

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/759/2009

ATAS/1395/2009

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 1**

**du 17 novembre 2009**

En la cause

Monsieur B \_\_\_\_\_, domicilié à CHENE-BOUGERIES

Recourant

contre

LA CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,  
sise route de Chêne 54, GENEVE

Intimée

et

Monsieur C \_\_\_\_\_, domicilié au PETIT-LANCY

Appelé en  
cause

**Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et Norbert HECK,  
Juges assesseurs**

---



### EN FAIT

1. X\_\_\_\_\_ SA, société active dans le domaine de l'informatique, a été affiliée dès 1996 en qualité d'employeur auprès de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION (ci-après : la caisse). C\_\_\_\_\_ (ci-après : l'administrateur) est inscrit au Registre du commerce depuis l'origine de la société en qualité d'administrateur unique, avec signature individuelle et la FIDUCIAIRE B\_\_\_\_\_ (ci-après : la fiduciaire) comme organe de révision. B\_\_\_\_\_ (ci-après : le recourant) est l'un des fondateurs et actionnaires de la société.
2. Dès 2001, la caisse a rencontré des difficultés dans le recouvrement des cotisations sociales et a adressé plusieurs rappels et sommations à la société.
3. Par pli du 4 octobre 2005, la fiduciaire a prié la caisse de bien vouloir réexaminer le montant des cotisations pour les années 2004 et 2005 dans la mesure où les salaires versés ces années-là étaient bien inférieurs à ceux mentionnés dans les décomptes remis. La fiduciaire relevait que la quasi-totalité du personnel concerné était représentée par l'administrateur, le directeur ainsi que le recourant, qualifié de « l'un des principaux actionnaires de la société ».
4. Par courrier du 24 novembre 2006 adressé à la caisse, le recourant s'est excusé de n'avoir pu fournir plus tôt les documents réclamés suite au réexamen, soulignant :  

« Je n'avais pas réalisé dans quel état moral se trouvait mon associé et sa femme et j'ai eu beaucoup de peine à obtenir les papiers dont j'avais besoin pour faire leur déclaration d'impôts 2005. A cause des gros problèmes financiers qu'ils subissent depuis plusieurs années, ils n'ont pas fait les choses nécessaires envers l'Administration fiscale (...). Je viens d'envoyer ce jour les documents nécessaires à l'administration fiscale pour qu'ils corrigent leurs taxations 2004 et 2005 et j'espère avoir de leurs nouvelles rapidement (...). Pour ma part, je vous joins mes 2 déclarations d'impôts 2004 et 2005. Aucun certificat de salaire (de la société) n'avait été établi sur conseil de mon père (qui tient une fiduciaire) et qui m'avait alors expliqué que si je n'avais pas touché mes salaires, je ne devais pas fournir de certificat. Si seulement, j'avais su cela avant... ».
5. La procédure de faillite de la société, suspendue faute d'actifs le 19 avril 2006, a été clôturée par jugement du 5 décembre 2006.
6. Par décision du 10 mars 2008 notifiée au recourant, la caisse a réclamé le paiement d'un montant de 78'887 francs 35 représentant le dommage subi en raison du non-paiement des cotisations AVS/AI/APG/AC dues par la société pour les années de 2001 à 2004, frais et intérêts moratoires compris. Le décompte annexé faisait état de retards dans le paiement des cotisations sociales depuis 2001 en dépit d'une augmentation de la masse salariale.

7. Dans son opposition du 7 avril 2008, le recourant a contesté toute responsabilité au motif qu'il n'avait pas son mot à dire dans la société et ne faisait qu'appliquer les décisions prises par l'administrateur. Il joignait un courrier dans lequel celui-ci attestait avoir été seul à décider, en sa qualité d'administrateur unique, du report des paiements des cotisations AVS et allocations familiale, relevant par ailleurs que l'activité du recourant s'était limitée à la tenue de la comptabilité et à l'établissement des fiches de salaire, à côté de son travail d'analyste programmeur.
8. La caisse a confirmé sa position par décision du 4 février 2009. Selon elle, le recourant présentait toutes les qualités d'un organe de fait car il était l'actionnaire principal de la société et avait été en charge de toute la partie administrative de celle-ci, y compris des salaires, depuis le milieu de l'année 2002. Il s'était du reste défini dans son courrier du 24 novembre 2006 comme « l'associé » de l'administrateur et avait été le principal interlocuteur de la caisse eu égard au non-paiement des cotisations sociales. Les attestations de salaire produites pour les années litigieuses faisaient état en sa faveur d'une rémunération annuelle équivalente à celle perçue par l'administrateur. L'attestation de l'administrateur visait à minimiser son rôle et était en contradiction avec ses déclarations.
9. En date du 4 mars 2009, le recourant a interjeté recours, concluant à l'annulation de la décision de la caisse. Il a contesté avoir eu le rôle d'un organe de fait, n'ayant jamais été administrateur de la société. Lors de sa prise de contact avec la caisse en 2006, il avait agi en qualité de représentant de l'administrateur. Il invoquait par ailleurs la prescription de la prétention au regard du délai prévu à l'article 82 al. 1 RAVS.
10. Dans sa réponse du 9 mars 2009, la caisse a conclu au rejet du recours, relevant que les inscriptions au registre du commerce n'étaient pas à elles seules déterminantes, que le recourant avait le salaire d'un dirigeant et qu'il s'était lui-même reconnu comme « l'associé » de l'administrateur. La prescription invoquée ne se fondait plus sur l'article 82 RAVS, lequel avait été abrogé, mais sur l'article 52 al. 3 LAVS qui ouvrait le droit de demander réparation dans les deux ans suivant la connaissance du dommage, lequel en l'occurrence était survenu le 19 avril 2006, lorsque la faillite de la société avait été suspendue faute d'actifs.
11. Lors de l'audience de comparution personnelle du 26 mai 2009, le recourant a déclaré avoir créé la société avec l'administrateur et en être l'un des actionnaires non majoritaire, raison pour laquelle il avait utilisé dans son courrier du 7 avril 2008, le terme d'associé. Informaticiens de formations, tous deux s'occupaient de la création des logiciels, de l'installation chez les clients et du dépannage. La direction et la gestion de la société avaient été confiées à C \_\_\_\_\_ qui se consacrait à la facturation, à la comptabilité, à la mise en place des plans marketing, ainsi qu'à l'établissement des fiches de salaire et des attestations salariales communiquées à la caisse. Le recourant l'accompagnait à la banque pour effectuer les paiements car ils

avaient la signature collective à deux. Les décisions relatives à la gestion étaient prises par le directeur, vu son expérience, et les plus importantes par l'administrateur et sa famille, son père étant actionnaire lui aussi. Au départ du directeur, en mai 2002, suite à un désaccord, le recourant avait pris sa relève, l'administrateur n'aimant pas ce type d'activité. Il avait ainsi contacté tous les créanciers de la société, dont la caisse, en vue d'un arrangement de paiement. Cette même année, l'entreprise avait décroché un mandat auprès d'une jeune société financière qui lui avait laissé espérer des paiements réguliers et du travail au point qu'elle avait renoncé à prendre d'autres clients. Sur recommandation de ce nouveau partenaire qui désirait que la société se concentre sur son mandat, son salaire annuel et celui de l'administrateur avaient été augmentés en 2003 à fr. 132'000.-. Le remboursement d'un emprunt de fr. 120'000.- auprès d'un privé avait été réglé en priorité et un montant de fr. 2'720.- versé à la caisse. Cette société était tombée en faillite en 2004. Les attestations salariales devaient être corrigées pour 2004 et 2005 selon le décompte remis, car les salaires n'avaient pas été versés comme annoncés préalablement. La lettre de l'administrateur visant à minimiser son rôle avait été rédigée sur conseil de la caisse. Le recourant a déposé les bilans et comptes d'exploitation de la société pour 2004, ainsi qu'un état des actionnaires et des salaires.

La caisse a informé le Tribunal que la décision notifiée à l'administrateur n'avait fait l'objet d'aucune opposition et qu'aucun plan de paiement n'avait été mis en place, vu sa situation financière. La part pénale n'avait pas été complètement payée. Les corrections salariales avaient été effectuées sur les comptes individuels de cotisations.

12. Par courrier du 28 mai 2009, le recourant a transmis au Tribunal les bilans et comptes d'exploitation de la société pour les exercices 2001, 2002, 2003.
13. Par ordonnance du 2 juin 2009, le Tribunal a appelé en cause l'administrateur. Celui-ci ne s'étant pas déterminé dans le délai imparti, la cause a été gardée à juger.

### **EN DROIT**

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la Loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 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.

2. Le recours respectant la forme et les délais légaux (art. 38ss. et 60 LPGA) est recevable.
3. Le recourant invoque préalablement la prescription de la créance de l'intimée.

La LPGA est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'article 52 LAVS. 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 question du droit à la réparation est désormais réglée par l'art. 52 al. 3 LAVS, lequel prévoit un délai pour agir de deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, de cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus car il s'agit de délais de prescription et non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (FF 1994 V p. 964sv, 1999 p. 4422, cité in ATFA du 30 novembre 2004 en la cause H96/03).

Eu égard au principe de la subsidiarité de la responsabilité des organes de la personne morale, une caisse de compensation ne peut invoquer la réparation d'un dommage à l'encontre de ceux-ci que lorsque le débiteur des cotisations arriérées se trouve dans l'impossibilité, en raison de son insolvabilité, de verser les cotisations à sa charge. Dans le cas d'une faillite, cette insolvabilité est constatée au moment de la publication de l'état de collocation (RCC 1992 p. 502) ou, en cas de suspension de la liquidation de la faillite par défaut d'actifs, de la publication de cette suspension (VSI 2003/6 p. 435) : c'est à ce moment que prend naissance la créance en réparation du dommage et que, au plus tôt, la caisse subit un dommage et a connaissance de celui-ci.

En l'occurrence, la caisse a agi dans les délais puisqu'elle a notifié sa décision au recourant le 10 mars 2008, soit dans les deux ans suivant la connaissance du dommage, la suspension de la faillite de la société faute d'actif ayant été prononcée le 19 avril 2006 et publiée le 14 juin 2006.

4. La question litigieuse consiste à déterminer si le recourant, non inscrit comme administrateur de la société au registre du commerce, peut être tenu pour responsable du non paiement des cotisations sociales.
5. 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 la caisse de compensation est tenu à réparation. L'employeur a notamment pour obligation de déduire chaque mois sur le salaire la cotisation due par le travailleur et de la verser à la caisse de compensation avec sa propre cotisation (art. 14 al. LAVS et 34ss. RAVS). L'obligation de l'employeur est une tâche de droit public prescrite par la loi (ATF 108 V 189 consid. 2a p. 193 ; 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).

6. Lorsque l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire aux organes qui ont agi en son nom (ATF 132 III 523, consid. 4.5 et les arrêts cités). La jurisprudence reconnaît que dans le cas d'une société anonyme la notion d'organe responsable selon l'art. 52 LAVS est identique à celle qui ressort de l'art. 754 al. 1 CO. La responsabilité n'incombe pas seulement aux membres du conseil d'administration, une telle responsabilité pouvant ainsi être reconnue à des actionnaires gérant la société en lieu et place d'un administrateur unique nommé à titre fiduciaire (ATF 102 II 353), mais aussi aux organes de fait (ATF 126 V 237, consid. 4 p. 239s.), c'est-à-dire à toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation de la société, à savoir celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 124 III 418 c. 1b ; 122 III 225 c. 4b ; 117 II 432 c.2b ; 107 II 349c.). Dans cette dernière éventualité, il faut cependant que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, en d'autres termes qu'elle ait exercé effectivement une influence sur la marche des affaires de la société. La position d'organe de fait peut ainsi seulement être attribuée à une personne qui, sous sa propre responsabilité, prend des décisions relevant durablement de sa compétence, dépassant le cadre des affaires quotidiennes et exerçant une influence sur le résultat social ; des actes isolés ou une simple activité d'assistance dans une position subordonnée ne suffisent pas (ATF 128 III 29 consid. 3a ; JT 2003 I 18).
7. Le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf disposition contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références ; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).
8. En l'espèce, le recourant allègue n'avoir effectué que des tâches administratives d'exécutant, les décisions étant prises par l'administrateur. Le Tribunal constate toutefois qu'il a été fondateur de la société au même titre que l'administrateur, que tous deux en ont été les principaux actionnaires, avec un pourcentage de parts de respectivement 23,24 et 32,43%, ce qui permet de déduire, au degré de

vraisemblance requis par la jurisprudence, qu'ils en sont les véritables propriétaires. Le salaire du recourant, parmi les plus élevés de la société, s'est par ailleurs accru au fil des ans jusqu'à atteindre en 2003 un montant équivalant à celui de l'administrateur. Il est vrai que cette augmentation pourrait s'expliquer par l'accroissement de ses tâches depuis le départ du directeur. Toutefois, lors de l'audience de comparution personnelle des parties, il a justifié la rémunération plus faible perçue à ses débuts par le fait qu'il avait préféré privilégier le directeur et l'administrateur en raison de leurs charges de famille, laissant sous-entendre que si la situation avait été meilleure, son salaire aurait été identique, montrant ainsi par là que dans son esprit, il se plaçait dans la même position qu'un organe dirigeant. Le fait qu'il ait été titulaire avec le directeur de la signature collective sur le compte de la société et qu'il l'accompagne à la banque pour les paiements renforce l'idée d'une position dépassant celle d'un simple subordonné. Il n'est pas ailleurs pas plausible de croire que lorsqu'il a repris les tâches du directeur en 2002, le recourant ait été obligé de se référer à l'administrateur pour toute décision relative à son activité, vu le désintéret et le manque d'expérience de ce dernier. Il a ainsi reconnu avoir été le principal interlocuteur des créanciers de la société, dont la caisse, montrant ainsi qu'il était conscient de l'impact que pouvaient avoir lesdites créances sur l'avenir de la société. Il n'aurait de surcroît pas pu jouer ce rôle sans pouvoir décider, voire intervenir, sur les mesures à prendre pour respecter ses engagements. Le courrier adressé à l'intimée en novembre 2006 confirme l'implication du recourant dans la gestion de la société et le désintéret de l'administrateur. Il ne fait ainsi pas de doute que le recourant a exercé au sein de la société une activité propre à engager sa responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS. La qualité d'organe de fait doit dès lors lui être reconnue.

9. Le dommage consiste en la perte des cotisations AVS/AI/APG/AC pour les années 2002 à 2006 subie par la caisse suite à l'insolvabilité de la société pour un montant de 78'887 francs 35, frais et intérêts moratoires compris. La caisse a confirmé à l'audience avoir procédé aux rectifications nécessaires pour 2004 et 2005.
10. 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 qu'il ait violé intentionnellement ou par 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 (NUSSBAUMER, die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, PJA 1996 p. 1071ss, 1076ss).

De jurisprudence constante, le TFA 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 (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. Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaires des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985 p. 51 consid. 2a et p. 648 consid. 3b). 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). Le fait que l'employeur demande et obtienne des arrangements de payer ne change rien au caractère illicite du non-paiement des cotisations, mais doit être pris en compte dans l'examen de la faute, en particulier lorsque l'accord avec la Caisse modifie les termes ordinaires de paiement ; il peut y avoir, en effet, faute concomitante de la caisse qui peut justifier une réduction du dommage (voir not. VSI 1999 p. 23 et ATFA du 19.08.03 cause H 142/03). On peut également tenir compte de la durée pendant laquelle les cotisations sont restées impayées, car si la période concernée est courte voire très courte, l'organe peut être disculpé (cf. VSI 1996 p. 228). Cela est en lien avec le fait que la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS suppose un rapport de causalité adéquate entre la violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions et la survenance du dommage (MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, vol. II, p. 70 ad let. f; KNUS, Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV, thèse Zurich 1989, p. 58/59; FRÉSARD, La responsabilité de l'employeur pour le non-paiement de cotisations d'assurances sociales selon l'art. 52 LAVS, in Revue Suisse d'Assurances, 1987 p. 11). On rappellera encore qu'un organe doit veiller à ce que la société ne devienne pas insolvable (RCC 1985 p. 602) et réponde tant des cotisations sociales en cours que des cotisations échues (RCC 1992 p. 262). Par exemple, les administrateurs d'une société qui se trouve dans une situation financière désastreuse qui parent au plus pressé, en réglant les dettes les plus urgentes à l'exception des dettes de cotisations sociales, dont l'existence et l'importance leur sont connues, sans qu'ils ne puissent guère espérer, au regard de la situation, que la société puisse s'acquitter des cotisations en souffrances dans un délai raisonnable (cf. ATF 108 V 183 consid. 2), commettent une négligence grave au sens de l'art. 52 al. 1<sup>er</sup> LAVS (ATFA du 5 mars 1996 publié in SVR 1996 n. 98 p. 299, consid.3 ; cf ATF 108 V 189 consid. 4).

11. En l'espèce, il ne ressort ni du dossier, ni des allégations du recourant, que des mesures auraient été prises par ce dernier en vue de respecter ses engagements vis-à-vis de la caisse et d'empêcher le dommage. Ainsi, en dépit du retard, devenu substantiel au fil des ans, dans le paiement des cotisations sociales et des difficultés financières croissantes de la société, son salaire et celui de l'administrateur ont été augmentés de façon importante en 2003, en violation des règles les plus élémentaires de gestion. Que cette décision soit due à l'aveuglement généré par le partenaire de la société n'excuse en rien la négligence commise ; il appartenait en effet au recourant, en sa qualité d'organe, de décider des mesures à prendre au regard de la situation financière de l'entreprise. Il était de surcroît tout à fait imprudent de ne garder comme client que ce seul partenaire. C'est du reste la

faillite de ce dernier qui a précipité la débâcle de la société. Le fait par ailleurs de régler en priorité une dette à caractère privé de fr. 120'000.- au détriment de la dette à caractère public de la caisse, de plus de fr. 70'000.- à ce moment-là, en dépit des engagements pris constitue un acte d'une gravité particulière au sens de la jurisprudence. Il ne fait ainsi aucun doute que la négligence du recourant est en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi par la caisse.

12. Le recourant étant responsable au sens de l'art. 52 LAVS, le recours est rejeté.
13. On relèvera encore que le recourant étant solidairement responsable avec l'administrateur, la caisse peut rechercher tous les débiteurs, quelques-uns ou un seul d'entre eux, à son gré (ATF 119 V 87 consid. 5a, 112 V 262 consid. 2b).

**PAR CES MOTIFS,  
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES**

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare recevable le recours.

**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 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

La présidente

Nathalie LOCHER

Doris WANGELER

La secrétaire-juriste : Evelyne BOUCHAARA

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le