

# **GE\_GERICHTE ATAS/265/2003 vom 26. November 2003**

GE Cour de justice, 2003-11-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_265\\_2003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_265_2003)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/265/2003 du 26 novembre 2003

IT: GE\_GERICHTE ATAS/265/2003 del 26 novembre 2003

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Il sied de préciser préalablement que la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (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. Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'article 52 LAVS et les articles 81 et 82 RAVS ont été abrogés. Le cas d'espèce demeure néanmoins régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 considérant 1).

### **E. 2**

D'autre part, la loi genevoise du 14 novembre 2002, modifiant la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ – E 2 05), entrée en vigueur le 1er août 2003, a institué un Tribunal cantonal des assurances sociales (cf. article 1, lettre r) LOJ). Conformément à l'article 3 al. 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi précitée et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance vieillesse et survivants ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales. La compétence du Tribunal de céans est dès lors établie pour juger de la présente cause.

### **E. 3**

Aux termes de l'article 82, alinéa 1 RAVS, le droit de demander la réparation d'un dommage se prescrit lorsque la Caisse de compensation ne le fait pas valoir par une décision de réparation dans l'année après qu'elle a eu connaissance du dommage. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit en l'occurrence d'un délai de péremption à considérer d'office (ATF 113 V 181 = RCC 1987, p. 607, ATF 112 V 8, consid. 4 c = RCC 1986, p. 493). Lorsque ce droit dérive d'un acte punissable soumis par le code pénal à un

- 5/15-

AVS/692/1998 délai de prescription de plus longue durée, ce délai est applicable (cf. article 82, alinéa 2 RAVS).

### **E. 4**

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 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.

#### **E. 5**

En cas de faillite ou de concordat par abandon d'actifs, la caisse n'a pas nécessairement connaissance du dommage au moment seulement où elle peut consulter le tableau de distribution et le compte final établis 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 dommages-intérêts a, en général, 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 (cf. ATF 119 V 92 consid. 3; 118 V 196 consid. 3a; VSI 1995, p. 169-170, consid. 2; ATF 116 II 161, consid. 4a; 116 V 75, consid 3b = RCC 1990, p. 415).

#### **E. 6**

Les termes "en règle ordinaire" signifient que, en principe, la caisse de compensation est en mesure d'estimer suffisamment l'étendue de son dommage au moment du dépôt de l'état de collocation. Il se peut toutefois que cette estimation ne soit possible que dans une phase ultérieure de la liquidation, par exemple parce que le montant des actifs dépend du produit de la vente de biens

- 6/15-

AVS/692/1998 immobiliers et que l'administration de la faillite ne peut fournir aucune indication à propos du dividende prévisible (RCC 1992 p. 266 consid. 5c; Nussbaumer, Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS, RCC 1991, p. 406). Inversement, la partie lésée peut exceptionnellement, en raison de circonstances spéciales, acquérir la connaissance nécessaire avant le dépôt de l'état de collocation; c'est en particulier le cas lorsqu'elle apprend de l'administration de la faillite, à l'occasion d'une assemblée des créanciers, qu'aucun dividende ne pourra être distribué aux créanciers de sa classe. L'existence de telles circonstances ne sera cependant admise qu'avec retenue : de simples rumeurs ou des renseignements provenant de personnes non autorisées ne permettent pas encore de fonder et de motiver une demande en justice (ATF 118 V 196 consid. 3b).

#### **E. 7**

Par ailleurs, s'il faut, à juste titre, se montrer sévère dans l'appréciation de la responsabilité d'un employeur - et, par extension, de celle de ses organes s'il s'agit d'une personne morale - qui occasionne un dommage à la caisse de compensation en n'observant pas, intentionnellement ou par négligence grave, des prescriptions de la LAVS (ATF 114 V 220 sv.), il faut de même se montrer exigeant à l'égard de l'administration en ce qui concerne le respect des conditions formelles de l'action en responsabilité fondée sur l'art. 52 LAVS (ATF 119 V 96 = VSI 1993 p. 110).

## **E. 8**

La société X\_\_\_\_\_ était insolvable déjà avant le prononcé de la faillite ; en effet, la demanderesse lui avait notifié plusieurs commandements de payer et des procès-verbaux de saisie ont été établis par l'Office des poursuites. La procédure ordinaire de perception des cotisations relève des règles applicables dans le cadre des articles 14 et ss. LAVS. Selon l'article 15 al. 1 LAVS, les cotisations non versées après sommation sont perçues 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

- 7/15-

AVS/692/1998 également contre un débiteur soumis à la poursuite par voie de faillite (cf. article 15 al. 2 LAVS ; article 43 LP). Lors de poursuites 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 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 LP ; Gilliéron, Poursuite 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, al. 1 en relation avec l'article 149 LP ; ATF 113 V 258, consid. 3c ; RCC 1988, p. 137 ; Gilliéron, op. cit. p. 179, 224).

## **E. 9**

En l'espèce, les procès verbaux de saisie établis par l'Office des poursuites les 3 avril 1995 et 14 novembre 1995 mentionnaient des biens saisissables à hauteur de Frs. 14'000.- (cf. pièces N° 13, 20, 29 et 38, Caisse); d'autres, établis le 1er novembre 1996, délivrés à la caisse le 9 janvier 1997 (cf. pièces N° 55 et 61 Caisse), et celui établi en date du 14 janvier 1997, délivré à la Caisse le 4 mars 1997 (cf. pièce N° 80 Caisse), mentionnaient des biens saisissables à hauteur de Frs. 45'000.-. En conséquence, les procès verbaux de saisie précités ne pouvaient tenir lieu d'actes de défaut de biens définitifs au sens des articles 115, al. 1 et 149 LP. Dans ces circonstances, ce n'est qu'au moment où la faillite a été suspendue pour défaut d'actifs le 25 novembre 1997, selon publication dans la FAO du 10 décembre 1997, que le délai de péremption d'une année au sens de de l'article 82, al. 1 LAVS a commencé à courir (cf. pièce N° 2 Caisse ; RCC 1990 page 306 consid. 4c /bb). En notifiant son action en réparation du dommage à l'encontre des défendeurs le 13 juillet 1998, la Caisse a respecté le délai péremptoire d'un an.

- 8/15-

AVS/692/1998

## **E. 10**

Le Tribunal de céans constate que le défendeur était directeur de la société, qu'il travaillait dans l'entreprise et qu'il en était l'actionnaire majoritaire dès sa création. En effet, il possédait 51% du capital actions (cf. annexes n° 3 et 9, opposition de Madame K\_\_\_\_\_, pièces Caisse). Par sa seule signature, il pouvait engager la société jusqu'au 18 février 1997, soit durant toute la période où les cotisations paritaires ont été impayées ; il disposait également des signatures à la banque (cf. pièce N°1 Caisse ; annexe 4 opposition

de Madame K \_\_\_\_\_, pièce Caisse). Il apparaît également que le défendeur avait pris avec la demanderesse un arrangement de paiement, en février 1996, qu'il n'a cependant pas respecté (cf. requête en mainlevée, chiffre 22). Sa qualité d'organe de la société est dès lors établie.

#### **E. 11**

Le défendeur conteste sa responsabilité, se contentant de relever que le service des ventes de l'Office des poursuites a mis en vente à plusieurs reprises les livres saisis auprès de la société avant sa faillite, ventes qui se sont révélées infructueuses, à l'exception d'une seule. Il rappelle d'autre part qu'il a personnellement fait de gros efforts pour éviter la faillite de X \_\_\_\_\_ en versant plusieurs acomptes au service des ventes de l'Office des poursuites. Selon lui, la faillite a été précipitée par un accord conclu entre l'ancien administrateur Monsieur B \_\_\_\_\_ et son ex-épouse, à son insu, et qui a permis à cette dernière de s'approprier toute la partie librairie de la société. Le Tribunal relève cependant que la société connaissait des problèmes financiers depuis plusieurs années déjà, puisque les cotisations paritaires n'étaient plus acquittées depuis 1994. Or, durant tout ce laps de temps, le défendeur n'a pas démontré en quoi il aurait pris des mesures concrètes en vue d'assurer le paiement des charges sociales. Ce faisant, il a failli gravement à ses obligations que sa qualité d'organe lui imposait. Partant, sa responsabilité est engagée au sens de l'article 52 LAVS, de sorte qu'il répond entièrement du dommage.

#### **E. 12**

Le défendeur B \_\_\_\_\_ est devenu administrateur de la société faillie le 22 octobre 1996 (cf. pièce N° 1, Caisse). Il avait ainsi indiscutablement la qualité d'organe de la société faillie, dès cette date. Il conteste cependant sa responsabilité, alléguant n'avoir n'exercé son mandat que pendant une période relativement courte, soit du 20 octobre 1996 au 10 février 1997, date à laquelle

- 13/15-

AVS/692/1998 l'assemblée générale extraordinaire de la société l'a révoqué. Il allègue que durant cette courte période, il a procédé au classement des pièces retrouvées pêle-mêle dans les bureaux, a lancé un appel aux créanciers dès le début du mois de novembre, a fait une déclaration d'insolvabilité en date du 6 janvier 1997, demandé un ajournement de la faillite le même jour et, finalement, qu'il a déposé plainte pénale le 20 janvier 1997 contre Monsieur M \_\_\_\_\_ notamment (cf. opposition du 10 septembre 1998, pièce défendeur). En ce qui concerne plus particulièrement l'AVS, il invoque avoir payé personnellement les salaires de Monsieur M \_\_\_\_\_ (Frs. 1'500.-- /mois) pour la période d'octobre à décembre 1996 et de janvier 1997, avoir complété et signé la déclaration des salaires pour le dernier trimestre de l'année 1996. Enfin, il a, par mandat postal du 18 février 1997, payé la somme de Frs. 2'184.- en faveur de la caisse de compensation (cf. opposition du 10 septembre 1998, page 1, pièce défendeur).

#### **E. 13**

Il résulte en effet des pièces du dossier que durant son mandat d'administrateur, le défendeur a pris diverses mesures pour le compte de la société : il a notamment rassemblé les pièces qu'il retrouvait dans les bureaux et effectué un appel aux créanciers dès le début du mois de novembre 1996. Le Tribunal de céans constate à cet égard que par lettre du 14 novembre 1996 adressée à la demanderesse, le défendeur l'a informée qu'après avoir été

nommé administrateur unique de la société en date du 4 octobre 1996, il avait rencontré une situation difficile, tant sur le plan de la gestion administrative que financière, de sorte qu'il avait décidé, comme la loi l'y autorisait, d'assumer seul la représentation de la société. Il avait ainsi requis et obtenu l'assistance de la demanderesse en sa qualité de créancière de la société, sollicité un moratoire de paiement, de poursuites et de continuation de poursuites au 30 avril 1997 ; il avait également demandé à la Caisse de lui adresser un relevé total de ses créances arrêtées au 30 novembre 1996, ainsi qu'un relevé de compte (cf. pièce N° 103, Caisse). Le 8 février 1997, il a établi l'attestation des salaires pour l'année 1996, et enfin, a effectué un paiement en faveur de la caisse de Frs. 2'184.- en date du 18 février 1997 (cf. pièce N° 9, Caisse ; pièce N° 2, chargé B\_\_\_\_\_). La demanderesse reproche au

- 14/15-

AVS/692/1998 défendeur d'avoir empêché la reprise en mains par les administrateurs ultérieurs, en retenant auprès de lui les pièces comptables. Il aurait ainsi entravé le redressement de la société, ce qui a motivé le dépôt d'une plainte pénale contre lui par Monsieur P\_\_\_\_\_, nouvel administrateur dès le 10 février 1997 (cf. pièces annexes, opposition Mme K\_\_\_\_\_, dossier Caisse). Or, le Tribunal de céans constate que dans sa déclaration d'insolvabilité adressée au Tribunal de Première Instance le 6 janvier 1997, le défendeur signalait déjà l'inexistence de déclarations de salaires AVS, LAA et LPP ainsi que l'inexistence des bilans et comptes de pertes et profits pour les exercices clos de 1994 et 1995 (cf. pièce N° 3, chargé B\_\_\_\_\_). Au vu de ce qui précède, force est de constater que le défendeur a, en sa qualité d'administrateur, pris toutes les mesures qui s'imposaient, en informant le juge, en faisant un appel aux créanciers, en remplissant la déclaration de salaires pour l'année 1996 et en effectuant un paiement à la demanderesse en février 1997. Cela étant, on ne saurait lui reprocher en l'occurrence un manquement à ses obligations en matière d'AVS, ni de s'être rendu coupable d'une négligence grave au sens de l'article 52 LAVS.

#### **E. 14**

Pour ce qui concerne les cotisations échues au moment de son entrée en fonctions, il y a lieu de constater que la société était certainement déjà insolvable, puisque le défendeur avait précisément effectué une déclaration d'insolvabilité auprès du juge du Tribunal de première instance de la République et Canton de Genève en date du 6 janvier 1997 (cf. pièce N° 3, chargé B\_\_\_\_\_). On ne saurait conclure qu'il a ainsi aggravé le dommage. Dans ces conditions, il ne répond pas des cotisations échues au moment de son entrée en fonctions (cf. ATF 119 V 406 consid. 4b). Au vu de ce qui précède, la responsabilité du défendeur n'est pas engagée et il ne répond pas du dommage subi par la Caisse.

- 15/15-

AVS/692/1998