

GE_GERICHTE ATAS/1395/2009 vom 17. November 2009

GE Cour de justice, 2009-11-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1395_2009

FR: GE_GERICHTE ATAS/1395/2009 du 17 novembre 2009

IT: GE_GERICHTE ATAS/1395/2009 del 17 novembre 2009

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). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

A/759/2009 - 6/11 -

E. 2

Le recours respectant la forme et les délais légaux (art. 38ss. et 60 LPGA) est recevable.

E. 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 fautive ayant été prononcée le 19 avril 2006 et publiée le 14 juin 2006.

E. 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.

E. 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.

A/759/2009 - 7/11 - 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).

E. 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).

E. 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).

E. 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

A/759/2009 - 8/11 - 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.

E. 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.

E. 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

A/759/2009 - 9/11 - 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

202consid. 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 répond 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. 1er LAVS (ATFA du 5 mars 1996 publié in SVR 1996 n. 98 p. 299, consid.3 ; cf ATF 108 V 189 consid. 4).

E. 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

A/759/2009 - 10/11 - 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.

E. 12

Le recourant étant responsable au sens de l'art. 52 LAVS, le recours est rejeté.

E. 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).

A/759/2009 - 11/11 -

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