



---

## **La responsabilité de l'employeur en cas de non-paiement des cotisations AVS**

---

**Aux termes de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), les employeurs ont pour mission de retenir sur le salaire des travailleurs les cotisations dues par ces derniers et de les verser avec leurs propres cotisations à la caisse de compensation auprès de laquelle ils sont affiliés. S'ils manquent à leurs obligations, ils engagent leur responsabilité en vertu de l'art. 52 LAVS, une disposition-clé dont l'essentiel de la portée est défini par une abondante jurisprudence du Tribunal fédéral (TF), qui évolue sans cesse.**

La responsabilité de l'employeur est engagée lorsque les cotisations dues ne peuvent plus être recouvrées. La caisse de compensation est alors habilitée à intenter une action en réparation du dommage. A noter que la créance de la caisse ne tend plus au paiement de cotisations, mais au remplacement de cotisations qui ne peuvent plus être perçues. Cette procédure suppose que quatre conditions soient cumulativement remplies : la qualité d'employeur, l'existence d'un dommage, la violation de prescriptions et la faute de l'employeur, étant encore précisé que ces quatre conditions doivent se trouver dans un rapport de causalité adéquate tel que défini habituellement en droit suisse de la responsabilité civile.

### **Les conditions de la responsabilité**

#### **La qualité de l'employeur**

Un employeur au sens de l'art. 52 LAVS peut être soit une personne physique, soit une personne morale. Si l'employeur est une personne morale, ses organes – c'est-à-dire les membres de l'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation – répondent subsidiairement de ses agissements. Selon la jurisprudence, les personnes qui sont formellement ou légalement organes d'une personne morale entrent en principe toujours en considération en tant que responsables subsidiaires, au sens de l'art. 52 LAVS. Le TF a ainsi reconnu la responsabilité non seulement des membres du conseil d'administration, mais également de l'organe de révision d'une SA, celle des directeurs d'une SA disposant du droit de signature individuelle, du gérant d'une Sàrl ainsi que celle du président, du responsable des finances et du gérant d'une association sportive. Il faut en outre préciser que celui qui se déclare prêt à assumer ou à conserver un mandat d'administrateur d'une SA ou de membre de la direction d'une association, tout en sachant qu'il ne pourra pas le remplir consciencieusement, viole son obligation de diligence.

Sont considérées comme organes agissant au nom de l'employeur les personnes physiques qui représentent la personne morale à l'extérieur (organes formels) ainsi que les personnes qui prennent des décisions relevant des organes ou qui assument la gestion proprement dite, influençant de manière déterminante la formation de la volonté au sein de la société (organes de fait). A noter au passage qu'un organe de fait peut être une personne morale.

Il convient de préciser ici que le caractère subsidiaire de la responsabilité des organes au sens de l'art. 52 al. 2 LAVS signifie que la caisse doit d'abord s'en prendre à l'employeur avant d'agir contre les organes. Mais en cas d'insolvabilité du premier, les seconds peuvent alors être directement poursuivis, même si la personne

morale existe toujours. Lorsque plusieurs personnes ont causé ensemble un dommage, elles en répondent solidairement, mais la caisse a le choix : elle peut rechercher tous les débiteurs, plusieurs parmi eux, voire seulement l'un d'entre eux.

### **L'existence d'un dommage**

Un dommage est survenu dès que la caisse de compensation voit lui échapper un montant dû de par la loi. Appartiennent à ce montant les cotisations paritaires (cotisations patronales et d'employés) dues par l'employeur, les contributions aux frais d'administration, les intérêts moratoires, les taxes de sommation et les frais de poursuite.

Pour le TF, un dommage se produit lorsque l'employeur ne déclare pas à l'AVS tout ou partie des salaires qu'il verse à ses employés et que les cotisations correspondantes se trouvent ultérieurement frappées de péremption selon l'art. 16 al. 1 LAVS, ou lorsque des cotisations demeurent impayées en raison de l'insolvabilité de l'employeur. Dans la première éventualité, le dommage est réputé survenu au moment de l'avènement de la péremption. Dans la seconde, le moment déterminant est celui où les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire, eu égard à l'insolvabilité du débiteur. 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 être survenu le jour de la faillite (voir ATF 129 V 193).

### **La violation de prescriptions**

Pour qu'une caisse de compensation puisse tenter une action en réparation du dommage, il faut que ce dernier soit né de la violation de prescriptions, par quoi il faut entendre les dispositions légales et les normes réglementaires applicables. La violation d'une prescription peut consister en une action ou en une omission. Elle tient souvent au fait que l'employeur ne satisfait pas à son obligation de paiement des cotisations et de décompte. Mais elle peut aussi provenir du fait qu'il ne met pas à disposition les renseignements ou attestations nécessaires ou qu'il refuse de se soumettre à un contrôle de sa comptabilité.

### **La faute de l'employeur**

L'employeur doit avoir causé le dommage intentionnellement ou par négligence grave, la négligence légère ne suffisant donc pas.

Se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui manque de l'attention qu'une personne raisonnable aurait observée dans la même situation et dans les mêmes circonstances. Par exemple, dès l'instant qu'il peut se rendre compte qu'il lui faudra éventuellement payer des cotisations sur telle ou telle rétribution, l'employeur commet une négligence grave en s'abstenant de se renseigner auprès de la caisse de compensation. Mais il est évident que, s'il a retenu les cotisations du salarié sans les reverser à la caisse ou si l'existence d'une convention de salaire net est prouvée, on est à coup sûr en présence d'un acte commis par négligence grave ou intentionnellement.

A noter que si l'employeur est une SA, voire une Sàrl, il y a lieu en principe de soumettre l'obligation de diligence des organes et à des exigences très strictes. La faute doit cependant être jugée d'après les circonstances particulières du cas. On exigera ainsi une plus grande diligence du président du conseil d'administration en tant que seul organe exécutif d'une entreprise qu'on ne le fera du membre du conseil d'administration d'une grande société dont les possibilités de contrôle sont plus limitées. Mais dans tous les cas, l'administrateur qui ne demande aucun renseignement sur le paiement et les décomptes de cotisations, ne donne pas d'instructions ou n'ordonne pas de contrôles alors que les pertes de la société prennent des proportions menaçantes commet à coup sûr une négligence grave. Il en va de même de celui qui reste passif en dépit de la connaissance (éventuelle) du défaut de paiement de cotisations dues.

### **La procédure**

Si elle constate un dommage, la caisse de compensation part de l'idée que l'employeur a violé des prescriptions intentionnellement ou par négligence grave, motif pour lequel elle engage la procédure en

réparation du dommage. Elle doit toutefois examiner, avant l'introduction de la procédure, s'il n'existe pas des indices manifestes permettant de conclure que l'employeur n'a commis aucune faute ou que sa manière d'agir était conforme à la loi.

Aux termes de l'art. 52 al. 4 LAVS, c'est par voie de décision que la caisse de compensation fait valoir la réparation du dommage auprès de l'employeur, décision qui doit être rendue dans un délai de deux ans dès la connaissance du dommage, mais dans tous les cas cinq ans après la survenance de ce dernier (art. 52 al. 3 LAVS).

Ce délai est un délai de prescription : il peut donc être interrompu et l'employeur peut renoncer à l'invoquer. A noter que, faute de base juridique particulière, des intérêts moratoires ne peuvent être réclamés. L'employeur qui veut contester la décision en réparation du dommage doit faire opposition auprès de la caisse dans un délai de trente jours, ce en vertu de l'art. 52 al. 1 LPGA, applicable en l'espèce. La caisse prend ensuite une décision sur opposition, laquelle peut faire l'objet d'un recours dans les trente jours devant le tribunal cantonal des assurances (art. 60 al. 1 LPGA). Le recours doit être formé devant le tribunal des assurances du canton dans lequel l'employeur a son domicile ou son siège ou l'avait en dernier (art. 52 al. 5 LAVS) et non devant celui du canton de domicile de l'assuré, comme le prescrit de manière générale l'art. 58 LPGA. Le prononcé du tribunal cantonal peut quant à lui être déféré par les intéressés au Tribunal fédéral par la voie du recours en matière de droit public.

A noter enfin que la créance en réparation du dommage entrée en force de chose jugée peut être compensée avec une prestation AVS, AI ou APG, dans la mesure où il n'en résulte pas une atteinte au minimum vital de l'intéressé.

### **L'action pénale**

Il convient de préciser encore que l'action en réparation du dommage peut, cas échéant, être doublée d'une action sur le plan pénal, conformément à l'art. 87 LAVS, qui traite en particulier de la soustraction des cotisations et du détournement des cotisations du salarié.

Comme l'infraction consistant à soustraire des cotisations la personne tenue de cotiser « qui, par des indications fausses ou incomplètes, ou de toute autre manière, aura éludé, en tout ou en partie, l'obligation de payer des cotisations » (art. 87 al. 2 LAVS). Par ailleurs, commet un détournement de cotisations « celui qui, en sa qualité d'employeur, aura versé à un salarié des salaires dont il aura déduit les cotisations et qui, au lieu de payer les cotisations salariales dues à la caisse de compensation, les aura utilisées pour lui-même ou pour régler d'autres créances » (art. 87 al. 3 LAVS). Dans les deux cas, la peine pourra atteindre 180 jours-amende au plus.

A noter enfin qu'en cas de condamnation pénale l'employeur pourra être amené à verser des suppléments de cotisations. Aux termes de l'art. 14 bis LAVS en effet, « lorsque l'employeur emploie des salariés sans faire un décompte de leurs salaires avec la caisse de compensation, celle-ci le condamne à payer à payer un supplément de 50% des cotisations dues. En cas de récidive, la caisse de compensation augmente le supplément à 100% au plus des montants dus. Les suppléments ne peuvent être déduits du salaire de l'employé ».

### **L'art. 52 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'employeur est une personne morale, les membres de l'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à titre subsidiaire du dommage. Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles répondent solidairement de la totalité du dommage.

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. Si le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est applicable. La caisse de compensation fait valoir sa créance en réparation du dommage par voie de décision.

En dérogation à l'art. 58 al. 1 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), le tribunal des assurances du canton dans lequel l'employeur est domicilié est compétent pour traiter le recours.

La responsabilité au sens de l'art. 78 LPGA est exclue.

## **L'homme de paille**

Dans son arrêt 9C\_722/2015 du 31 mai 2016, le TF a précisément admis la responsabilité d'un administrateur qui prétendait n'avoir été qu'un « homme de paille ». Inscrit au Registre du commerce en tant qu'administrateur d'une SA, il était de plein droit organe de la société et devait assumer les tâches prescrites par la loi. Il lui incombait ainsi de veiller personnellement à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés fussent effectivement payées à la caisse de compensation, nonobstant le mode de réparation interne des tâches au sein de la société. Un administrateur d'une SA ne peut se libérer de cette responsabilité en se bornant à soutenir qu'il faisait confiance à un employé chargé de régler les cotisations sociales à la caisse de compensation. Selon le TF, une telle situation est inadmissible et la carence de cet administrateur tombe sous le coup de l'art. 52 LAVS. La jurisprudence s'est toujours montrée constante lorsqu'il s'est agi d'apprécier la responsabilité d'administrateurs qui alléguaient avoir été exclus de la gestion d'une société et qui s'étaient accommodés de ce fait sans autre forme de procès (voir aussi ATF 9C\_289/2009).

## **Les limites temporelles à la responsabilité de l'administrateur**

Selon la jurisprudence du TF, la responsabilité de l'administrateur ne dure en principe que jusqu'au moment de sa sortie effective du conseil d'administration, que ce soit par suite de démission ou de révocation, et non jusqu'au moment de la radiation de ses pouvoirs au Registre du commerce. Cela vaut en tout cas lorsque l'intéressé n'a plus aucune influence sur la marche des affaires et qu'il n'a plus reçu de rémunération. En principe donc, l'administrateur sortant ne répond, toutes autres conditions étant remplies, que du non-paiement des cotisations échues et exigibles au moment de sa sortie effective. Demeure réservée l'hypothèse où l'administrateur a provoqué – intentionnellement ou par négligence grave – l'insolvabilité de la société, insolvabilité qui excluait d'emblée le paiement de cotisations non encore échues au moment de sa démission ou de sa révocation (voir notamment ATF 126 V 61 et 9C\_713/2013).

## **Peut-on surseoir au paiement des cotisations pour sauver une entreprise ?**

Laisser en souffrance le paiement de cotisations sociales pour assurer la survie d'une société en difficultés constitue une faute, au sens de l'art. 52 LAVS, car il n'est pas admissible de faire supporter à l'assurance sociale le risque inhérent au financement d'une entreprise. En principe, l'employeur qui se trouve dans une situation financière difficile est tenu de verser des salaires qu'à hauteur des montants dont il peut assurer le paiement des cotisations sociales correspondantes. On peut toutefois envisager qu'un employeur cause un préjudice à la caisse de compensation, sans que cela entraîne pour autant une obligation de réparer celui-ci. 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 de sa dette dans un délai raisonnable de quelques mois mais non d'années. Ces motifs justificatifs ne sont notamment pas réalisés quand, vu l'ampleur des dettes, la suspension temporaire du paiement des cotisations ne peut raisonnablement et objectivement être considérée comme étant susceptible de contribuer de manière déterminante au sauvetage de l'entreprise (ATF 108 V 189 et 9C\_97/2013).

### **L'AFT 9C\_915/2008**

Dans un intéressant arrêt rendu le 13 février 2009, le TF a admis que les demandes de dommages-intérêts des caisses de compensation à l'encontre des employeurs, en application de l'art. 52 LAVS, pouvaient être réglées par transaction, rejetant par là un recours de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS). L'OFAS avait en l'occurrence fait valoir que, depuis l'entrée en vigueur de la LPGA, ces accords extrajudiciaires n'étaient plus admis. La II<sup>e</sup> Cour de droit social a réfuté l'interprétation de l'OFAS, faisant valoir en particulier qu'en cette matière les caisses de compensation avaient une certaine marge de manœuvre. De la même manière par exemple que la caisse est habilitée à n'agir que contre un seul ou quelques administrateurs d'une société et non contre l'ensemble des responsables, elle doit avoir la latitude de conclure des accords amiables avec l'un ou l'autre d'entre eux. Seule condition posée par le TF : la décision judiciaire selon laquelle la procédure est classée à la suite d'une transaction doit être sommairement motivée.