

GE_GERICHTE ATAS/1338/2007 vom 27. November 2007

GE Cour de justice, 2007-11-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1338_2007

FR: GE_GERICHTE ATAS/1338/2007 du 27 novembre 2007

IT: GE_GERICHTE ATAS/1338/2007 del 27 novembre 2007

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), 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), 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.

E. 2

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.

E. 3

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.

E. 4

Le recours, interjeté en temps utile, est recevable (articles 56 et 60 LPGA).

E. 5

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".

E. 6

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

A/3311/2006 - 10/17 - 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. FRITSCHE : "Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd. p. 112), d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

En cas de faillite ou de concordat par abandon d'actifs, la caisse n'a pas nécessairement connaissance d'un ajournement seulement où elle peut consulter le tableau de distribution et le compte final établi par l'office des faillites ou le liquidateur, ou à la date à laquelle elle reçoit un acte de défaut de biens. En effet, celui qui subit une perte dans une faillite ou dans une procédure concordataire et veut intenter une action en dommage et intérêts en général, et selon la pratique des tribunaux, déjà suffisamment connaissance du dommage au moment où la collocation des créances lui est notifiée ou à celui où l'état de collocation et l'inventaire ont été déposés et peuvent être consultés. A ce moment-là le créancier est ou devrait être en général en mesure de connaître l'état des actifs, la collocation de sa créance et le dividende probable (ATF 116 II 161; 116 V 75; 113 V 182).

En l'espèce, la faillite a été prononcée le 23 février 2004 et le tableau de distribution a été modifié le 14 avril 2005. 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 22 avril 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.

E. 7

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, 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-APG-AC, et assurance- maternité, les contributions allocations familiales, resté impayé pour un total de 100 224 fr. 40.

A/3311/2006 - 11/17 -

E. 8

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).

E. 9

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).

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

A/3311/2006 - 12/17 - 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). En l'occurrence, les recourants étaient administrateurs de la société, titulaires de la signature individuelle et de la signature collective à deux, du 28 novembre 2000 à la faillite, et inscrits comme tels au registre du commerce. Ils ont 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'ils assumaient un rôle prépondérant à la formation de la volonté au sein de la société.

E. 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).

E. 11

Les recourants allèguent que leur responsabilité ne saurait être engagée, vu le court laps de temps durant lequel les cotisations n'ont pas été payées. Ils rappellent à cet égard que les factures concernant les cotisations restées impayées ont été établies par la caisse les 30 mai 2002 et 27 février 2003, que ce n'est en conséquence qu'à partir du 30 mai 2002, que leur comportement pourrait être examiné au regard de l'art. 52 LAVS, et ce, jusqu'au 12 décembre 2002 seulement, date à laquelle le TPI a accordé à la société le sursis concordataire provisoire. Selon la jurisprudence du TFA en effet, on peut tenir compte de la durée pendant laquelle les cotisations sont restées impayées, car si la période concernée est courte, l'organe peut être disculpé. Ce critère ne doit toutefois être pris en considération que comme un élément parmi d'autres dans l'appréciation globale de toutes les circonstances concrètes. Le TFA a ainsi jugé qu'une période de trois mois était suffisamment courte pour nier l'obligation de réparer le dommage (cf. VSI 1996 p. 228).

A/3311/2006 - 13/17 - L'employeur ne peut être tenu pour responsable de la différence entre la somme des acomptes versés et le montant exact des cotisations, à moins qu'il n'ait cherché par le versement d'acomptes nettement insuffisants à repousser au maximum l'échéance de sa dette en raison d'un manque de trésorerie, qu'il n'ait pas annoncé l'augmentation de la masse des salaires tout de suite après l'échéance de la période de décompte ou qu'il n'ait pas adapté les acomptes à la nouvelle masse salariale conformément à ce qui lui était communiqué. Doit par contre être considéré comme négligence grave le fait de ne pas acquitter le solde dû sans délai (VSI 1994, p. 104; VSI 1993, p. 172; RCC 1992, p. 259). Certes en l'espèce des compléments de cotisations pour l'année 2001 et pour l'année 2002 ont-il été notifiés à la société les 30 mai 2002 et 27 février 2003. Il convient toutefois de relever que Monsieur F. S. _____ avait annoncé en juillet 2001 une baisse de la masse salariale de 91'000 fr. à 65'000 fr., baisse dont la caisse a dûment tenu compte dès août 2001. Pour l'année 2002, la société n'avait informé la caisse d'aucun changement. Les recourants ne sauraient dès lors considérer que leur comportement au sens de l'art. 52 LAVS ne doit être examiné que depuis le 30 mai 2002. Il y a également lieu de rappeler à cet égard que la caisse a été contrainte d'agir par voie de poursuite contre la société dès mars 2001. La jurisprudence susmentionnée relative à la période courte durant laquelle les cotisations sont restées impayées ne peut, partant, être prise en considération pour le cas d'espèce.

E. 12

a) Les recourants considèrent qu'à compter du 12 décembre 2002, date à laquelle le TPI a accordé à la société le sursis concordataire provisoire, ils ne peuvent se voir reprocher aucune faute, le commissaire au sursis ayant pris le contrôle total de toutes les liquidités de la société. b) Selon l'art. 298 al. 1 LP, le débiteur peut poursuivre son activité sous la surveillance du commissaire. Le juge du concordat peut cependant prescrire que certains actes ne pourront être valablement accomplis qu'avec le concours du commissaire, ou autoriser le commissaire à poursuivre l'activité de l'entreprise à la place du débiteur. L'art. 298 al. 2 LP prévoit que sauf autorisation du juge du concordat, il est interdit, sous peine de nullité, d'aliéner ou de grever l'actif immobilisé, de constituer un gage, de se porter caution et de disposer à titre gratuit pendant la durée du sursis. A moins que le juge du concordat n'en dispose autrement, il découle ainsi de l'art. 298 LP que le débiteur conserve la libre disposition de ses biens. Celui-ci peut poursuivre l'exploitation de son entreprise et accomplir tous les actes juridiques qui entrent dans le cadre de la gestion quotidienne de celle-ci, à l'exception toutefois de ceux qui sont mentionnés à l'art. 298 al. 2 LP (Staehelin/Bauer/Staehelin (édit.), *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III*,

A/3311/2006 - 14/17 - Art. 221-352, Bâle 1998, n. 3 ad art. 298; Pierre-Robert Gilliéron, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, Lausanne 2003, n. 8 ss ad art. 298). Le versement des cotisations dues sur les salaires payés n'entre pas dans la catégorie des actes juridiques qui tombent sous le coup des actes prohibés par l'art. 298 al. 2 LP. c) En l'espèce, dans son premier jugement, soit celui du 12 décembre 2002, le TPI n'a prévu aucune limitation du pouvoir de gestion des administrateurs. Il précise au contraire la mission du commissaire au sursis qui devra examiner l'état de la fortune et des revenus de la société, ainsi que les perspectives de concordat et surveiller l'activité de la société pendant la durée du sursis. Il y a ainsi lieu de constater que les recourants étaient censés continuer d'assumer leur fonction d'administrateur durant le sursis concordataire provisoire.

d) Il est vrai pourtant que dès le 13 décembre 2002, le commissaire au sursis a informé les administrateurs que plus aucun engagement ne pouvait être souscrit sans son accord. Le fait que le commissaire au sursis était chargé de la surveillance de l'activité de la société au sens de l'art. 298 al. 1 LP et donnait des instructions à la direction de la société concernant la priorité des paiements à effectuer ne libérait cependant pas les recourants, en leur qualité d'organes de la société, de leurs devoirs de surveillance et de contrôle en matière de paiement des cotisations sociales (voir arrêt K. du 5 février 2003, H 183/01, consid. 3.3 et les arrêts cités). Si les administrateurs de la société étaient certes tenus de suivre les instructions et injonctions du commissaire au sursis, c'est à eux qu'incombait toutefois de poursuivre les activités de la société et de s'occuper du paiement des charges courantes. Selon la jurisprudence en effet, les montants dus à des institutions de prévoyance sociale à partir de la date du sursis sont des dettes de la masse qui ne sont pas touchées par le concordat et qui peuvent, de ce fait, être immédiatement payées (ATF 100 III 30; RDAT 1999 I n° 71 p. 278, arrêt M. du 17 janvier 2002, H 38/01, et arrêt non publié H. du 17 mars 1998, H 277/97; H 66/2005). e) Il est vrai également que depuis le 10 mars 2003, le juge du concordat a expressément restreint les pouvoirs de disposition des organes de la société par la signature conjointe entre ses administrateurs pris individuellement ou collectivement d'une part et le commissaire au sursis d'autre part. Il a confirmé cette restriction le 26 août 2003. Le TFA a confirmé que lorsque le juge du concordat n'a pas limité les pouvoirs des organes de la société ou lorsqu'il n'a pas prescrit que certains actes devaient être accomplis

avec le concours du commissaire au sursis, la gestion reste en mains de son ancienne direction, laquelle est dès lors responsable du paiement des cotisations AVS-AI notamment (ATF du 19 juillet 2006, cause H.66/2005), ce qui signifie en

A/3311/2006 - 15/17 - d'autres termes que la gestion de la société échappe aux administrateurs dès qu'ils ne peuvent plus agir seuls. En l'espèce, le juge du concordat n'a certes pas écarté les recourants de la gestion de la société. Il n'a pas limité leurs pouvoirs en leur enjoignant de ne pas s'occuper de tout ou partie des affaires de la société. Il a toutefois prévu que les actes devaient être signés conjointement avec le commissaire au sursis. Il appert par ailleurs des courriers adressés par ce dernier à différents créanciers de la société qu'il s'occupait concrètement de la gestion courante (Swisscom, loyers, ...). f) On ne saurait dès lors reprocher aux recourants de ne pas s'être préoccupés du versement des charges sociales, à compter du 10 mars 2003, date à laquelle leurs pouvoirs d'administrateur ont été restreints, en ce sens qu'ils n'avaient plus la libre disposition des biens de la société.

E. 13

Les recourants soulignent le fait qu'ils ont persisté à croire, malgré l'aggravation des difficultés rencontrées par la société courant 2002, que la situation s'améliorerait et que les actifs seraient quoi qu'il en soit suffisants pour que les créanciers privilégiés puissent être désintéressés. Le Tribunal de céans constate cependant que le déficit accumulé entre le 1er janvier et le 30 octobre 2002 s'élevait à 544'494 fr., à telle enseigne que la société était à cette date surendettée et insolvable. Les recourants ne pouvaient dès lors, dans ces circonstances, sérieusement penser qu'ils pourraient ultérieurement payer leur dette de cotisations. Il y a à cet égard lieu de rappeler que le juge du TPI a accordé un sursis, puis en a accepté la prolongation (RCC 1985 p. 604), uniquement au motif que la société était en pourparlers avec une société affiliée à un groupe de dimension internationale d'une surface financière importante intéressée à reprendre les grandes salles du centre ville, et compte tenu du préavis favorable émis par le commissaire au sursis dans son rapport du 13 février 2003. Il importe à cet égard de relever que les perspectives, selon ce rapport, étaient de ne couvrir entièrement que les créanciers de 1ere classe, les autres ne se voyant verser qu'un dividende de l'ordre de 10 à 20%. Dans ces conditions la Caisse aurait, quoi qu'il en soit, subi un dommage.

Selon la jurisprudence du TFA, l'administrateur ne saurait favoriser les autres créanciers. Il peut certes 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. Ce n'est cependant pas le cas en l'espèce, la société étant surendettée au moment de demander le concordat (RCC 1983, 102 ; RCC 1992, 261). On ne saurait parler ici de crise passagère de liquidités.

E. 14

Les recourants ne comprennent pas le reproche que leur adresse la caisse lorsqu'elle considère qu'il leur aurait appartenu de déposer le bilan conformément à l'art. 725 CO fin 2001 déjà. Force est pourtant de constater que fin 2001 déjà, la situation

A/3311/2006 - 16/17 - dans laquelle se trouvait plongée la société était déjà très préoccupante (cf PV de l'assemblée générale du 24 septembre 2002, lettre de Monsieur F_____ du

E. 18

mars 2002, notamment). Déposer le bilan leur aurait permis de ne pas aggraver autant le dommage subi par la caisse. 15. En l'espèce, C. et A. S. _____ allèguent n'avoir pas participé à la gestion de la société, ce qui a été confirmé par leur père.

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).

Force est ainsi de constater que par passivité et par ignorance des responsabilités incombant à un administrateur, Messieurs C. et A. S. _____ se sont accommodés du non-paiement des cotisations, et ont, partant, commis une grave négligence. 16. En conséquence, si la responsabilité des recourants est clairement engagée au sens de l'art. 52 LAVS jusqu'au 10 mars 2003, il n'en est pas de même à compter de cette date. Ils ne répondent ainsi du dommage subi par la Caisse, soit des cotisations échues, que jusque-là.

A/3311/2006 - 17/17 -

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