

GE_GERICHTE ATAS/1177/2009 vom 15. September 2009

GE Cour de justice, 2009-09-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1177_2009

FR: GE_GERICHTE ATAS/1177/2009 du 15 septembre 2009

IT: GE_GERICHTE ATAS/1177/2009 del 15 settembre 2009

Erwägungen

E. 14

Saisi d'un recours de droit public déposé par le recourant, le Tribunal fédéral a, dans un premier temps, rendu une ordonnance le 18 septembre 2007, admettant la requête d'effet suspensif, puis par arrêt du 25 février 2008, admis le recours, renvoyant la cause au Tribunal de céans afin que celui-ci statue à nouveau, lui

A/4673/2006 - 5/14 - reprochant d'avoir violé le droit d'être entendu du recourant en ne lui donnant pas la possibilité matérielle de réagir à la prise de position de la caisse du 31 janvier 2007.

E. 15

Le Tribunal de céans a repris l'instance le 7 mars 2008. Il a ordonné la comparution personnelle des parties le 6 mai 2008. Le recourant a déclaré : "J'ai créé le magazine Y_____ en 1994. Le bailleur de fond était Monsieur H_____. En 1998, après son décès il fallait rechercher un repreneur. C'est alors que Monsieur D_____ a accepté d'éditer le magazine en créant la X_____. C'est le service financier de la société X_____ qui était chargé de la marche financière du journal (paiement des salaires, etc). Mon rôle était celui d'un rédacteur en chef. Le magazine était mensuel. Je m'occupais ainsi des contacts avec les graphistes, l'imprimerie, etc. J'établissais les besoins financiers du journal et les communiquais au service financier. Je n'avais cependant aucune prise sur les paiements eux-mêmes, en ce sens que s'il n'y avait pas de liquidités suffisantes, le service financier ne suivait pas mes instructions. Je n'ai jamais signé un ordre de paiement. J'avais certes la signature individuelle sur le compte bancaire, je ne l'ai cependant jamais utilisée. C'est Monsieur D_____ qui était le bailleur de fond, je ne me serais d'ailleurs pas permis de "passer devant lui". Je suis en effet respectueux de la hiérarchie. Je signale du reste à cet égard que j'avais déposé une demande aux Prud'hommes afin d'obtenir trois mois de salaires qui ne m'avaient pas été payés. J'ai pu produire cette créance dans le cadre de la faillite ainsi que divers frais à hauteur de 16'000 fr. Ces productions ont été admises. S'agissant des priorités que j'accordais pour le paiement des diverses charges de la X_____, je reconnais que si l'imprimeur, par exemple, était payé, le magazine pouvait sortir. Je relève que X_____, soit Monsieur D_____, avait la volonté de s'acquitter des charges sociales puisque des arrangements de paiement avaient été mis sur pieds, malheureusement pas tenus. La situation financière s'est dégradée rapidement depuis 2000-2001. Il est vrai qu'il y avait de gros retards de paiement des charges sociales. Mais je ne sais pas pourquoi. Je n'avais pas de contacts avec X_____. Je rappelle que nous étions une petite équipe au magazine. Je suis parti précisément en raison des problèmes financiers : je n'étais pas payé depuis trois mois. Fin février 2002, je me suis renseigné auprès de l'Office des poursuites et ai pu constater qu'il n'y avait aucun commandement de payer à ce moment-là. Cela m'a rassuré, j'ai pensé que Monsieur D_____ avait trouvé

un plan financier. Lorsque Monsieur D _____ a bien voulu prendre le magazine, il m'a demandé d'entrer au conseil d'administration. Je n'ai alors pas mesuré toutes les conséquences

A/4673/2006 - 6/14 - que pouvait avoir mon inscription au Registre du commerce comme administrateur. Je précise qu'il n'y a jamais eu aucune séance du conseil d'administration. Je n'ai jamais eu d'actions dans la X _____. Je n'ai jamais demandé à consulter les comptes et je n'en ai jamais eu l'occasion. Il ne me les aurait pas donnés de toute façon. J'insiste sur le fait que ce magazine était "mon journal", ce qui explique ma démission peut-être tardive. Je voyais Monsieur D _____ quotidiennement, j'étais conscient de la situation financière difficile et je l'interrogeais à ce sujet, il me répondait que ça allait s'arranger. Je n'avais pas de raisons de croire que tel ne serait pas le cas. Il avait en effet un train de vie important et je pensais que le magazine constituait une toute petite charge par rapport à ce qu'il assumait. J'avais confiance en lui et je lui étais reconnaissant d'avoir pris en charge le magazine. (...) La dernière année a été très pénible. Monsieur D _____ continuait à m'assurer que des rentrées d'argent allaient arriver. Le journal dépendait entièrement des activités de Monsieur D _____, dont des placements boursiers. En décembre 2001 encore, il m'a proposé un voyage à l'Ile Maurice avec mon épouse, que j'ai refusé. J'ai alors commencé à avoir des doutes, ai annoncé que je voulais démissionner et ai été licencié en février 2002 avec effet à fin mai 2002. Les trois mois de salaires non payés portent sur le délai de congé. S'agissant des déclarations de Messieurs I _____ et J _____, tous deux comptables chez X _____, au pénal, je dirais que je n'ai vu Monsieur J _____ que deux fois. Je ne voyais ces Messieurs que lorsque je descendais du 4ème (locaux du magazine) au 1er (locaux de X _____), à la demande de Monsieur D _____. Nous discutons alors de foot. Il ne s'agissait nullement de séances de travail. Nous considérons que notre priorité à nous qui constituions l'équipe de Y _____ était de sortir le journal, et que la tâche de Monsieur D _____ était de trouver le financement nécessaire. Je ne me suis jamais occupé de solliciter de la FER CIAM des plans de paiement. Cette tâche incombait à Monsieur D _____. (...)" La représentante de la caisse a informé le Tribunal de céans que les décisions ou décisions sur opposition dirigées contre les autres anciens administrateurs de la X _____ étaient entrées en force et que des poursuites avaient été engagées contre eux. Aucun versement n'avait en l'état été effectué.

E. 16

Par ordonnance du 16 mai 2008, le Tribunal de céans a appelé en cause Messieurs D _____, E _____ et F _____.

E. 17

Monsieur F _____, représenté par Maître Robert ASSAEL, s'est déterminé le

E. 21

Ce courrier a été transmis aux parties.

EN DROIT 1. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch.1 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales 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) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. 2. La LPGA est

entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'art. 52 LAVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'art. 52 LAVS et les art. 81 et 82 RAVS ont été abrogés.

A/4673/2006 - 8/14 - 3. Par arrêt du 25 février 2008, le Tribunal fédéral (TF) a considéré que le recourant n'avait pas eu la possibilité matérielle de réagir à la prise de position de la caisse du 31 janvier 2007. Il a ainsi renvoyé la cause au Tribunal de céans, sans examen des autres griefs soulevés dans le recours autre que celui de la violation du droit d'être entendu, afin qu'il statue à nouveau. 4. Aux termes de 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. La caisse de compensation compétente fait valoir sa créance en réparation du dommage par décision. 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". 5. Le délai de deux ans court du moment où la caisse de compensation a connaissance du dommage et également de la personne tenue à le réparer (RCC 1991, p.132). La caisse a connaissance du dommage dès le moment où, avec toute l'attention que l'on peut attendre d'elle, elle doit constater qu'elle ne peut plus recouvrer les cotisations (VSI 1996, p. 167). Le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a posé le principe qu'une caisse de compensation a "connaissance du dommage" au sens de la disposition précitée, à partir du moment où elle doit reconnaître, en y prêtant l'attention qu'on est en droit d'attendre d'elle et en tenant compte de la pratique, que les circonstances ne lui permettent plus de recouvrer les cotisations, mais pourraient justifier une obligation de réparer le dommage (ATF 116 V 75, consid. 3b; 113 V 181, consid. 2; 112 V 8, consid. 4d, 158; 108 V 52, consid. 5; RCC 1983, p. 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a "rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer" (cf. FRITSCHÉ : "Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd. p. 112), d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

En l'espèce, la faillite a été clôturée par défaut d'actifs le 15 juin 2004. C'est à ce moment-là que la demanderesse a su qu'elle subirait un dommage. Force dès lors est de constater que par sa décision en réparation notifiée le 10 mars 2005, elle a agi dans le délai de deux ans dès la connaissance du dommage prévu à l'art. 52 al. 3 LAVS. Le délai de cinq ans après la survenance du dommage a également été respecté. 6. Le montant du dommage correspond à celui pour lequel la caisse de compensation subit une perte (RCC 1972, p. 687).

Appartiennent à ce montant les cotisations paritaires (cotisations patronales et d'employés ou ouvriers) dues par l'employeur,

A/4673/2006 - 9/14 - les contributions aux frais d'administration, les intérêts moratoires, les taxes de sommation et les frais de poursuite (Directives de l'OFAS sur la perception des cotisations N° 7015 et ss.). Le dommage est survenu dès que le montant dû de par la loi ne peut plus être recouvré pour des raisons juridiques ou de fait (RCC 1978, p. 259). Il en va ainsi lorsque la créance de cotisations est périmée par suite de prescription au sens de l'art. 16 al. 1 LAVS ou lorsque l'employeur est insolvable (prononcé de la faillite ou délivrance d'un acte de défauts de biens). Aussi le dommage subi par la caisse représente-t-il le montant des cotisations paritaires AVS-AI dû par la société et resté impayé pour un total de 111'335 fr., s'agissant du recourant, soit jusqu'à avril 2002. 7. L'art 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 et ss. 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 des décomptes est pour l'employeur une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) 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 (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 (RCC 1985 p. 646).

Le TFA a affirmé expressément que l'obligation légale de réparer le dommage ne doit être reconnue que dans les cas où le dommage est dû à une violation intentionnelle ou par négligence grave, par l'employeur, des prescriptions régissant l'AVS (RCC 1978, p. 259 ; RCC 1972, p. 687). La caisse de compensation qui constate qu'elle a subi un dommage par suite de la non-observation de prescriptions peut admettre que l'employeur a violé celles-ci intentionnellement ou du moins par négligence grave, dans la mesure où il n'existe pas d'indice faisant croire à la légitimité de son comportement ou à l'absence d'une faute (cf. ATFA du 28 juin 1982, RCC 1983, p. 101). 8. Lorsque l'employeur est une personne morale, ses organes répondent solidairement, à titre subsidiaire, du dommage causé par celui-ci, notamment quand la personne morale n'existe plus au moment où la responsabilité est engagée (cf. No 6003 des directives de l'OFAS sur la perception des cotisations - DP; ATFA 114 V 79, consid. 3; 113 V 256, consid. 3c; RCC 1988, page 136, consid. 3c; ATFA 111 V 173, RCC 1985, page 649, consid. 2).

A/4673/2006 - 10/14 -

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 (cf. no 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le TFA s'est toujours référé à l'art. 754, 1er al., en corrélation avec l'art. 759, 1er al. du 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'elle leur cause 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 du 21 avril 1988 en la cause A. ; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., p. 209 et ss). 9. En l'occurrence, le défendeur était administrateur de la société, titulaire de la signature individuelle du 4 avril 2000 au 27 février 2002, puis de la signature collective à deux jusqu'au 3 janvier 2003 selon l'inscription au registre du commerce, étant toutefois précisé qu'il avait en réalité démissionné le 16 mai 2002. Il a dès lors indiscutablement la qualité d'organe formel de la société anonyme. (cf. FORSTMOSER, op. cit. N° 654 et 655, p. 2089 ; GUHL, MERZ & KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht, 7ème éd., p. 691; ATF 86 II 271 et 93 II 22). Il n'est partant, pas nécessaire d'examiner s'il assumait un

rôle prépondérant à la formation de la volonté au sein de la société. 10. De jurisprudence constante, le TFA a reconnu qu'il y avait négligence grave lorsque l'employeur ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement, dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (cf. RCC 1972, p. 690). La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard doit donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité et de gestion, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé. Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, on peut, par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions (cf. RCC 1972, p. 690 ; RCC 1978, p. 261). Une différenciation semblable s'impose également, lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985, p. 51, consid. 2a et p. 648, consid. 3b). 11. En l'espèce, le recourant allègue n'avoir accepté le mandat d'administrateur qu'en raison de son lien de subordination avec Monsieur D _____, avoir immédiatement démissionné lorsqu'il a été licencié le 27 février 2002, et n'avoir utilisé la signature individuelle dont il était titulaire que pour viser les paiements A/4673/2006 - 11/14 - courants, sans avoir aucun pouvoir de décision quant à la gestion des comptes. Il ajoute qu'il n'avait même pas la possibilité de consulter ceux-ci. Or, l'administrateur qui ne demande aucun renseignement sur le paiement et les décomptes des cotisations, ne donne pas d'instructions, n'ordonne pas de contrôles, agit par négligence grave (RCC 1989, p. 116; RCC 1983, p. 102). Un administrateur peut certes déléguer à des tiers les fonctions de gestion. Cette délégation ne le décharge cependant pas de son obligation de surveillance au sens de l'art. 716a al. 1 CO (RCC 1989 p. 116). Constitue quoi qu'il en soit une faute grave le fait d'accepter et de conserver le mandat d'administrateur sans exercer les pouvoirs et les devoirs qui sont attachés à cette charge. Même le membre exclu ou tenu à l'écart de la gestion a l'obligation de surveiller les personnes qui gèrent la société jusqu'à ce qu'il soit relevé de ses fonctions (RCC 1989, p. 114; RCC 1986, p. 420).

13. Le Tribunal de céans rappelle que dans son arrêt du 24 avril 2007, il avait considéré, notamment au vu des déclarations des témoins entendus dans le cadre de la procédure pénale, que le recourant n'avait en réalité pas été tenu à l'écart de la gestion de la X _____ et répondait envers la caisse du dommage causé. Dans ses écritures du 11 mai 2009, le recourant souligne à cet égard que l'autorité administrative n'est pas liée par l'issue de la procédure pénale, que dès lors celle-ci peut s'écarter du jugement pénal Il est certes vrai que ni l'autorité administrative ni le Tribunal de céans ne sont liés par l'ordonnance de condamnation rendue par le Procureur Général le 20 décembre 2005 pour déterminer la responsabilité du recourant au sens de l'art. 52 LAVS. En revanche, il ne peut être nié que les déclarations des témoins dûment protocolées dans le cadre de la procédure pénale peuvent contribuer à apporter les éclaircissements utiles à l'établissement des faits et partant, être prises en considération. Or, il appert de ces déclarations que la gestion de la GMF était conjointement assurée par Monsieur D _____ et le recourant. Elles sont par ailleurs confirmées notamment par Monsieur F _____ dans le courrier que celui-ci a adressé au Tribunal de céans le 21 juillet 2008. Il convient en conséquence de considérer que le recourant participait activement à la gestion de la GMF. 14. Entendu lors de la comparution personnelle des parties le 6 mai 2008, le recourant a précisé pour quelles raisons il n'avait pas donné sa démission plus tôt. En substance, il portait une grande confiance en Monsieur D _____ qui l'assurait que des rentrées d'argent allaient arriver. Le TF a toutefois déjà eu l'occasion de juger, que même si la gestion est l'affaire d'une personne en qui l'administrateur a pleinement confiance, il lui appartient, en

A/4673/2006 - 12/14 - vertu de son obligation de diligence, d'exiger des renseignements plus particulièrement sur la question du versement des cotisations sociales. D'une façon générale, que l'administrateur ne soit pas en mesure d'exercer ses fonctions parce que la société est dirigée en fait par d'autres personnes, ou qu'il ait accepté son mandat à titre fiduciaire dans le seul but de permettre au conseil d'administration de satisfaire aux exigences de l'art. 708 al. 1 CO, n'est pas un motif de suppression ou d'atténuation de la faute commise (Jean-François EGLI, Aperçu de la jurisprudence récente du TF relative à la responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes, in publication Cedidac 8, 1987, p. 32, ATF non publié du 18 février 2000 en la cause R.B.). 13. Le recourant fait enfin valoir qu'au moment de son licenciement et de sa démission en mai 2002, la situation de la société était saine et qu'elle ne s'est détériorée que l'année suivante. Force est toutefois de constater qu'aux dires mêmes du recourant, la situation financière s'était dégradée rapidement depuis 2000-2001 déjà. C'est quoi qu'il en soit dès la création de X_____ que les cotisations étaient versées avec retard. Le Tribunal de céans relève au surplus que la décision du recourant de démissionner a semble-t-il été prise essentiellement parce qu'il n'était pas payé depuis trois mois et non point dans un souci de réduire le dommage causé à la caisse (cf. procès-verbal du 6 mai 2008).

Selon la jurisprudence, la responsabilité de l'administrateur ne dure, en règle ordinaire, que jusqu'au moment de sa sortie effective du conseil d'administration, et non jusqu'au moment de la radiation de ses pouvoirs au registre du commerce. Cela vaut en tout cas lorsque l'intéressé, postérieurement à sa démission, n'a plus aucune influence sur la marche des affaires et qu'il n'a plus de rémunération (ATF 112 V 4 consid. 3c, 111 II 484 sv., 109 V 93 consid. 13 ; voir aussi FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, p. 236, notes 758 ss; NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, PJA 9/96 p. 1081). C'est dire que l'administrateur sortant ne peut être appelé à réparer un dommage en vertu de l'art. 52 LAVS qu'en raison du non-paiement par la personne morale de cotisations échues et exigibles (art. 34 RAVS) au moment de sa sortie effective. Demeure réservée l'hypothèse où il a provoqué le dommage par des actes dont les effets ne se sont produits qu'après sa démission (NUSSBAUMER, ibidem ; ATFA non publié du 27 novembre 1997 en la cause G.C., G.R. du 29 août 1996).

A juste titre, la caisse n'a entendu réclamer au recourant que la réparation du dommage causé par le non-paiement des cotisations dues par la GMF jusqu'à avril 2002. 16. Il y a dès lors lieu de conclure, au vu de ce qui précède, que par passivité et ignorance des responsabilités incombant à un administrateur, le recourant s'est

A/4673/2006 - 13/14 - accommodé du non-paiement des cotisations, et a, dès lors, commis une grave négligence au sens de l'art. 52 LAVS. Aussi le recours, mal fondé, doit-il être rejeté.

A/4673/2006 - 14/14 -

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