

# **GE\_GERICHTE ATAS/23/2012 vom 17. Januar 2012**

GE Cour de justice, 2012-01-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_23\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_23_2012)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/23/2012 du 17 janvier 2012

IT: GE\_GERICHTE ATAS/23/2012 del 17 gennaio 2012

## **Regeste**

Résumé: Les décisions sur opposition peuvent faire l'objet d'un recours dans les trente jours dès leur notification (56 al. 1 et 60 al. 1 LPGA). Le délai commence à courir en principe le lendemain de la communication (38 al. 1 LPGA). Une restitution de délai peut cependant être accordée de manière exceptionnelle, à condition que le requérant ait été empêché sans sa faute d'agir dans le délai fixé (41 al. 1 LPGA). Le délai dans lequel la demande de restitution motivée doit être présentée diffère selon qu'on applique le droit fédéral (30 jours) ou le droit cantonal (10 jours selon l'article 16 alinéa 1 LPA). Or, dès lors que ces normes sont devenues divergentes le 1er janvier 2007 et que le délai prévu par l'article 82 alinéa 2 LPGA pour que les cantons adaptent leur législation au droit fédéral est échu le 31 décembre 2007, seul le délai de 30 jours fixé à l'article 41 LPGA doit être respecté.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, 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; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS; RS 831.10). Dès le 1er janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le

A/3149/2010 - 11/18 - Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 26 septembre 2010). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, est applicable à la présente procédure.

### **E. 3**

Il y a préalablement lieu d'examiner la recevabilité du recours interjeté par l'administrateur le 17 septembre 2010 contre la décision de la Caisse du 29 juillet 2010. a) Conformément aux art. 56 al. 1 et 60 al. 1 LPGA, les décisions sur opposition peuvent faire l'objet d'un recours dans les trente jours dès la notification de la décision attaquée. Au surplus, les art. 38 à 41 LPGA sont applicables par analogie (art. 60 al. 2 LPGA). L'art. 38 al. 1 LPGA prévoit que le délai commence à courir en principe le lendemain de la communication. A teneur de l'art. 38 al. 4 let. b LPGA, les délais en jour ou en mois fixés par la loi ou par l'autorité ne courent pas du 15 juillet au 15 août inclus, et du 18 décembre au 2 janvier inclus. Selon la doctrine et la jurisprudence, une décision ou une communication de

procédure est considérée comme étant notifiée non pas au moment où le justiciable en prend connaissance, mais le jour où elle est dûment communiquée. S'agissant d'un acte soumis à réception, la notification est réputée parfaite au moment où l'envoi entre dans la sphère de puissance de son destinataire. Point n'est besoin que celui-ci ait eu effectivement en mains le pli qui contenait la décision, il suffit que la communication soit entrée dans sa sphère de puissance de manière qu'il puisse en prendre connaissance (ATF 122 III 316 consid. 4; ATF K 140/04 du 1er février 2005, consid. 3.1; GRISEL, *Traité de droit administratif*, p. 876 et la jurisprudence citée; KNAPP, *Précis de droit administratif*, 4ème éd., n° 704 p. 153). Lorsque la notification intervient par pli recommandé, elle est réputée parfaite lorsque le justiciable ou toute personne qui le représente ou dont on peut légitimement penser qu'elle le représente a reçu le pli ou l'a retiré au guichet postal en cas d'absence lors du passage du facteur (ATF C 24/05 du 11 avril 2005, consid. 4.1). Lorsque le destinataire ne peut pas être atteint et qu'une invitation à retirer l'envoi est déposée dans sa boîte aux lettres ou dans sa case postale, la date du retrait de l'envoi est déterminante. Si l'envoi n'est pas retiré dans le délai de garde de sept jours, il est réputé avoir été communiqué le dernier jour de ce délai (ATF 127 I 31, consid. 2a). b) En l'espèce, la décision litigieuse du 29 juillet 2010 est réputée avoir été notifiée à l'administrateur au plus tard le 5 août 2010, soit à l'échéance du délai de garde de sept jours. Compte tenu de la suspension des délais prévue à l'art. 38 al. 4 let. b LPGA, le délai de recours n'a expiré que le 14 septembre 2010. Force est de constater que le recours interjeté le 17 septembre 2010 ne l'a pas été en

A/3149/2010 - 12/18 - temps utile. Une restitution de délai peut cependant être accordée de manière exceptionnelle, à condition que le requérant ou son mandataire ait été empêché sans sa faute d'agir dans le délai fixé (art. 41 al. 1 LPGA et 16 al. 1 de la loi cantonale du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative [LPA; RSG E 5 10]), et pour autant qu'une demande de restitution motivée indiquant la nature de l'empêchement soit présentée dans les dix jours selon la loi cantonale, ou dans les 30 jours selon la loi fédérale, à compter de celui où il a cessé. Le droit cantonal prévoit pour sa part qu'une restitution de délai ne peut intervenir que dans les cas de force majeure. Lorsqu'un justiciable doit s'attendre à recevoir une décision, il lui incombe de prendre toutes dispositions utiles, en cas d'absence, pour sauvegarder ses droits. En effet, celui qui, pendant une procédure, s'absente un certain temps du lieu dont il a communiqué l'adresse aux autorités, en omettant de prendre les dispositions nécessaires pour que les envois postaux parvenant à cette adresse lui soient transmis, ou de renseigner l'autorité sur l'endroit où il peut être atteint, ou encore de désigner un représentant habilité à agir en son nom, ne peut se prévaloir de son absence lors de la tentative de notification d'une communication officielle à son adresse habituelle, s'il devait s'attendre avec quelque vraisemblance à recevoir une telle communication (ATF 117 V 131, consid. 4). L'ordre donné au bureau de poste de conserver les envois ne constitue pas une mesure appropriée au sens ci-dessus, car en pareil cas, la date du retrait effectif de l'envoi n'est pas déterminante (ATF 107 V 187, consid. 2). c) L'administrateur allègue n'avoir pu prendre connaissance de la décision sur opposition que le 27 août 2010, du fait qu'il avait été hospitalisé du 9 juillet au 27 août 2010. Il s'agit de déterminer s'il était exigible du recourant qu'il prenne toute mesure idoine pendant son hospitalisation. Il appert certes que l'hospitalisation avait été planifiée dans le courant du mois de juin précédant, ce qui aurait laissé au recourant le temps de prendre toutes les dispositions utiles pour sauvegarder ses droits. On ne saurait toutefois soutenir qu'il devait s'attendre à recevoir de la Caisse une décision à ce moment-là vu le temps particulièrement long écoulé - deux ans - entre son opposition et la décision y relative. Il y a dès lors lieu de considérer que

l'administrateur a été sans sa faute empêché de recourir en temps utile. Une restitution de délai peut ainsi lui être accordée, à condition qu'il ait agi dans les trente jours selon l'art. 41 LPGa, dans les dix jours selon l'art. 16 LPA, dès la fin de l'empêchement, soit en l'espèce, dès le 27 août 2010, date à laquelle, selon ses propres déclarations, il a pris connaissance de la décision à son retour de l'hôpital. La Caisse soutient que l'administrateur n'a sollicité la restitution du délai que le 21 octobre 2010, soit plus de trente jours à compter du 27 août 2010. Tel n'est pas l'avis de la Cour de céans, laquelle retiendra la date à laquelle l'administrateur a recouru, soit le 17 septembre 2010, dans la mesure où celui-ci a indiqué d'emblée n'avoir pu réceptionner la lettre recommandée du 29 juillet 2010 en raison de son hospitalisation. L'administrateur a ainsi requis la restitution

A/3149/2010 - 13/18 - du délai en temps utile au regard de la loi fédérale, mais tardivement au regard de la loi cantonale. d) Il importe à ce stade de déterminer quelle est la disposition légale applicable, les normes cantonales et fédérales divergeant. La LPGa est entrée en vigueur le 1er janvier 2003. Elle coordonne le droit fédéral des assurances sociales, notamment en fixant les normes d'une procédure uniforme et en réglant l'organisation judiciaire dans ce domaine (art. 1 let. b LPGa). La LPGa impose aux cantons d'adapter leur législation dans un délai de cinq ans à partir de son entrée en vigueur, les dispositions cantonales en vigueur restant applicables dans l'intervalle (art. 82 al. 2 LPGa). Cette réglementation transitoire vise les normes cantonales de procédure et leur adaptation aux art. 56 à 61 LPGa. Elle autorise les cantons à maintenir et à appliquer sans changement leurs propres normes de procédure, même contraires à la LPGa, pendant un délai de cinq ans échéant le 31 décembre 2007 (ATF 131 V 305, consid. 5.1). L'art. 82 al. 2 LPGa ne revêt toutefois aucune portée lorsque les exigences de procédure posées par la LPGa sont l'expression d'un principe général du droit des assurances sociales ou reprennent des règles déjà posées par des dispositions de droit fédéral antérieures à la LPGa. En effet, il n'y a pas lieu de laisser un délai aux cantons pour adapter leur procédure à la nouvelle loi, là où le droit fédéral précédemment en vigueur ne laissait pas place à une réglementation cantonale divergente (à cet égard, cf. ATF I 547/04 du 29 juillet 2005, consid. 2, ATF I 456/04 du 31 mai 2005, consid. 2 et ATF I 245/04 du 14 avril 2005, consid. 2 [droit aux dépens pour une procédure de recours en matière d'assurance-invalidité]; ATF K 121/03 du 10 août 2004, consid. 2.2 [qualité pour recourir]; ATF C 259/03 du 13 février 2004, consid. 2 [reformatio in pejus]; ATF H 110/03 du 16 octobre 2003, consid. 2 [maxime inquisitoire]). La portée exacte de l'art. 82 al. 2 LPGa dépend donc, notamment, de la réglementation fédérale existant avant l'entrée en vigueur de la LPGa dans la branche du droit des assurances sociales en cause. En résumé, les dispositions cantonales de procédure divergentes de la LPGa demeureraient applicables jusqu'à leur adaptation à la LPGa, mais au plus tard jusqu'au 31 décembre 2007. En revanche, lorsque le droit fédéral ne laissait déjà pas place à une réglementation cantonale différente avant l'entrée en vigueur de la LPGa, l'art. 82 al. 2 LPGa, et partant le droit cantonal, n'avaient pas à être appliqués jusqu'au 31 décembre 2007, puisque l'entrée en vigueur de la LPGa n'y changeait rien. Le délai prévu tant par l'art. 16 LPA que par l'art. 41 LPGa, selon sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006, était de dix jours. Le 1er janvier 2007, l'art. 41 LPGa a été modifié afin d'être conforme à l'art. 50 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110) et le délai a été porté à trente jours. Les normes cantonales et fédérales sont ainsi devenues divergentes et l'art. 82 al. 2 LPGa est applicable, si bien que l'art. 16 LPA restait applicable jusqu'au 31 décembre 2007. Depuis le 1er janvier 2008, seul le délai de trente jours fixé à l'art. 41 LPGa doit être respecté.

A/3149/2010 - 14/18 - La décision et la demande de restitution litigieuses étant postérieures à cette date, il faut admettre que c'est en temps utile que l'administrateur a demandé la restitution du délai puisqu'il a agi le 17 septembre 2010, soit dans les trente jours à compter du 27 août 2010. Partant, le recours est recevable.

#### **E. 4**

L'objet du litige au fond porte sur la responsabilité de l'administrateur pour le dommage subi par la Caisse à la suite du défaut de paiement des cotisations sociales par la société.

#### **E. 5**

En vertu de l'art. 52 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'art. 14 al. 1 LAVS (en corrélation avec les art. 34 et suivants du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants [RAVS ; RS 831.101]) prescrit que l'employeur doit déduire, lors de chaque paie, la cotisation du salarié et verser celle-ci à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation. Les employeurs doivent remettre périodiquement aux caisses les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. Celui qui néglige de l'accomplir enfreint par conséquent les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 193, consid. 2a et les références). Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom. Le caractère subsidiaire de la responsabilité des organes d'une personne morale signifie que la caisse de compensation ne peut agir contre ces derniers que si le débiteur des cotisations (la personne morale) est devenu insolvable (ATF 123 V 12, consid. 5b et les références). Selon la jurisprudence, les personnes qui sont - légalement ou formellement - organes d'une personne morale entrent en principe toujours en considération en tant que responsables subsidiaires aux conditions de l'art. 52 LAVS. Le Tribunal fédéral a ainsi reconnu la responsabilité non seulement des membres du conseil d'administration, mais également celle de l'organe de révision d'une société anonyme, du directeur d'une société anonyme disposant du droit de signature individuelle, du gérant d'une société à responsabilité limitée ainsi que du président, du directeur financier ou du gérant d'une association sportive (ATF H 34/04 du 15 septembre 2004, consid. 5.3.1 et les références). Dans le cas d'une société anonyme, la notion d'organe responsable selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui ressort de l'art. 754 al. 1 du Code des obligations (CO; RS 220). La responsabilité incombe donc non seulement aux membres du conseil d'administration, mais aussi aux organes de fait, c'est-à-dire à toutes les

A/3149/2010 - 15/18 - 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. 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 (ATF 128 III 29, consid. 3a; ATF 9C\_1086/2009 du 15 juillet 2010, consid. 4.2.2).

#### **E. 6**

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, il faut que les conditions de l'art. 52 al. 1er LAVS soient réalisées, ce qui suppose que l'organe ait violé intentionnellement ou par une négligence grave les devoirs qui lui incombent et qu'il existe un lien de causalité adéquate entre le manquement qui lui est imputable et le préjudice subi. 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 (ATF H 96/03 du 30 novembre 2004, consid. 7.3.1, publié in SJ 2005 I p. 272). La négligence grave mentionnée à l'art. 52 al. 1er LAVS est admise très largement par la jurisprudence. 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 (ATF 4C\_31/2006 du 4 mai 2006, consid. 4.6). La négligence grave est également donnée lorsque l'administrateur n'assume pas son mandat dans les faits. Ce faisant, il n'exerce pas la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, attribution inadmissible et inaliénable du conseil d'administration conformément à l'art. 716a CO. Pour déterminer s'il y a eu négligence grave, il convient de procéder à l'appréciation de l'ensemble des circonstances du cas particulier. Il y a ainsi notamment lieu de tenir compte du comportement des organes et de leur fonction dans la société (ATF 9C\_817/2008 du 15 janvier 2009, consid. 3.4).

## **E. 7**

Il n'y a obligation de réparer le dommage, dans un cas concret, que s'il n'existe aucune circonstance justifiant le comportement fautif de l'employeur ou excluant l'intention et la négligence grave (ATF H 99/04 du 24 mars 2005, consid. 4.1). A cet égard, on peut envisager qu'un employeur cause un dommage à la caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions en matière d'AVS, sans que cela entraîne pour autant une obligation de réparer le préjudice. Tel est le cas lorsque l'inobservation des prescriptions apparaît, au vu des circonstances, comme légitime et non fautive (ATF 108 V 183, consid. 1b). Ainsi, il peut arriver

A/3149/2010 - 16/18 - 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 des cotisations dues dans un délai raisonnable (ATF 9C\_338/2007 du 21 avril 2008, consid. 3.1). A cet égard, la seule expectative que la société retrouve un équilibre financier ne suffit pas; il faut des éléments concrets et objectifs selon lesquels on peut admettre que la situation économique de la société se stabilisera dans un laps de temps déterminé et que celle-ci recouvrera sa capacité financière (ATF H 163/06 du 11 juin 2007, consid. 4.4). Ce qui est déterminant, ce n'est pas de savoir si l'employeur croyait réellement que l'entreprise pouvait être sauvée et que les cotisations seraient payées dans un proche avenir, il s'agit bien plutôt d'examiner si une telle attitude était alors défendable, objectivement, aux yeux d'un tiers responsable (ATF H 19/07 du 10 décembre 2007, consid. 4.1).

## **E. 8**

En l'espèce, ni le montant de la créance ni la qualité d'organe formel de l'administrateur ne sont litigieux. La question à examiner se limite donc à savoir s'il existe des motifs justificatifs pour lesquels l'administrateur a suspendu le paiement des cotisations en souffrance. C'est dès 2006 que la société n'a plus été en mesure de s'acquitter des cotisations et des compléments de cotisations dus à la caisse. Il sied de constater que les rentrées d'argent de la société avaient un caractère cyclique, un montant important étant généralement versé au mois de mars de chaque année à la suite d'une commande conséquente de clients japonais. Lorsqu'en 2006, la société s'est retrouvée dans l'impossibilité d'assumer le paiement des charges sociales malgré cet apport de liquidités, l'administrateur a immédiatement pris des mesures concrètes afin de sortir la société de l'impasse financière dans laquelle elle semblait engagée. Il s'est en effet activement attaché à trouver des repreneurs, en plus des autres mesures déjà prises pour redresser la société telles que la suppression d'un point de vente ou le non réengagement de personnel à la suite de démissions. Celle-ci a d'ailleurs informé la Caisse en juin 2006 que sa reprise prochaine par deux nouveaux acquéreurs lui assurerait un apport financier suffisant pour régler les arriérés de cotisations. Ce projet ne s'est cependant pas réalisé, Monsieur F\_\_\_\_\_ n'ayant finalement pas cédé son capital-actions aux investisseurs démarchés par l'administrateur. Ce dernier a cependant trouvé un nouvel investisseur avec lequel la vente de la société a été conclue et un accord a été trouvé en novembre 2006. S'il est vrai que la situation financière de la société était à cette époque déjà passablement obérée, son assainissement était loin d'être irréalisable. Les pièces communiquées par Monsieur G\_\_\_\_\_ et les explications données par ce témoin lors de son audition montrent d'ailleurs que la tentative de redresser la société avait porté ses premiers fruits, d'importantes dettes ayant été négociées et des contrats substantiels étant en passe d'être conclus. Les comptes du mois de

A/3149/2010 - 17/18 - décembre 2006 se sont d'ailleurs révélés bénéficiaires. Les fonds que le nouvel actionnaire s'était engagé à investir ainsi que le paiement de la commande du Japon devaient également contribuer à solder la dette de la société envers la Caisse. Si, en principe, l'employeur qui rencontre des problèmes financiers est tenu de ne verser que les salaires pour lesquels les créances de cotisations qui en découlent sont couvertes (SVR 1995 AHV n° 70 p. 214, consid. 5), il existe in casu des éléments concrets qui laissent entrevoir le sauvetage de la société, et qui justifiaient la poursuite de son exploitation et de l'occupation de salariés en dépit des difficultés de trésorerie rencontrées. Il y a également lieu de souligner que la période durant laquelle la société n'a pas versé les cotisations dues est relativement brève, puisque les premières difficultés sont apparues en février 2006 et que dès octobre 2006, la société n'était plus autorisée à désintéresser en priorité la Caisse à la suite de l'ajournement de faillite prononcé. Partant, force est de constater que conformément à la jurisprudence citée, il existe des circonstances justifiant le comportement de l'administrateur, et celui-ci ne peut être tenu de réparer le dommage subi par la Caisse.

## **E. 9**

Eu égard à ce qui précède, le recours est admis. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/3149/2010 - 18/18 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme : 1. Déclare le recours recevable. Au fond : 2. L'admet. 3.

Annule les décisions de la caisse du 31 juillet 2008 et du 29 juillet 2010. 4. Dit que la procédure est gratuite. 5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Selon l'art. 85 LTF, s'agissant de contestations pécuniaires, le recours est irrecevable si la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 francs (al. 1 let. a). Même lorsque la valeur litigieuse n'atteint pas le montant déterminant, le recours est recevable si la contestation soulève une question juridique de principe (al. 2). Le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

Nathalie LOCHER

La présidente

Doris GALEAZZI Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le

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