

GE_GERICHTE A/3400/2010 vom 24. Januar 2011

GE Cour de justice, 2011-01-24, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_3400_2010

FR: GE_GERICHTE A/3400/2010 du 24 janvier 2011

IT: GE_GERICHTE A/3400/2010 del 24 gennaio 2011

Erwägungen

E. 6

ème Chambre En la cause Monsieur M _____, domicilié à Genève recourant contre CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, Direction, route de Chêne 54, case postale 6330, 1211 Genève 6 intimé EN FAIT La société à responsabilité limitée X _____ Sàrl (ci-après : la société), sise à Genève, a été inscrite au registre du commerce le 3 mai 2000 avec, comme but, la consultation, création et exploitation commerciale, ainsi que l'exploitation d'une entreprise générale de bâtiments et de nettoyage. M. M _____ (ci-après : l'intéressé) a été inscrit comme associé gérant avec signature individuelle dès la constitution de la société. M. N _____ a été inscrit comme associé gérant avec signature individuelle dès la constitution de la société jusqu'au 18 janvier 2001. Le 19 février 2003, la société a bénéficié d'une augmentation de capital de 697'000 fr. La Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la caisse) auprès de laquelle la société était inscrite, a sommé celle-ci de verser les cotisations AVS/AI/APG/AC pour la période juillet-septembre 2003 (le 22 octobre 2003), puis octobre-décembre 2003 (le 26 janvier 2004) et de rendre la déclaration des salaires 2003 (en mars, mai et juillet 2004). Le 10 août 2004, la caisse a établi le décompte des cotisations AVS/AI/APG/AC 2003 selon l'attestation des salaires reçue le 29 juillet 2004 duquel il ressort un volume de salaires de 500'062 fr. et un solde de cotisations de 61'895 fr. 95. Un commandement de payer la somme de 6'268 fr. correspondant aux cotisations paritaires janvier-mars 2004 (moins 1'990 fr. 75) a été notifié à la société le 20 septembre 2004 auquel celle-ci a fait opposition. Par décision du 22 octobre 2004, la caisse a fixé à 4'277 fr. 25 le solde encore dû pour les cotisations janvier-mars 2004 et a prononcé la mainlevée définitive au commandement de payer. A la demande de la société, un délai de paiement pour le solde de 56'897 fr. 95 des cotisations 2003 lui a été accordé avec des mensualités à payer en 2005. Par décision complémentaire du 3 mars 2005, la caisse a fixé des cotisations AVS/AI/APG/AC 2003 de 3'852 fr. correspondant au salaire de l'intéressé de 30'000 fr. réalisé en 2003. Le 12 mai 2005, la caisse a établi le décompte des cotisations 2004 établi sur la base de l'attestation des salaires reçue le 18 février 2005 et indiqué un solde en sa faveur de 65'567 fr. 20. Par courrier du 12 mai 2005, la caisse a réclamé à la société et à l'intéressé le paiement de 21'899 fr. 60 correspondant à la part des cotisations retenues sur les salaires 2005, la créance totale s'élevant à 83'641 fr. 55 pour l'année 2004. Un commandement de payer a été notifié à la société le 10 octobre 2005 au montant de 65'717 fr. 20 (cotisation, intérêts et frais pour l'année 2004) auquel celle-ci a fait opposition. Par jugement du 9 janvier 2006, le Tribunal de première instance a prononcé la mainlevée définitive de l'opposition au commandement de payer. Le 4 mai 2006, la caisse a établi le décompte des cotisations 2005 sur la base de l'attestation des salaires reçue le 2 mai 2006 duquel ressortait un solde en sa faveur de 68'256 fr. 60. Trois commandements de payer les cotisations janvier-mars, avril-mai et juin-juillet-août 2006 ont été notifiés à la société en 2006. Un commandement

de payer la somme de 3'852 fr. a été notifié à la société le 17 juillet 2006, auquel celle-ci a fait opposition. Par ordonnance de condamnation du 8 août 2006, le Procureur général a reconnu l'intéressé coupable d'infraction à l'art. 87 al. 3 LAVS (retenue de 21'899 fr. 60 de cotisations sur les salaires 2004) et l'a condamné à une peine de deux mois d'emprisonnement avec sursis. Par décisions des 10 août, 19 octobre et 7 décembre 2006, la caisse a levé l'opposition aux commandements de payer les cotisations janvier-mars, avril-mai et juin-juillet-août 2006 et constaté un solde de respectivement 17'456 fr. 65, 11'239 fr. 55 et 13'779 fr. 65. Un commandement de payer la somme de 62'045 fr. 95 correspondant aux cotisations paritaires 2003 sous déduction des acomptes déjà versés entre le 1^{er} décembre 2004 et le 27 mars 2006 (soit 38'930 fr. 95) a été notifié à la société le 30 octobre 2006, auquel celle-ci a fait opposition. Un commandement de payer la somme de 68'406 fr. 60, pour les cotisations 2005 (avec intérêts et frais) a été notifié à la société le 27 novembre 2006 auquel celle-ci a fait opposition. Par jugement du 31 janvier 2007, le Tribunal de première instance a prononcé la mainlevée définitive de l'opposition faite au commandement de payer (cotisation 2003). Le 4 décembre 2007, le Procureur général a imparté à l'intéressé un délai au 26 décembre 2007 pour remettre à la caisse les déclarations de salaires 2006 et 2007. Par jugement du 26 février 2007, le Tribunal de première instance a prononcé la mainlevée définitive au commandement de payer (cotisation 2005). Le 8 mai 2006, la caisse a informé la société et l'intéressé que la créance de cotisations 2005 s'élevait à 103'171 fr. dont la part retenue sur le salaire des employés, soit 37'361 fr. 85. Par jugement du 29 janvier 2007, le Tribunal de première instance a prononcé la mainlevée définitive de l'opposition formée au commandement de payer n° 06157742B. Par jugement du 27 mars 2007, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de la société, dont la raison sociale a dès le 30 mai 2007 été modifiée en X_____ Sàrl, en liquidation. Un délai pour les productions a été fixé par l'Office des faillites au 4 avril 2008. Le 5 septembre 2007, l'intéressé a écrit à la caisse que chaque employé avait reçu son salaire, hormis lui-même, et qu'il l'avait informée de la faillite de la société en mars 2007 de sorte qu'elle devait faire valoir ses droits auprès de l'Office des faillites. Le 19 septembre 2007, la caisse a informé l'intéressé que le paiement de la part pénale lui incombait malgré la faillite de la société. Le 6 juin 2007, l'intéressé a été entendu à l'Office des faillites et a déclaré qu'il avait augmenté le capital de la société en 2003 afin d'obtenir des contrats plus importants, que la société exploitait principalement des bars, restaurants et discothèques, que tout le personnel, une vingtaine d'employés, avait été licencié en novembre 2006 et qu'il était l'unique dirigeant de la société. Par jugement du 19 février 2008, la faillite personnelle de l'intéressé a été prononcée. Un délai pour les productions a été fixé au 31 octobre 2008 (publication FAO du 1^{er} octobre 2008). Elle a été clôturée par jugement du 22 mars 2010. Le 25 mars 2008, la caisse a produit dans la faillite de la société une créance provisoire de cotisations de 299'622 fr. 80 et d'intérêts et frais de 35'358 fr. 80. Le 2 mars 2009, la caisse a produit une créance définitive totale de 178'588 fr. 80 soit les cotisations et frais de 157'648 fr. 70 et les taxes, amendes et intérêts moratoires de 20'940 fr. 10. Par ordonnance du 14 avril 2008, le Procureur général a reconnu l'intéressé coupable de détournement des cotisations LAVS et coupable de n'avoir pas rendu les attestations de salaires 2005, 2006 et 2007 et l'a condamné à une peine pécuniaire de 30 jours amende de 1'200 fr. et peine privative de liberté de substitution de 12 jours. Le 13 août 2008, l'Office des faillites a informé la caisse du dépôt à l'Office de l'état de collocation et de sa publication le même jour. La créance de 299'622 fr. 80 était admise en 2^{ème} classe et celle de 35'358 fr. 80 en 3^{ème} classe. Aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers chirographaires. Courant 2007, la caisse a

requis des informations concernant les salaires versés par la société en 2006 et 2007 directement auprès des employés de la société. Elle a établi un volume global de salaires de 109'827 fr. en 2006 et 65'412 fr. 60 en 2007. En particulier pour l'année 2006, les salaires ont été établis par les fiches de salaires de la société pour les employés O _____ (50'546 fr.), P _____ (7'600 fr.) et Q _____ (51'681 fr.). Par décision du 7 juillet 2010, la caisse a informé l'intéressé qu'il était redevable du montant de 171'736 fr. 35 représentant les cotisations au 31 décembre 2006 ainsi que les frais et les intérêts moratoires et que ce montant devait lui parvenir d'ici 30 jours. Le solde s'établissait comme suit : 23'091 fr. 70 pour 2003 73'120 fr. 15 pour 2004 71'972 fr. 20 pour 2005 3'552 fr. 30 pour 2006 La consultation de l'état de collocation publié le 13 août 2008 avait révélé un dividende prévisible de 0 % de sorte que la créance ne serait pas couverte et qu'elle subissait, de ce fait, un dommage. Le 21 juillet 2010, l'intéressé a répondu à la caisse que tant la société et lui-même avaient fait l'objet d'une faillite. Le 31 juillet 2010, l'intéressé a fait opposition à la décision du 7 juillet 2010 en relevant qu'il n'y avait jamais eu de malversations. Par décision du 2 septembre 2010, la caisse a rejeté l'opposition de l'intéressé en relevant que dès 2001 la société n'avait fourni que difficilement les renseignements nécessaires à la fixation des cotisations et n'avait pas payé régulièrement celles-ci, qu'un plan de paiement des cotisations arriérées avait été proposé mais n'avait pas été respecté, que des poursuites avaient dû être entamées dès 2006, que le montant de 171'736 fr. 35 se rapportait à la période du 1^{er} janvier 2003 au 31 mars 2007, que l'intéressé n'avait pas pris les mesures nécessaires à l'égard de la caisse, que le dommage était survenu le 13 août 2008 (date de la publication de l'état de collocation), soit postérieurement à la faillite personnelle de l'intéressé du 19 février 2008, de sorte que la décision de réparation du dommage du 7 juillet 2010 pouvait lui être notifiée directement. Le 6 octobre 2010, l'intéressé a écrit à la caisse qu'il s'opposait à la décision du 2 septembre 2010 en relevant qu'il n'avait jamais détourné un seul centime de la société, qu'il n'avait jamais touché de salaire malgré l'important travail fourni, que les pièces comptables en main de l'Office des faillites le prouvaient, qu'il habitait actuellement en Allemagne et suivait un traitement contre le cancer, que la caisse n'avait pas produit dans sa faillite personnelle et qu'il avait perdu un montant de 700'000 fr. La caisse a transmis ce courrier au Tribunal cantonal des assurances sociales le 6 octobre 2010. Un recours a été enregistré. Le 17 novembre 2010, la caisse a conclu au rejet du recours en relevant que l'intéressé se devait de veiller personnellement au paiement ponctuel des cotisations et de prendre les mesures nécessaires au soldement de la dette envers elle. Le Tribunal cantonal des assurances sociales a entendu les parties en audience de comparution personnelle le 6 décembre 2010. L'intéressé a déclaré : "Au départ j'ai créé la société avec M. N _____, lequel est resté un peu moins d'un an comme associé gérant. Il a ensuite quitté complètement la société. La société gérait un pub à Carouge. J'étais moi-même gérant en personne d'une station service. M. N _____ a repris à son départ la gérance du pub et j'ai moi-même gardé la Sàrl et la gérance de la station service. En 2002 la Sàrl a signé un contrat de master franchise pour les garages Y _____ lesquels étaient situés à Genève, Lausanne et en Valais. L'ouverture du garage à Genève a eu lieu en juin 2003. Il y avait 3 à 4 employés par garage soit trois garages, ainsi que trois employés au bureau. Les contrats de franchise ont été signés deux ans après le départ de M. N _____ et j'ai ensuite géré seul la Sàrl. La société n'a ensuite pas eu assez de liquidités pour lui permettre de payer les cotisations sociales, cela après plusieurs années car au début les cotisations ont été payées régulièrement. Les difficultés ont surgi courant 2003 avec la franchise Y _____". Nous avons ouvert un

garage en Valais juillet 2002, à Lausanne en septembre 2002 et à Genève en juin 2003. S'agissant de ce dernier, nous avons dû faire face à des difficultés en raison des travaux du tram. Nous avions 4 employés dans ce garage, les deux autres garages ont supporté celui de Genève. La franchise nous imposait des jours d'ouverture difficiles soit 6 jours par semaine, ce qui nous obligeait à avoir un employé supplémentaire par garage. En outre, la vente de l'entreprise Y_____ à Z_____ a augmenté les royalties et mis en difficulté financière la Sàrl. J'ai dû fermer le garage de Conthey en Valais 3 à 4 mois avant la faillite. J'ai injecté moi-même de l'argent dans la société, je n'ai touché aucun salaire pour mon travail et je n'ai rien réclamé comme salaire après la faillite de la société. S'agissant des paiements des cotisations j'ai demandé plusieurs plans de paiement, lesquels ont été en partie respectés. Il était primordial de payer en priorité les salaires ainsi que les loyers. Une masse en faillite de Jan SA à Lausanne a toutefois précipité la faillite de ma société pour une facture de 15'000 fr. J'ai dû résilier les contrats de travail de mes employés. J'ai toutefois aidé chaque employé à trouver un emploi dans d'autres sociétés. J'étais persuadé que la société allait surmonter ses difficultés financières. Il y a eu toutefois également la commande des pneus par internet, à laquelle la moitié des clients ont recouru, ce qui a diminué notre activité d'autant. Je vis actuellement à Neuss à 7 km de Düsseldorf, chez des cousins et je suis un traitement contre une leucémie. J'ai une formation d'ingénieur en informatique et titulaire d'un MBA. Avant de créer la Sàrl j'ai travaillé durant plusieurs années chez XB_____. Je conteste le montant qui m'est réclamé par la caisse car la facturation a continué de se faire sur un nombre d'employés qui n'étaient plus dans la société alors qu'à la fin il n'y avait plus que moi-même, un apprenti et un employé. J'ai été mis en faillite personnelle à la suite de poursuites de ma caisse-maladie. Je n'ai actuellement plus de fortune ni de revenus. Quand il y avait de l'argent dans la société je payais les cotisations". La représentante de la caisse a déclaré : "Nous reconnaissons qu'il n'y a jamais eu de malversation de la part du recourant. Il y a cependant eu deux ordonnances de condamnation concernant la part pénale 2004 et 2005. Nous avons produit dans la faillite de la société mais nous n'avons jamais rien récupéré de la société. Je précise que le dommage se rapporte aux années 2003 à 2006 et que pour cette dernière l'attestation des salaires n'a jamais été rendue par la société, de sorte que nous avons dû demander à chaque employé de nous transmettre ses fiches de salaire. Nous avons obtenu un certain nombre de renseignements ce qui nous a permis d'établir les salaires versés en 2006. S'agissant des années 2003 à 2005 la société nous a retourné l'attestation annuelle des salaires de sorte que les cotisations ont été calculées sur cette base. Il s'est trouvé que pour ces trois années les acomptes de cotisations n'étaient pas suffisants et nous avons dû facturer des cotisations supplémentaires. La société a toujours accepté nos décisions de cotisations. Le dommage a été arrêté le 31 décembre 2006 ce qui explique que le montant réclamé est de 171'736 fr. 35 alors que celui qui apparaît sur la décision sur opposition est de 178'588 fr. 80. Il a été renoncé à une réparation du dommage s'agissant des allocations familiales. Le détail du montant réclamé résulte de la pièce 115. Les APG militaires ont été compensées avec notre créance". Sur quoi, la cause a été gardée à juger. EN DROIT Jusqu'au 31 décembre 2010, conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, 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). Dès le 1^{er} janvier 2011, cette compétence revient à

la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 9 octobre 2009). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. La LPGA est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'article 52 LAVS, relatif à la responsabilité de l'employeur pour le dommage causé à une caisse de compensation en violant des prescriptions légales. Désormais, la responsabilité de l'employeur y est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les articles 81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (ci-après : RAVS) ont été abrogés. La LPGA s'appliquera au cas d'espèce, de même que les nouvelles dispositions en vigueur, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminant se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). In casu, la connaissance du dommage et toute la procédure qui a suivi sont postérieures au 1^{er} janvier 2003, de sorte que les dispositions légales seront citées dans leur nouvelle teneur. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 60 LPGA). a) L'ancien art. 82 al. 1 RAVS, qui régissait les effets du temps sur une créance en réparation du dommage, a été abrogé à la suite de l'entrée en vigueur de la LPGA. La question est désormais réglée par l'art. 52 al. 3 LAVS. Selon cette disposition, 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. Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (FF 1994 V p. 964 sv., 1999 p. 4422, cité in arrêt du Tribunal fédéral du 30 novembre 2004 en la cause H 96/03). b) 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 (ATF non publié, H 18/06, du 8 mai 2006, consid. 4.2), il faut entendre par moment de la «connaissance du dommage», 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 128 V 15 consid. 2a p. 17, 126 V 443 consid. 3a p. 444, 450 consid. 2a p. 452, 121 III 381 consid. 3b p. 388 et les références). 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.). Le créancier n'est en effet en principe en mesure de connaître le montant des actifs, sa propre collocation dans la liquidation, ainsi que le dividende prévisible avec suffisamment de certitude qu'une fois la procédure de collocation avec dépôt de l'état de collocation et de l'inventaire achevés (ATF 116 V 72 ; ATF du 14 janvier 2008 9C 383/2007). 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 d'une année 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 font 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 (ATF du 28 novembre 2005 H 188/2004). 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). Ainsi 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 survenu le jour de la faillite; le jour de la survenance du dommage marque celui de la créance en réparation et la date à partir de laquelle court le délai de cinq ans (ATF 129 V 193). c) La procédure ordinaire de perception des cotisations relève des règles applicables dans le cadre des articles 14 et suivants LAVS. Selon l'art. 15, al. 1 LAVS, les cotisations non versées après sommation sont perçues sans délai par voie de poursuite, à moins qu'elles ne puissent être compensées avec des rentes échues. Les cotisations seront, en règle générale, recouvrées par voie de saisie également contre un débiteur soumis à la poursuite par voie de faillite (cf. article 15, alinéa 2 LAVS; art. 43 LP).

d) En l'espèce, la faillite de la société a été prononcée le 27 mars 2007 et l'état de collocation publié le 13 août 2008. C'est à cette dernière date que la caisse a eu connaissance du fait qu'elle allait subir un dommage. La décision en réparation du dommage, notifiée le 7 juillet 2010, est par conséquent intervenue dans le délai péremptoire de deux ans prescrit par l'art. 52 al. 3 LAVS. a) Aux termes de 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. La nouvelle teneur de cette disposition, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2003 reprend l'ancien art. 52 LAVS quasiment sans modification. Les termes « caisse de compensation » sont remplacés par « assurances », sans que cela n'entraîne un changement quand aux conditions de la responsabilité de l'employeur (ATF 129 V 13 s. consid. 3.5). Le TF a ainsi déjà affirmé que l'on ne pouvait inférer ni du message du Conseil fédéral concernant la 11^{ème} révision de l'AVS ni des travaux préparatoires de la LPGA des raisons de s'écarter de la jurisprudence constante relative à l'art. 52 LAVS. 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) 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 12 consid. 5b p. 15, 122 V 65 consid. 4a p. 67, 114 V 219 consid. 3b p. 220 s., confirmés in ATF 129 V 11 consid. 3; cf. ATF 132 III 523 consid. 4.5 p. 528). 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 6004 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). Les gérants d'une Sàrl qui ont été formellement désignés en cette qualité, ainsi que les personnes qui exercent cette fonction en fait 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. Sont assimilés aux gérants non seulement les personnes qui ont été expressément nommées en tant que tels (c'est-à-dire les organes formels), mais aussi les personnes qui assument de fait la fonction d'un gérant, soit en prenant des décisions réservées à un gérant, soit en assumant la direction effective de l'entreprise et en exerçant ainsi une influence déterminante sur la formation de la volonté de la société (organes matériels ou de fait) (ATF 126 V 237). a) En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse, pour la somme de 171'736 fr. 35 correspondant au solde des cotisations dues par la société de janvier 2003 à décembre 2006, y compris les frais, taxes, amendes et intérêts moratoires. A cet égard, le recourant lors de son audition du 6 décembre 2010, a indiqué qu'il contestait le montant du dommage car la caisse avait calculé des cotisations sociales en tenant compte d'employés qui n'étaient plus dans la société et qu'à la fin, celle-ci ne comprenait plus qu'un apprenti, un employé et lui-même. Il est à constater que cette critique, émise de façon générale, ne se rapporte pas à une décision de cotisation en particulier. Or, à cet égard et comme l'a relevé l'intimée, les décisions de cotisation de 2003 à 2005 ont été rendues sur la base de l'attestation annuelle des salaires remises à la caisse par la société elle-même les 29 juillet 2004 (attestation 2003), 18 février 2005 (attestation 2004) et 2 mai 2006 (attestation 2005). Quant à l'année 2006, l'intimée a expliqué qu'elle avait obtenu directement auprès de certains employés (O_____, P_____ et Q_____) le montant des salaires versés par la société et établi sur cette base un volume global des salaires 2006 de 109'827 fr. Or, le recourant n'a pas formellement contesté le montant précité, ni, en particulier, les fiches de salaire fournies par les trois employés concernés, de sorte que les cotisations 2006 calculées sur un volume global de salaire de 109'827 fr. ne peuvent qu'être confirmées. Quant aux mois ayant précédé le prononcé de la faillite de la société, soit janvier-mars 2007, l'intimé a renoncé à réclamer au recourant un éventuel dommage, de sorte qu'il n'est pas pertinent d'établir quels salaires ont effectivement été versés durant cette période. Au vu de ce qui précède, le montant du dommage de 171'736 fr. 35 ne peut qu'être confirmé. Il résulte de l'extrait du Registre du commerce que le recourant était inscrit en qualité d'associé-gérant, avec signature individuelle, dès la constitution de la société et pendant toute la période litigieuse. Il avait ainsi, aux yeux des tiers, incontestablement la qualité d'organe formel de la société faillie. Reste à examiner si le recourant peut être tenu pour responsable du dommage subi par l'intimée. 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, il faut que les conditions de l'art. 52 al. 1 er LAVS soient réalisées, ce qui suppose que l'organe ait violé intentionnellement ou par une négligence grave les devoirs qui lui incombent et qu'il existe un lien de causalité adéquate entre le

manquement qui lui est imputable et le préjudice subi. 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. ATFA du 30 novembre 2004, H 96/03, consid. 7.3.1, publié in SJ 2005 I p. 272). La négligence grave mentionnée à l'art. 52 al. 1^{er} LAVS est admise très largement par la jurisprudence. Se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui ne respecte par 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 (ATFA du 5 mars 1996 publié in SVR 1996 n. 98 p. 299, consid. 2c). Par exemple, les administrateurs d'une société qui se trouvent 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'il ne puissent guère espérer, au regard de la situation, que la société puisse s'acquitter des cotisations en souffrance dans un délai raisonnable (cf. ATF 108 V 183 consid. 2), commettent une négligence grave au sens de l'art. 52 al. 1^{er} LAVS (ATFA précité du 5 mars 1996, consid. 3 ; cf. ATF 108 V 189 consid. 4). A cet égard, il pourrait 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. Ce qui est déterminant, ce n'est pas de savoir si l'employeur croyait alors réellement que l'entreprise pouvait être sauvée et que les cotisations seraient payées dans un proche avenir mais si une telle attitude était alors défendable, objectivement, aux yeux d'un tiers responsable (ATF 121 V 243 ; ATF du 11 septembre 2007 H 220/2006). Or, lorsque l'associé-gérant d'une Sàrl fait délibérément passer avant le paiement des cotisations d'autres dépenses qu'il jugeait - à tort ou à raison - indispensable à la survie de l'entreprise cela suffit pour que l'on admette l'existence d'un comportement intentionnel ou à tout le moins d'une négligence grave (ATF du 25 février 2005 H 161/2004). Le fait que l'intéressé subisse des pertes personnelles dans la faillite de la société ne saurait exclure l'existence d'une négligence grave (ATF du 10 décembre 2007 H 19/07). 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), de sorte que celui-ci répond solidairement de tout le dommage subi par l'assurance en cas de faillite de la société (ATF 132 III 523 et les références). Ainsi, 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). En l'espèce, en sa qualité d'organe formel de la société, avec signature individuelle, il incombait au recourant, qui était l'unique associé gérant depuis 2001, de s'assurer personnellement que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés fussent effectivement payées à la caisse de compensation, conformément

aux prescriptions légales (art. 14 al. 1 LAVS en corrélation avec les art. 34 ss RAVS). Le recourant conteste sa responsabilité en arguant, d'une part, qu'il n'a jamais détourné de l'argent, ni touché de salaire pour sa propre activité, ni encore versé un quelconque montant à un membre de sa famille et, d'autre part, que l'intimée n'a pas produit sa créance dans sa faillite personnelle. S'agissant du premier grief, comme l'a indiqué la représentante de la caisse lors de l'audience de comparution personnelle des parties, il n'a jamais été reproché au recourant un détournement de fond à son profit personnel. Cependant, une violation par négligence grave des prescriptions en matière de cotisation doit néanmoins être retenue à son égard, au vu de la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral. Le recourant a admis qu'à partir de l'année 2003, la société avait manqué de liquidités pour payer les cotisations sociales, en particulier en raison de la signature d'un contrat de franchise qui impliquait des conditions économiques difficiles. Il a relevé qu'il était alors primordial de payer en priorité les salaires et les loyers. Il apparaît au demeurant que dès le 22 octobre 2003 déjà, l'intimée a dû sommer la société de verser les acomptes de cotisations depuis juillet 2003 et qu'à fin 2004, le solde des cotisations 2003 de 56'897 fr. 95 a fait l'objet d'un plan de paiement, lequel n'a été que partiellement respecté (acomptes versés du 1^{er} décembre 2004 au 27 mars 2006 pour un montant de 38'930 fr. 95). Par ailleurs, les acomptes de cotisations 2004 ont fait l'objet de poursuite; le 12 mai 2005 le solde dû pour 2004 était encore de 65'567 fr. 20 et le 10 octobre 2005 un commandement de payer la somme de 65'717 fr. 20 a dû être notifié à la société. Le premier acompte pour l'année 2004 a d'ailleurs été versé seulement le 30 septembre 2004 (suivi de deux autres en octobre 2004 et en décembre 2004). Les acomptes versés par la société en 2005 (du 20 janvier 2005 au 18 janvier 2006) ont été insuffisants pour couvrir le solde des cotisations 2005 et un commandement de payer la somme de 68'406 fr. 60 a été dû être notifié à la société le 27 novembre 2006. Enfin, les acomptes 2006 n'ont plus été honorés par la société. Il apparaît ainsi que la société a versé des acomptes jusqu'en mars 2006 relativement aux cotisations dues pour les années 2003 à 2005 mais que ceux-ci étaient très insuffisants pour couvrir les montants effectivement dus et qu'en particulier le plan de paiement pour l'année 2003 n'a été que partiellement respecté. Le recourant aurait ainsi dû prendre des mesures dès lors qu'en raison du manque de liquidités de la société, il est apparu dès l'année 2004 en tous les cas que celle-ci n'arrivait plus à faire face aux dettes de cotisations sociales. En particulier, même si le plan de paiement a été dès le départ respecté pour les cotisations 2003, la société n'a plus été en mesure de verser les acomptes dus pour 2004 et n'a effectué que des versements très insuffisants pour 2005. Ainsi, les créances de l'intimée ont régulièrement augmenté depuis 2003. Enfin, rien n'indique et le recourant ne le fait pas valoir qu'il aurait existé des raisons objectives et sérieuses permettant de penser que la société pourrait s'acquitter dans un délai raisonnable des cotisations en souffrance, de telle sorte que le retard du paiement des cotisations ne tomberait pas sous le coup de la négligence grave. Ainsi, le fait d'avoir préféré régler d'autres dettes de la société avant celle des cotisations sociales ne saurait exclure la responsabilité du recourant, à qui il incombait de veiller au paiement régulier de ces dernières auprès de la caisse. Au contraire, la jurisprudence du Tribunal fédéral est à cet égard très sévère et considère que la négligence grave est réalisée lorsque l'associé-gérant d'une Sàrl règle en priorité d'autres dettes de la société (cf. ATF du 25 février 2005 précité). Le recourant invoque, dans un second grief, le fait que l'intimée aurait dû produire sa créance dans sa faillite personnelle. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, la masse en faillite ne peut comprendre que les créances déjà existantes au jour de son ouverture (ATF 123 V 12) de sorte que si la créance de la caisse est née postérieurement à l'ouverture de la

faillite du recourant, la caisse est en droit de notifier à celui-ci directement la décision de réparation du dommage, sans avoir besoin de produire dans la faillite du recourant. Si en revanche, la créance en réparation du dommage existait déjà au jour de l'ouverture de la faillite du recourant, la caisse doit la produire dans le cadre de cette faillite et notifier sa décision à l'administration de la faillite, seule compétente pour la recevoir et pour agir. En l'espèce, le dommage subi par la caisse est survenu au jour de l'ouverture de la faillite de la société, soit au jour du jugement prononçant la faillite du 27 mars 2007 (art. 175 LP). En outre, il a été établi ci-dessus (consid. 4d) que la caisse a eu connaissance du dommage le 13 août 2008. Quant à la faillite du recourant elle a été prononcée par jugement du 19 février 2008, puis un délai a été fixé par l'Office des faillites au 31 octobre 2008 pour les productions et elle a été clôturée le 22 mars 2010. Ainsi, le dommage de la caisse est-il survenu antérieurement à l'ouverture de la faillite du recourant. De surcroît, la caisse a eu connaissance de l'entier de son dommage au 13 août 2008, soit antérieurement au délai fixé au 31 octobre 2008 pour produire dans la faillite du recourant, de sorte que la caisse aurait pu produire sa créance dans ladite faillite. En revanche, au moment de la notification de la décision en réparation du dommage, le 7 juillet 2010, le recourant avait retrouvé la libre disposition de ses biens dès lors que la clôture de sa faillite personnelle avait été prononcée le 22 mars 2010, de sorte que la décision lui a été notifiée valablement (ATF du 3 mai 2001 H 433/2000). Dès lors que la créance de la caisse n'a pas été produite dans la faillite du recourant, celui-ci pourra, s'il y a lieu, invoquer l'art. 267 LP lorsque l'intimée en revendiquera le paiement, lequel prévoit que "les créances dont les titulaires n'ont pas participé à la faillite sont soumises aux mêmes restrictions que celles pour lesquelles un acte de défaut de biens a été délivré". Une nouvelle poursuite sur la base de telles créances ne peut être requise que si le débiteur revient à meilleure fortune (ATF 135 III 321). Au vu de ce qui précède, il convient d'admettre que l'attitude du recourant constitue une négligence grave entraînant l'obligation de réparer le dommage au sens de l'art. 52 LAVS. Mal fondé, le recours ne peut qu'être 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 Nancy BISIN La présidente Valérie MONTANI 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.