

## **GE\_GERICHTE ATAS/253/2010 vom 8. März 2010**

GE Cour de justice, 2010-03-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_253\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_253_2010)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/253/2010 du 8 mars 2010

IT: GE\_GERICHTE ATAS/253/2010 del 8 marzo 2010

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la loi genevoise 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.

#### **E. 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'article 52 LAVS, relatif à la responsabilité de l'employeur pour le dommage causé à une caisse de compensation en violant des prescriptions légales. Désormais, la responsabilité de l'employeur y est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les articles 81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (ci-après : RAVS) ont été abrogés. La LPGA s'appliquera au cas d'espèce, de même que les nouvelles dispositions en vigueur, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminant se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1).

A/3795/2009 - 6/13 -

#### **E. 3**

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 60 LPGA).

#### **E. 4**

a) L'ancien art. 82 al. 1 RAVS, qui régissait les effets du temps sur une créance en réparation du dommage, a été abrogé à la suite de l'entrée en vigueur de la LPGA. La question est désormais réglée par l'art. 52 al. 3 LAVS. Selon cette disposition, 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. Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (FF 1994 V p. 964 sv., 1999 p. 4422, cité in arrêt du Tribunal fédéral du 30 novembre 2004 en la cause H 96/03). b) Selon la jurisprudence rendue à propos de l'ancien art. 82 al. 1 RAVS, et valable sous l'empire de l'art. 52 al. 3 LAVS (ATF non publié, H 18/06, du 8 mai 2006, consid. 4.2), il faut entendre par moment de la «connaissance du dommage», 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 (ATF 129 V 195). En cas de faillite, ce moment correspond en règle générale à celui du dépôt de l'état de collocation, ou celui de la publication de la suspension de la liquidation de la faillite faute d'actifs (ATF 129 V 193 consid. 2.3 p. 195 sv.). En revanche, lorsque la caisse subit un dommage à cause de l'insolvabilité de l'employeur mais en dehors de la faillite de celui-ci, le moment de la connaissance du dommage et, partant, le point de départ du délai de prescription coïncident avec le moment de la délivrance d'un acte de défaut de biens ou d'un procès-verbal de saisie valant acte de défaut de biens définitif au sens de l'art. 115 al. 1 LP (en corrélation avec l'art. 149 LP), soit lorsque le procès-verbal de saisie indique que les biens saisissables font entièrement défaut (cf. ATF 113 V 256 consid. 3c). C'est à ce moment que prend naissance la créance en réparation du dommage et que, au plus tôt, la caisse a connaissance de celui-ci au sens de l'art. 82 aRAVS (arrêt A. du 19 février 2003, H 284/02, consid. 7.2 et du 28 novembre 2005 H 188/04). c) La procédure ordinaire de perception des cotisations relève des règles applicables dans le cadre des articles 14 et suivants LAVS. Selon l'art. 15, al. 1 LAVS, les cotisations non versées après sommation sont perçues sans délai par voie de poursuite, à moins qu'elles ne puissent être compensées avec des rentes échues. Les cotisations seront, en règle générale, recouvrées par voie de saisie également contre un débiteur soumis à la poursuite par voie de faillite (cf. article 15, alinéa 2 LAVS; art. 43 LP). Dans la poursuite par voie de saisie, le créancier qui n'a pas été payé intégralement sur le produit de la réalisation reçoit un acte de défaut de biens définitif après saisie - lequel est fondé sur le résultat de la réalisation - à la

A/3795/2009 - 7/13 - différence de l'acte de défaut de biens provisoire après saisie, qui est fondé sur l'estimation de l'office - pour le montant impayé, c'est-à-dire pour le montant de son découvert (cf. article 149, alinéa 1 LP; GILLIERON, Poursuites pour dettes, faillite et concordat, in Collection juridique romande, Lausanne 1985, p. 224). Il peut arriver qu'un acte de défaut de biens définitif après saisie soit délivré sans réalisation préalable. Ainsi, le procès-verbal de saisie vaut acte de défaut de biens définitif, lorsqu'il indique que les biens saisissables font entièrement défaut (article 115, alinéa 1 en relation avec l'article 149 LP; ATF 113 V 258, consid. 3 c), RCC 1988, p. 137; GILLIERON, op. cit. pages 179, 224). d) En l'espèce, l'intimée a reçu des actes de défaut de bien à la suite des procédures de poursuites les 6 mai et 15 août 2008, puis la faillite de la société a été prononcée le 10 décembre 2008 et la liquidation suspendue faute d'actifs le 4 mars 2009. La décision en réparation du dommage, notifiée le 21 septembre 2009, est par conséquent intervenue dans le délai péremptoire de deux ans prescrit par l'art. 52 al. 3 LAVS.

## **E. 5**

Aux termes de 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 l'assurance, est tenu à réparation. La nouvelle teneur de cette disposition, 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 s. 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.

## **E. 6**

En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse, pour la somme de 9'911 fr. 90, correspondant aux cotisations dues par la société jusqu'au 31 mars 2006, y compris les frais, taxes, amendes et intérêts moratoires, l'intimé ayant reconnu que la démission du recourant de ses fonctions d'administrateur était effective au 14 avril 2006.

#### **E. 7**

a) 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 A/3795/2009 - 8/13 - fédéral 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). b) Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom (ATF 123 V 12 consid. 5b p. 15, 122 V 65 consid. 4a p. 67, 114 V 219 consid. 3b p. 220 s., confirmés in ATF 129 V 11 consid. 3; cf. ATF 132 III 523 consid. 4.5 p. 528). 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. 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'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. 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 non publié du Tribunal fédéral du 21 avril 1988 en la cause A. ; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., p. 209 et ss). Le moment de la fin effective du mandat est déterminant pour fixer la durée de la responsabilité de l'administrateur d'une société anonyme. Le moment est déterminant, même lorsque la radiation de l'inscription au registre du commerce a été omise (ATF 126 V 61). La responsabilité de l'administrateur ne dure en principe que jusqu'au moment de sa sortie effective du conseil d'administration, que ce soit par suite de démission ou de révocation mais non jusqu'au moment de la radiation de ses pouvoirs au registre du commerce (ATF du 27 février 2002 - H 282/01). C'est la démission effective qui fixe en principe les limitations temporelles de la responsabilité (ATF 123 V 172).

#### **E. 8**

En l'espèce, il résulte de l'extrait du Registre du commerce que le recourant était inscrit en qualité d'administrateur secrétaire de la société, avec signature individuelle. A ce titre il est un organe de la société.

A/3795/2009 - 9/13 - Reste à examiner si le recourant peut être tenu pour responsable du dommage subi par l'intimée.

## **E. 9**

Le Tribunal fédéral 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'assurance-vieillesse et survivants (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 (arrêt du TF du 28 juin 1982, in : RCC 1983 p. 101). De jurisprudence constante, notre Haute Cour 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 (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). L'art. 716a al. 1 CO énumère les attributions intransmissibles et inaliénables des membres du conseil d'administration. En font partie l'exercice de la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les règlements et les instructions données (ch. 5). Dans l'exercice de cette haute surveillance, l'administrateur répond de la cura in custodiendo (KAMMERER, Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, thèse Zurich 1997, p. 226). C'est ainsi qu'il a non seulement le devoir d'assister aux séances du conseil d'administration, mais également l'obligation de se faire renseigner périodiquement sur la marche des affaires (KAMMERER, op. cit., p. 186). Il est tenu de prendre les mesures appropriées lorsqu'il a connaissance ou aurait dû avoir connaissance d'irrégularités commises dans la gestion de la société (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 3ème éd., Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 1535, 1555, n° 313, 377; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 30 n° 49). Celui qui revêt la qualité d'administrateur sans en assumer la fonction dans les faits, méconnaît tout simplement l'une des attributions intransmissibles et inaliénables que lui confère l'art 716 al. 1 CO, soit l'exercice de la haute surveillance sur les

A/3795/2009 - 10/13 - personnes chargées de la gestion, pour s'assurer notamment que celles-ci observent la loi, les règlements et les instructions données. En particulier la délégation des compétences de gestion à la direction, à des tiers ou à un administrateur délégué n'exempte pas les autres administrateurs de veiller personnellement au paiement régulier des cotisations paritaires (ATF du 27 novembre 2009 9C 248/2009). Celui qui se déclare prêt à assumer un mandat d'administrateur tout en sachant qu'il ne pourra pas le

remplir consciencieusement, viole son obligation de diligence (ATF 122 III 2000). Le fait qu'un tiers intervienne dans la gestion au point d'empêcher l'administrateur de remplir ses obligations ne saurait excuser celui-ci (ATF du 8 septembre 2005, H 126/04). Ainsi 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. La jurisprudence s'est d'ailleurs toujours montrée sévère, lorsqu'il s'est agi d'apprécier la responsabilité d'administrateurs qui alléguaient avoir été exclus de la gestion d'une société et qui s'étaient accommodés de ce fait sans autre forme de procès (cf. notamment RCC 1992 p. 268-269 consid. 7b, 1989 p. 115-116 consid. 4; ATFA du 21 mai 2003, H 13/03). Dans certaines circonstances, un employeur peut causer intentionnellement un préjudice sans être dans l'obligation de le réparer, lorsqu'il retarde le paiement des cotisations pour maintenir son entreprise en vie, lors d'une passe de trésorerie difficile. Mais il faut alors qu'il ait eu des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter de sa dette dans un délai raisonnable (cf. RCC p. 261 et la jurisprudence citée; ATF 108 V 188). La jurisprudence estime encore qu'il existe en règle générale un lien de causalité adéquate entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations, sous réserve du cas où l'administrateur est entré en fonction alors que la société était déjà surendettée (ATF 119 V 401 consid. 4c p. 407 s.), de sorte que celui-ci répond solidairement de tout le dommage subi par l'assurance en cas de faillite de la société (arrêt du 30 novembre 2004, in SJ 2005 I p. 272, consid. 7.3.1; ATF 132 III 523).

#### **E. 10**

En sa qualité d'organe formel de la société, possédant de surcroît le droit de signature individuelle, il incombait au recourant, nonobstant le mode de répartition interne des tâches au sein de la société, de s'assurer personnellement que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés fussent effectivement payées à la caisse de compensation, conformément aux prescriptions légales (art. 14 al. 1 LAVS en corrélation avec les art. 34 ss RAVS). Le recourant ne saurait se libérer de cette responsabilité en soutenant que M. U\_\_\_\_\_ lui avait assuré qu'il s'occupait de toutes les questions administratives, la jurisprudence du Tribunal fédéral étant, à cet égard et comme mentionné ci-dessus, très sévère.

A/3795/2009 - 11/13 -

#### **E. 11**

En l'occurrence, il convient d'admettre que l'attitude passive du recourant, laquelle est sans conteste en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi par l'intimée, constitue une négligence grave entraînant l'obligation de réparer le dommage au sens de l'art. 52 LAVS. S'il avait correctement exécuté son mandat le recourant aurait en effet pu constater que les cotisations sociales étaient impayées et prendre les mesures qui s'imposaient ou démissionner de ses fonctions. Le recourant invoque encore le fait qu'il aurait démissionné en janvier 2006 de ses fonctions d'administrateur pour le 1er février 2006, la vente effective de ses actions ayant eu lieu courant février 2006 et le document intitulé "entente" n'ayant été signé que le 14 avril 2006 en raison du fait qu'il avait dû recourir à l'entremise de membres de la famille de M. U\_\_\_\_\_ pour qu'une réunion soit agendée avec celui-ci (procès-verbal de comparution personnelle p. 2). S'agissant de la démission des fonctions d'administrateur, le Tribunal fédéral a jugé qu'elle était effective au

moment où l'intéressé avait envoyé un courrier en ce sens à l'administrateur-délégué de la société, lequel l'avait, le même jour, déchargé de son mandat (ATF du 7 mai 2007 - H 101/06). En l'espèce, M. U\_\_\_\_\_ a confirmé le 15 février 2010 qu'il avait racheté les parts de M. T\_\_\_\_\_ en février 2006. Compte tenu des déclarations de M. T\_\_\_\_\_, de celles de M. U\_\_\_\_\_ ainsi que du document intitulé "entente" du 14 avril 2006 lequel, contresigné par M. U\_\_\_\_\_, fait référence à la vente des actions et à la démission de M. T\_\_\_\_\_ de la société pour le 1er février 2006, il convient d'admettre que le recourant a bien démissionné de ses fonctions d'administrateur pour le 1er février 2006. Suivant l'art. 34 al. 3 RAVS, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2001, les cotisations doivent être payées dans les 10 jours qui suivent le terme de la période de paiement laquelle est de chaque mois ou de chaque trimestre si la masse salariale annuelle n'excède pas 200'000 fr. par an. En l'espèce, les cotisations du mois de janvier 2006 ou plus précisément l'acompte de cotisations 2006 (art. 35 RAVS) devaient être payées au plus tôt le 10 février 2006 (art. 34 al. 3 RAVS, voire même le 10 avril 2006 si l'acompte était trimestriel comme cela semble être le cas au vu de la décision du 21 juillet 2006 de la caisse réclamant à la société les cotisations janvier-mars 2006) soit après la sortie effective du recourant du conseil d'administration, de sorte que ce dernier ne saurait être tenu pour responsable du paiement des cotisations de janvier 2006 (cf. à cet égard ATF du 27 février 2002 H 282/01). Le recourant ayant assumé la fonction d'administrateur jusqu'au 31 janvier 2006, il est en revanche responsable du paiement des cotisations paritaires dues sur les salaires 2005, soit un volume total de 20'235 fr. et des cotisations paritaires totales de 2'497 fr, soit 2'043 fr. 75 (AVS/AI/APG), 404 fr. 70 (AC) et 48 fr. 55 (frais administratifs). Le recourant ne saurait en particulier être tenu pour

A/3795/2009 - 12/13 - responsable des frais de sommation, de poursuite et des intérêts moratoires intervenus postérieurement à sa démission. En conséquence, le recourant répond du dommage de la caisse à hauteur de 2'497 fr. Pour le surplus, le Tribunal de céans relève que d'après la jurisprudence constante relative aux art. 52 LAVS et 81 RAVS, s'il existe une pluralité de responsables, la caisse jouit d'un concours d'actions et le rapport interne entre les coresponsables ne la concerne pas; si elle ne peut prétendre qu'une seule fois la réparation, chacun des débiteurs répond solidairement envers elle de l'intégralité du dommage et il lui est loisible de rechercher tous les débiteurs, quelques-uns ou un seul d'entre eux, à son choix (ATF 108 V 195-196). A cet égard, il convient de relever que M. U\_\_\_\_\_ a reconnu son entière responsabilité (document du 29 décembre 2009) et s'est engagé à payer l'entier de la dette auprès de l'intimée. La libération du recourant de sa propre dette envers l'intimée ne pourra cependant être effective que lorsque M. U\_\_\_\_\_ se sera acquitté du montant dû.

## **E. 12**

Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis et la décision litigieuse réformée en ce sens que le montant du dommage est ramené à 2'497 fr.

A/3795/2009 - 13/13 -