en France et en Italie et la vente de ceux-ci en Suisse. L'entreprise avait l'obligation légale d'employer un pharmacien responsable et les autres employés étaient des délégués médicaux qui présentaient les médicaments auprès des hôpitaux et des pharmaciens. L'erreur d'appréciation concernant le marché en Suisse a concerné la Suisse allemande, qui préfère acquérir des médicaments suisses ou allemands. L'entreprise avait alors déjà investi dans l'engagement de personnel travaillant à Zurich et Bâle par exemple. Il faut un certain temps pour réaliser que le marché n'est pas bon et à ce moment-là, l'entreprise avait des employés et une masse salariale à honorer. L'entreprise a engagé de nombreux salariés en 2001, afin de développer l'activité et le nombre de personnes engagées était vraisemblablement excessif par rapport aux possibilités financières de la société. Dès que le retard dans le paiement des cotisations a été constaté, le recourant indique avoir d'abord cessé de se verser le maigre salaire qu'il percevait, soit 5'000 fr. par mois, puis l'entreprise a licencié du personnel. Durant les années 2001 à 2003 environ, le chiffre d'affaires était de l'ordre de 300'000 fr. à 400'000 fr. Les charges de fonctionnement

étaient peu élevées car l'essentiel du personnel faisait du démarchage et n'était donc que rarement au bureau. Le loyer de celui-ci était de l'ordre de 5'000 fr. par mois et les locaux étaient situés à la Servette. Outre les salaires versés, les frais commerciaux, soit les indemnités de déplacement et d'hôtel des démarcheurs, ainsi que les frais de marketing en général (publicité, participation à des foires) étaient les charges principales. Lorsque le retard dans les cotisations a commencé, l'entreprise ne pouvait pas privilégier le paiement des cotisations sociales au détriment d'autres créanciers, car ceux-ci étaient les fournisseurs et les employés. L'entreprise a peut-être mal apprécié la situation et aurait dû déposer le bilan plus tôt, ou alors la caisse aurait dû mettre la société en faillite. L'entreprise a commencé par licencier le personnel actif en Suisse allemande, mais il s'est avéré que les pertes étaient trop importantes et que cela n'a pas suffi pour redresser la situation. Malgré le maintien du chiffre d'affaires et la baisse drastique de la masse salariale dès 2002, l'entreprise n'a pas payé les cotisations sociales courantes, même pour les années 2003-2004, car elle avait d'autres dettes, notamment envers les fournisseurs et le fabricant d'un produit de pharmacie que l'entreprise vendait. Lorsque l'entreprise a cessé de verser un salaire au recourant, il indique avoir vécu de ses autres revenus, tirés d'investissements immobiliers, de l'ordre aussi de 5'000 fr. à 6'000 fr. par mois. La représentante de la caisse a déclaré que M. U\_\_\_\_\_ n'a pas contesté la décision de réparation du dommage et une réquisition de poursuite a été déposée à l'Office des poursuites le 4 août dernier. Selon le rapport du 17 décembre 2004, l'entreprise a versé au recourant un salaire de 1999 à 2003 de l'ordre de 20'000 fr. par an. L'assuré a alors répondu qu'il s'agissait d'un minimum destiné à lui garantir une position de salarié à l'égard des assurances sociales. Le dernier salarié à Genève était effectivement M. V\_\_\_\_\_, le pharmacien, mais la société a réengagé une ou deux personnes lors de son déplacement dans le canton de Vaud. L'entreprise a déménagé car le recourant était domicilié dans le canton de Vaud. L'entreprise a alors tenté de déléguer le travail de démarchage à une entreprise tierce, soit Z\_\_\_\_\_, sise dans le canton de Fribourg, mais cela n'a pas suffi et la société a finalement été mise en faillite. L'avocat de l'assuré a indiqué que son client n'invoquait plus la prescription de l'action en réparation du dommage intenté par la caisse. 21. A l'issue de l'audience, les parties ont renoncé à demander un délai pour s'exprimer et la cause a été gardée à juger. EN DROIT 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 1<sup>er</sup> 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. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art 56 ss LPGA). L'objet du litige est la question de savoir si le recourant est responsable du non-paiement des cotisations AVS/AI/APG/AC, ainsi que des contributions au régime des allocations familiales et à l'assurance-maternité par la société. a) 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 LAMat, en vigueur jusqu'au 30 juin 2005, en vertu de l'art. 18 de cette loi, et pour celles

afférentes au régime des allocations familiales, aux termes de l'art. 30 al. 3 LAF. b) Aux termes de l'art. 52 al. 3 LAVS, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> 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 consid. 2.3 p. 195 sv.). b) En l'espèce, le droit de réclamer la réparation du dommage n'était, mais de peu, pas encore prescrit au moment de la décision du 3 février 2011, l'état de collocation ayant été publié le 20 février 2009, soit moins de deux ans avant la décision. C'est ainsi à juste titre que le recourant n'invoque plus la prescription de l'action. 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 LAVS (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) 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. Par exemple, les administrateurs d'une société qui se trouve dans une situation financière désastreuse, qui parent au plus pressé, qui retardent le paiement des cotisations pour maintenir l'entreprise en vie, lors d'une passe de trésorerie difficile, 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). d) 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 l'espèce, le dommage consiste en la perte des cotisations pour 68'522 fr. 60, subie par l'intimée en raison de la faillite de la société et correspondant aux cotisations et contributions impayées par la société de janvier 1999 à avril 2005, y compris les frais d'administration, les taxes de sommation, les intérêts moratoires et les frais de poursuite. Il n'est à cet égard pas contesté que la société n'a pas payé les cotisations réclamées. Il n'est pas non plus contesté que le recourant est un organe de la société, dès lors qu'il était inscrit au registre du commerce en tant qu'administrateur, puis de directeur avec signature individuelle. Reste à examiner s'il a commis une négligence grave dans l'exercice de ses tâches. A cet égard, il fait valoir qu'il a tout mis en œuvre, notamment en maintenant une partie du personnel, afin de redresser la situation de la société. Toutefois, les explications du recourant ne convainquent pas. D'une part, les cotisations n'ont pas été payées de 2001 à 2004, de sorte que le recourant ne peut pas prétendre avoir, provisoirement et sur une courte période, privilégié le paiement des fournisseurs dans le but de remettre l'entreprise à flots afin de payer les charges sociales. Aucun élément ne permet d'établir qu'il pouvait raisonnablement croire que les cotisations pourraient être payées dans un délai raisonnable. D'autre part, le recourant n'a pris aucune mesure concrète pour acquitter les charges sociales, sauf la réduction de la masse salariale, entreprise trop tard et dans une mesure insuffisante eu égard à l'échec de l'entreprise sur le marché suisse allemand et l'argument concernant les indemnités de chômage à verser aux employés licenciés n'est à cet égard pas pertinent. Surtout, le recourant n'explique pas clairement quels créanciers ont été désintéressés et à concurrence de quel montant durant plus de trois ans, alors que les charges sociales étaient impayées, qu'il continuait à se verser un revenu certes modeste, mais qui n'a pas été déclaré et qu'il s'est borné à payer la part pénale des cotisations pour éviter une condamnation pénale. Il faut donc considérer que la négligence du recourant a été grave et a causé le dommage dont la réparation est aujourd'hui réclamée. Le fait, regrettable, que la caisse ait tardé à entreprendre des poursuites et ait attendu l'ultime délai pour agir en réparation du dommage est toutefois sans conséquence sur la responsabilité du recourant. Le recours, mal fondé, est ainsi rejeté. PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme : Déclare le recours recevable. Au fond : Le rejette. Dit que la procédure est gratuite. 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); 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 Irène PONCET La présidente Sabina MASCOTTO 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.