

GE_GERICHTE ATAS/1321/2010 vom 21. Dezember 2010

GE Cour de justice, 2010-12-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1321_2010

FR: GE_GERICHTE ATAS/1321/2010 du 21 décembre 2010

IT: GE_GERICHTE ATAS/1321/2010 del 21 dicembre 2010

Erwägungen

E. 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).

A/3055/2010 - 8/13 - Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

Aux termes de l'art. 1er al. 1er LAVS, les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1) s'appliquent à l'AVS réglée dans la première partie, à moins que la LAVS ne déroge expressément à la LPGA.

E. 3

Déposé en temps utile et dans la forme légale, le recours est recevable.

E. 4

La question litigieuse est de savoir si les recourants sont responsables du dommage causé par le non-paiement des cotisations sociales dues de juillet 2005 à mars 2006, ainsi que le complément 2006, soit 18'928 fr. 65.

E. 5

a) L'art. 52 al. 3 LAVS prévoit que 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 et l'employeur peut renoncer à s'en prévaloir. Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (ATF 134 V 353 consid. 3.1). b) Par « moment de la connaissance du dommage » au sens de l'art. 52 al. 3 LAVS, il faut entendre, 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 (cf. ATF 128 V 15 consid. 2a, 126 V 443 consid. 3a, 121 III 388 consid. 3b, la jurisprudence rendue à propos de l'ancien art. 82 al. 1er du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants [RAVS ; RS 831.101] demeurant applicable ; ATF du 11 septembre 2007, H 220/06, consid. 3.3 et du 8 mai 2006, H 18/06, consid. 4.2). 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 ; ATF 129 V 193 consid. 2.3) : 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. c) En l'espèce, le délai part du 13 février 2007, date de notification des actes de défaut de biens à la caisse, la société ayant été dissoute d'office le 2 septembre 2008. La décision en réparation du dommage, notifiée le 10 juillet 2008, est par conséquent intervenue dans le délai de deux ans prescrit par l'art. 52 al. 3 LAVS.

E. 6

a) Aux termes de l'art. 52 al. 1er 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. Il sied de rappeler que cet article est une disposition spéciale (RCC 1989, p. 117).

A/3055/2010 - 9/13 - La nouvelle teneur de l'art. 52 al. 1er LAVS en vigueur depuis le 1er 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 sv. consid. 3.5). Le TF a ainsi déjà affirmé que l'on ne pouvait inférer ni du message du Conseil fédéral concernant la 11ème 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. 1er 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 des assurances 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) 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 (No 6003 des directives de l'Office fédéral des assurances sociales sur la perception des cotisations, ci-après : DP; ATF 114 V 79, consid. 3; 113 V 256, consid. 3c; RCC 1988, p. 136, consid. 3c; ATF 111 V 173, RCC 1985, p. 649, consid. 2.). d) Selon la jurisprudence constante, ont la qualité d'organe, au sens de l'art. 52 LAVS, toutes les personnes physiques qui agissent de manière déterminante pour elle et qui influent de manière déterminante sur la formation de sa volonté. L'organe dirigeant ne peut se dégager de sa responsabilité en déléguant tout ou partie de ses compétences à un tiers ; la diligence requise lui impose de le choisir correctement, de lui donner des instructions et de le surveiller (ATF 114 V 219, RCC 1989 p. 116 ; VSI 2002 p. 52, consid. 3c). 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. 1er CO, en corrélation avec l'art. 759 al 1er CO.

A/3055/2010 - 10/13 - Conformément à ces dispositions, 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. La notion d'organe au sens de l'art. 52 LAVS comprend non seulement les organes formellement nommés, qu'ils aient fait usage ou non de cette compétence, mais également les organes dirigeants matériels, soit les personnes qui prennent les décisions réservées aux organes formels ou qui se sont chargées de la gestion proprement dite, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 132 III 523 consid. 4.5, 128 III 29 consid. 3aATF 107 II 353, consid. 5a; 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). Si la personne morale compte plusieurs organes, ils répondent solidairement du dommage qu'ils ont causé (ATF 119 V 78 ; ATF 108 V 189 = RCC 1983 p. 102). f) Celui qui appartient au conseil d'administration d'une société et qui ne veille pas au versement des cotisations courantes et à l'acquittement des cotisations arriérées est réputé manquer à ses devoirs (cf. arrêt du TFA H 96/03 du 30 novembre 2004, in SJ 2005 I p. 272, consid. 7.3.1). La négligence grave mentionnée à l'art. 52 LAVS est admise très largement par la jurisprudence. Selon la pratique, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui ne respecte pas la diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie. 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. Par exemple, les administrateurs d'une société qui se trouve dans une situation financière désastreuse, qui parant 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 gravité de la situation, que la société puisse s'acquitter des cotisations en souffrance dans un délai raisonnable (cf. ATF 108 V 183 consid. 2 p. 188 s.), commettent une négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS (arrêt du 5 mars 1996 in SVR 1996 AHV no 98 p. 299, consid. 3; cf. ATF 108 V 189 consid. 4). Un administrateur ne peut se libérer de sa responsabilité en se bornant à soutenir qu'il n'a jamais participé à la gestion de l'entreprise, qu'il n'a participé à la fondation de cette dernière qu'à titre fiduciaire et qu'il n'a jamais perçu de rémunération, prétendant ainsi n'avoir joué qu'un rôle subalterne, car cela constitue déjà en soi un cas de négligence grave (cf. notamment RCC 1992 p. 268-269 consid. 7b, 1989 p. 115-116 consid. 4; ATFA du 21 mai 2003, H 13/03). ■■■■■■■■■■■■ ■107 II 353 ■■■■■■■■■■■■ ■ATF 108 V 183 ■■■■■■■■■■■■ ■ATF 108 V 189

A/3055/2010 - 11/13 - g) Un principe se résume par l'adage latin « ne bis in idem » : les mêmes parties ne peuvent pas remettre en cause devant quelque juridiction que ce soit un litige tranché par l'autorité compétente avec force de chose jugée. Il a pour but d'assurer la sécurité du droit en empêchant que la régularité d'un acte constatée sur recours ou action soit indéfiniment remise en question et, partant, que le même contrôle soit mis en œuvre

indéfiniment (MOOR, Droit administratif, volume II, Berne 2002, p. 324).

E. 7

En l'espèce, les recourants sont administrateurs inscrits au RC et donc organes formels de la société. Ils ont délégué par un contrat de fiducie toute la gestion de la société au président, contre une rémunération de 5'000 fr./an. Ils ne contestent pas leur qualité d'organe, mais estiment avoir fait diligence pour surveiller la gestion effective et n'être de ce fait pas responsables du dommage causé. L'argumentation ne résiste toutefois pas à l'examen. En premier lieu, si les cotisations ont certes été payées en totalité pour les années 2003 et 2004, c'est avec retard et après poursuites. En second lieu, les recourants ont dû fermement intervenir en septembre 2004 et en juin 2005 auprès du président pour qu'il mette à jour les cotisations impayées et affirment d'ailleurs que sans leur intervention, cela n'aurait pas été fait. Ainsi, le président ne révèle pas de lui-même le retard dans les paiements et les poursuites, il attend que les recourants l'apprennent lors de l'examen des comptes. En troisième lieu, les recourants constatent que leurs honoraires et ceux de la fiduciaire chargée de la révision sont impayés (ou payés avec deux ans de retard) en 2002 et 2003, et totalement impayés en 2004 et 2005. En quatrième lieu, ils ont connaissance des difficultés financières relatives non seulement à la trésorerie (vu l'affirmation en ce sens du président), mais encore à l'équilibre du bilan, compte tenu de la convention de postposition conclue. Pourtant, et malgré ces manquements, ils se contentent des explications du président lors de l'assemblée générale de septembre 2005, sans vérifier, pièces comptables à l'appui, que l'intégralité des cotisations sociales est payée. Il s'avère qu'elles l'ont été jusqu'à fin juin 2005. Les recourants n'ont ainsi procédé à aucune vérification sérieuse du paiement effectif des cotisations sociales après le seul contrôle concret auprès de l'Office des poursuites à fin 2003. Compte tenu de leur connaissance des retards de paiement des cotisations, de la situation financière, de l'attitude du président, qui n'annonce pas spontanément les retards et poursuites, les recourants ne pouvaient pas se contenter des affirmations du président et devaient procéder à des contrôles effectifs et réguliers du paiement des cotisations. La surveillance régulière de la gestion déléguée implique d'obtenir des renseignements précis, réguliers et documentés, sur la marche des affaires et le paiement des cotisations. Les recourants devaient ainsi réclamer mensuellement ou trimestriellement les pièces relatives au paiement des cotisations sociales. Ils pouvaient également interpellier la caisse, ainsi que l'Office des poursuites.

A/3055/2010 - 12/13 - Il s'avère en définitive qu'ils ont estimé que leur rôle se limitait à transmettre au président les remarques et demandes du réviseur et à vérifier une fois par année, à l'occasion de la transmission des comptes pour l'assemblée générale tenue relativement tard en automne, que les cotisations sociales de l'année précédente avaient bien été réglées. Ainsi, le Tribunal retiendra que si les recourants avaient exercé leur surveillance en procédant aux contrôles indiqués ci-dessus et qui étaient commandés par les circonstances, ils auraient constaté en automne 2005, au plus tard en décembre 2005, que les cotisations n'étaient plus payées du tout, corollairement que la situation financière de la société était grave, et auraient pu prendre les mesures qui s'imposaient, soit notamment le licenciement immédiat du personnel. Les recourants ont donc commis une négligence grave en ne surveillant et en ne contrôlant pas la gestion déléguée au président s'agissant du paiement des cotisations sociales. Ils sont donc, conjointement et solidairement avec le président, responsables du dommage causé, à hauteur du montant ressortant de la décision sur opposition. S'agissant des arguments des recourants tirés de la comparaison de leur

situation avec celle du directeur, également inscrit au RC, le Tribunal relève que leur situation n'est pas identique. Il est vrai que la décision de la caisse de libérer le directeur, également inscrit au RC, de sa responsabilité peut soulever des interrogations eu égard à son cahier des charges et au montant de son salaire du directeur. Cette question ayant été toutefois définitivement tranchée sur opposition, le Tribunal ne peut pas revenir dessus. Cela étant, si la responsabilité du directeur était engagée, celle des recourants le demeurerait également.

E. 8

Au vu des développements qui précèdent, le recours est rejeté. La procédure est gratuite.

A/3055/2010 - 13/13 -

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