

# **GE\_GERICHTE ATAS/28/2010 vom 14. Januar 2009**

GE Cour de justice, 2009-01-14, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_28\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_28_2010)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/28/2010 du 14 janvier 2009

IT: GE\_GERICHTE ATAS/28/2010 del 14 gennaio 2009

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la LOJ, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi précitée et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'AVS ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales. La compétence du Tribunal de céans est dès lors établie pour connaître du présent litige.

A/2200/2009 - 7/12 -

### **E. 2**

La loi fédérale sur la partie générale 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 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (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 du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) ont été abrogés. Le cas d'espèce reste 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 juridiquement déterminants se sont produits (ATF 122 V 467 consid. 1). Les dispositions légales pertinentes seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.

### **E. 3**

La caisse AVS a requis de la Commission cantonale de recours en matière AVS/AI/APG/AF le 9 octobre 1997 la mainlevée de l'opposition formée le 1er octobre 1997. Elle a ainsi respecté le délai de 30 jours prévu par l'art. 81 al. 3 RAVS et son action est par conséquent recevable.

### **E. 4**

Il convient d'examiner en premier lieu l'exception de prescription soulevée par le défendeur, puisqu'en cas d'admission il n'y aurait pas lieu d'examiner ce qu'il en est de la responsabilité du défendeur. Selon l'ancien art. 82 al. 1 RAVS, le droit de demander la réparation d'un dommage se prescrivait lorsque la Caisse de compensation ne le faisait pas valoir par une décision de réparation dans un délai d'une année à compter du moment où elle avait eu connaissance du dommage et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du fait dommageable. Lorsque ce droit dérive d'un acte punissable soumis par le code pénal à un délai de prescription de plus longue durée, ce délai était applicable (article 82, alinéa 2 RAVS). Contrairement au texte de cette disposition, il s'agissait d'un délai de péremption à considérer d'office (cf. ATF 112 V 8, consid. 4c; RCC 1986 page 493). Le

Tribunal fédéral des assurances a en effet relevé que l'ancien art. 82 al. 1 RAVS, fixait les délais dans lesquels la caisse de compensation devait agir, mais, en outre, qu'il définissait le seul moyen dont disposait cette dernière pour sauvegarder ses droits et qui consistait à notifier à l'employeur responsable une décision en réparation du dommage. Une telle formulation excluait donc toute possibilité - non prévue par ailleurs dans la LAVS ou le RAVS - d'interrompre la "prescription" par une reconnaissance de dette ou par des poursuites (voir dans le même sens ATF 86 I 60 ss). De surcroît, selon ses termes, l'art. 82 al. 1 RAVS ne réglait pas, à proprement parler, l'extinction d'une créance mais celle d'un droit d'action, auquel s'applique généralement la péremption et non la prescription (GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, Partie générale du droit des obligations, 2e éd., tome II, p. 159).

A/2200/2009 - 8/12 - La jurisprudence a eu l'occasion de confirmer que "en faisant valoir à temps la demande de réparation (i.e. selon l'article 82 RAVS), le droit reste garanti une fois pour toute pendant que la plainte est en instance. Ce n'est qu'après la conclusion passée en force de la procédure qu'intervient la prescription de l'exécution, l'article 16, al. 2 LAVS étant applicable par analogie" (RCC 1991, page 136 et références citées). Ainsi, l'article 138, al. 1 CO, selon lequel la prescription interrompue par l'effet d'une action ou d'une exception recommence à courir durant l'instance, à compter de chaque acte judiciaire des parties et de chaque ordonnance ou décision du juge, n'était pas applicable s'agissant d'un délai de péremption qui, précisément, n'était pas susceptible d'être interrompu par la volonté des parties. Les délais de l'article 82 RAVS étaient respectés par le seul prononcé d'une décision en réparation (RCC 1991, page 457 ; ATFA du 7 avril 1993, cause CB, DD ; et ATAS/671/2004 du 31 août 2004). Le défendeur ne conteste pas que les prétentions de la caisse AVS en réparation du dommage n'étaient pas périmés lors de l'introduction, le 9 octobre 1997, de l'action en responsabilité. Il invoque toutefois une prescription en cours de procédure, faute d'interruption régulière entre le 9 octobre 1997 et le 6 septembre 2002. Or, dès lors que l'ancien art. 82 RAVS prévoyait non pas un délai de prescription, mais un délai de péremption non susceptible d'être interrompu, et vu que le droit restait garanti une fois pour toute pendant la procédure, la position du défendeur, mal fondée, doit être rejetée.

## **E. 5**

Le litige porte sur la responsabilité des défendeurs dans le préjudice subi par la demanderesse, aux conditions de l'art. 52 LAVS, lequel prévoit que l'employeur doit couvrir le dommage qu'il a causé en violant les prescriptions intentionnellement ou par négligence grave. 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; 122 V 65 consid. 4a; 119 V 401 consid. 2 et les références).

## **E. 6**

Il convient, en conséquence, de déterminer si le défendeur est responsable du dommage subi par la caisse AVS, suite à la faillite de la société. L'admission d'une action en responsabilité suppose, outre un dommage, que l'organe recherché ait commis à tout le moins une négligence grave et qu'aucun motif d'exculpation ne puisse être retenu. 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 (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

A/2200/2009 - 9/12 - l'intéressé. Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (cf. ATF 108 V 202 consid. 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). Cela étant, un employeur peut causer intentionnellement un préjudice à la caisse sans toutefois devoir le réparer, mais uniquement s'il retarde le paiement des cotisations pour maintenir son entreprise en vie, lors d'une passe de trésorerie difficile, et pour autant 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 1992 p. 261 et jurisprudence citée). 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 réponde tant des cotisations sociales en cours que des cotisations échues (RCC 1992 p. 262). L'art. 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 ss RAVS, 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 (ATF 118 V 193). L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances a déclaré, à réitérées reprises, que celui qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit, par conséquent, réparer

A/2200/2009 - 10/12 - la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 111 V 173 consid. 2, ATF 108 V 186 consid. 1a, 192 consid. 2a; RCC 1985 p. 646 consid. 3a). Selon la jurisprudence, c'est la démission effective qui fixe en principe les limites temporelles de la responsabilité. L'administrateur démissionnaire ne peut plus alors influencer la gestion de la société (ATF 112 V 4, ATF 109 V 94 sv., 95 et les références; cf. également NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, PJA 1996 p. 1081; FRÉSARD, La responsabilité de l'employeur pour le non-paiement de cotisations d'assurances sociales selon l'art. 52 LAVS, RSA 55/1987 p. 11).

## **E. 7**

En l'espèce, le défendeur était administrateur de la société depuis de nombreuses années. Selon ses dires, il avait requis du directeur-gérant le paiement des cotisations sociales à plusieurs reprises. Il avait ainsi conscience des ses obligations à ce sujet. En tant qu'administrateur de la société, il appartenait au défendeur de prendre l'ensemble des mesures utiles au paiement des cotisations sociales. Les simples instructions données, mais non suivies par le directeur-gérant ne sauraient épuiser ses obligations. Au contraire, il lui appartenait de prendre les mesures commandées par le non respect de ses instructions, ceci conformément notamment aux art. 716 et suivants, particulièrement 716a ch. 1 à 5 CO. Or, aucune mesure concrète n'a été prise par le défendeur. Certes, il invoque l'absence de liquidités suffisantes de la société, durant une période. Le Tribunal observe toutefois que le défendeur a été administrateur de la société durant de nombreuses années – sous réserve d'une brève période liée au non-paiement de ses honoraires – et qu'à tout le moins au 31 décembre 1994, soit peu avant sa démission définitive les liquidités étaient suffisantes pour régler la dette de cotisations sociales déjà existante. Il est ainsi incompréhensible que lesdites cotisations n'aient pas été payées. Le Tribunal observe, en effet que, par exemple, le montant de cotisations arriérées s'élevait à moins d'un dixième des frais de publicités, selon le compte de résultat au 31 décembre 2004, et restait bien en-dessous des honoraires d'administrateur et de comptabilité cumulés des différents magasins. Ainsi, l'affirmation selon laquelle les liquidités devaient être consacrées en priorité au paiement des fournisseurs, pour autant qu'elle soit pertinente, tombe à faux. De surcroît, lorsque le défendeur invoque le fait qu'il n'était pas physiquement présent dans les locaux, il met en exergue ses propres carences. Quant au contrat de collaboration entre la société et X\_\_\_\_\_, il n'est pas établi qu'il ait été finalement conclu. Au demeurant, le document produit ne fait aucune mention du désintéressement de la caisse AVS. Au contraire, il prévoit la libération

A/2200/2009 - 11/12 - du directeur-gérant. Il n'est ainsi, pour le moins, d'aucun secours au défendeur, de sorte que le Tribunal, par appréciation anticipée des preuves renoncera à ordonner l'apport des annexes audit contrat. Il sera rappelé, à ce sujet que si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (KIESER, *Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung*, p. 212, n° 450; KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2e éd., p. 39, n° 111 et p. 117, n° 320; GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2e éd., p. 274; cf. aussi ATF 122 II 469 consid. 4a, 122 III 223 consid. 3c, 120 Ib 229 consid. 2b, 119 V 344 consid. 3c et la référence). Une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 Cst. (SVR 2001 IV n° 10 p. 28 consid. 4b), la jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst. étant toujours valable (ATF 124 V 94 consid. 4b, 122 V 162 consid. 1d et l'arrêt cité). Compte tenu des éléments qui précèdent, il apparaît que c'est à tout le moins par négligence grave que le défendeur a créé le dommage, par le non-paiement des cotisations sociales dues.

## **E. 8**

Pour le surplus, le montant finalement réclamé par la caisse AVS, en tant qu'il a été arrêté aux cotisations dues jusqu'au moment de la démission effective du défendeur de ses

fonctions d'administrateur n'est pas critiquable. Il n'est d'ailleurs pas remis en cause par le défendeur. Par ailleurs, lorsqu'il existe une pluralité de responsables, la caisse de compensation 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 à 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 119 V 86 consid. 5a p. 87). Ainsi, la réduction de 6'000 fr. opérée suite à la transaction devant le Tribunal avec deux des administrateurs ayant succédé au défendeur ne lèse pas ce dernier.

A/2200/2009 - 12/12 -

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