

GE_GERICHTE ATAS/327/2011 vom 29. März 2011

GE Cour de justice, 2011-03-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_327_2011

FR: GE_GERICHTE ATAS/327/2011 du 29 mars 2011

IT: GE_GERICHTE ATAS/327/2011 del 29 marzo 2011

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 Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 9 octobre 2009). S'agissant d'une action en réparation fondée sur l'art. 52 LAVS, la compétence de la Cour pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

A/3348/2009 - 10/17 -

E. 2

Aux termes de l'art. 1er al. 1er LAVS, les dispositions de la LPGA s'appliquent à l'AVS réglée dans la première partie, à moins que la loi n'y déroge expressément. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 229 consid. 1.1 et les références). Les règles de procédure s'appliquent quant à elles sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 71 consid. 6b). Les faits en question étant postérieurs à l'entrée en vigueur de la LPGA, elle s'applique donc au cas d'espèce.

E. 3

Déposés en temps utile et dans la forme légale, les recours sont recevables (art. 56 ss LPGA).

E. 4

Le litige porte sur la question de savoir si les recourants sont responsables du dommage causé par le non-paiement des cotisations sociales dues pour les années 2005 à 2007.

E. 5

a) L'art. 52 al. 3 LAVS prévoit que 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 et l'employeur peut renoncer à s'en prévaloir. Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA

(ATF 134 V 353 consid. 3.1). b) Par « moment de la connaissance du dommage » au sens de l'art. 52 al. 3 LAVS, il faut entendre, 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 (cf. ATF 128 V 15 consid. 2a, 126 V 443 consid. 3a, 121 III 388 consid. 3b, la jurisprudence rendue à propos de l'ancien art. 82 al. 1er du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants [RAVS ; RS 831.101] demeurant applicable ; ATF du 11 septembre 2007, H 220/06, consid. 3.3 et du 8 mai 2006, H 18/06, consid. 4.2). 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 ; ATF 129 V 193 consid. 2.3) : 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. c) En l'espèce, le délai part donc du 5 décembre 2008, date de la publication de la suspension faute d'actifs. La décision en réparation du dommage, notifiée le 18 juin

A/3348/2009 - 11/17 - 2009, est par conséquent intervenue dans le délai de deux ans prescrit par l'art. 52 al. 3 LAVS.

E. 6

a) Il ressort de l'art. 14 al. 1 LAVS, en relation avec les art. 34 ss du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS ; RS 831.10), 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; il doit également remettre périodiquement aux caisses les pièces comptables nécessaires au calcul des cotisations. L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi (cf. ATF 108 V 189 consid. 2a). 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) Aux termes de l'art. 52 al. 1er 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. Il sied de rappeler que cet article est une disposition spéciale (RCC 1989, p. 117). 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 sv. 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. c) Lorsque l'employeur est une personne morale, ses organes répondent solidairement, à titre subsidiaire, du dommage causé par celui-ci, notamment quand la personne morale n'existe plus au moment où la responsabilité est engagée (No 6003 des directives de l'Office fédéral des assurances sociales sur la perception des cotisations, ci-après : DP ; ATF 114 V 79, consid. 3 ; ATF 113 V 256, consid. 3c ; RCC 1988, p. 136, consid. 3c; ATF 111 V 173, RCC 1985, p. 649, consid. 2.). Selon la jurisprudence constante, ont la qualité d'organe, au sens de l'art. 52 LAVS, toutes les personnes physiques

qui agissent de manière déterminante pour elle et qui influent de manière déterminante sur la formation de sa volonté. L'organe dirigeant ne peut se dégager de sa responsabilité en déléguant tout ou partie de ses compétences à un tiers ; la diligence requise lui impose de le choisir correctement, de lui donner des instructions et de le surveiller (ATF 114 V 219, RCC 1989 p. 116 ; VSI 2002 p. 52, consid. 3c). 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

A/3348/2009 - 12/17 - 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 dispositions, 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. La notion d'organe au sens de l'art. 52 LAVS comprend non seulement les organes formellement nommés, qu'ils aient fait usage ou non de cette compétence, mais également les organes dirigeants matériels, soit les personnes qui prennent les décisions réservées aux organes formels ou qui se sont chargées de la gestion proprement dite, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 132 III 523 consid. 4.5 ; ATF 128 III 29 consid. 3a ; 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). Si la personne morale compte plusieurs organes, ils répondent solidairement du dommage qu'ils ont causé (ATF 119 V 78 ; ATF 108 V 189 = RCC 1983 p. 102). Les gérants d'une Sàrl qui ont été formellement désignés en cette qualité, ainsi que les personnes qui exercent cette fonction en fait répondent selon les mêmes principes que les organes d'une société anonyme pour le dommage causé à une caisse de compensation ensuite du non-paiement de cotisations d'assurances sociales (ATF 126 V 237). d) 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 (cf. arrêt du TFA H 96/03 du 30 novembre 2004, in SJ 2005 I p. 272, consid. 7.3.1). La négligence grave mentionnée à l'art. 52 LAVS est admise très largement par la jurisprudence. Selon la pratique, 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. Par exemple, les administrateurs d'une société qui se trouve dans une situation financière désastreuse, qui parant 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 gravité de la situation, que la société puisse s'acquitter des cotisations en souffrance dans un délai raisonnable (cf. ATF 108 V 183 consid. 2 p. 188 s.), commettent une négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS (arrêt du 5 mars 1996 in SVR 1996

A/3348/2009 - 13/17 - AHV no 98 p. 299, consid. 3; cf. ATF 108 V 189 consid. 4). 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 (cf. notamment RCC 1992 p. 268-269 consid. 7b, 1989 p. 115-116 consid. 4; ATFA du 21 mai 2003, H 13/03). Enfin, la jurisprudence estime que celui qui entre dans un conseil d'administration doit veiller tant au versement des cotisations courantes que celles arriérées, pour une période durant laquelle il n'était pas encore administrateur, car il existe en règle générale dans les deux cas un lien de causalité adéquate entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations, (RCC 1992, p. 262, 268) sous réserve du cas où l'administrateur est entré en fonction alors que la société était déjà insolvable (ATF 119 V 401 consid. 4c p. 407 s.), de sorte que celui-ci répond solidairement de tout le dommage subi par la caisse en cas de faillite de la société (ATF du 30 novembre 2004 H 96/03 in SJ 2005 I p. 272 ; ATF 132 III 523). En revanche, lorsque la société était déjà insolvable au moment où l'administrateur est entré en fonction, il ne peut être tenu pour responsable, tout au plus, que du dommage résultant de l'augmentation de la dette de cotisations envers la caisse jusqu'au moment de la faillite (ATF 119 V 405 ss consid. 4). Dans ce cas-là, l'administrateur d'une société anonyme répond du dommage causé à la caisse de compensation depuis le jour de son entrée effective au conseil d'administration, sans égard à la date de son inscription au registre du commerce (ATF 123 V 172 consid. 3).

E. 7

a) En premier lieu, les recourants considèrent qu'on ne saurait leur reprocher d'avoir agi intentionnellement, ou par négligence grave, dès lors que c'est en raison du non-paiement d'importantes factures par divers clients que la Société s'est retrouvée en faillite. En l'espèce, il ne fait pas de doute, et il n'est pas contesté, que les recourants sont des organes de la Société. Cela dit, dès son inscription au RC, la Société a eu des difficultés à régler ses cotisations, lesquelles ont fait l'objet de divers rappels, sommations et poursuites. Elle n'a même pas été en mesure d'honorer l'arrangement conclu avec l'intimée. Certes, les recourants indiquent avoir rencontré des problèmes de liquidités en particulier en raison du non-paiement, par des clients, de trois factures conséquentes. Cependant, il y a lieu de constater que s'agissant du client AG _____, les travaux ont débuté en avril 2006. De même, s'agissant du client AH _____, le montant réclamé par la Société à ce client concerne une facture émise le 2 mai 2007. Concernant le client AI _____, le dossier contient peu d'éléments, mais semble concerner une facture du mois de juillet 2006.

A/3348/2009 - 14/17 - Ainsi, alors même que la Société ne démontre pas avoir eu à faire face à des difficultés financières durant l'année 2005, les recourants n'ont pas réglé l'entier des cotisations dues à l'intimée pour cette période. Il en découle qu'ils ne sauraient se retrancher derrière les difficultés qu'ils ont rencontrées à recouvrer les trois factures précitées, faits qui ne sont dans tous les cas pas insolites dans la vie d'une société commerciale. À cet égard, il est pour le moins surprenant de constater que malgré les difficultés de trésorerie, il n'apparaît pas que les recourants aient entrepris d'efforts particuliers pour assainir la situation. En effet, la masse salariale entre 2005 et 2006 n'a que peu évolué dès lors qu'elle était de 455'896 fr. 65 en 2005 et 415'587 fr. 85 en 2006. Qui plus est, les recourants n'entendaient manifestement pas prendre les mesures qui s'imposaient, puisque pour l'année 2007, la Société escomptait avec une masse salariale de 430'000 fr. comme cela ressort du décompte qu'elle a établi en 2006. En 2007, la masse salariale s'est élevée à 265'353 fr. 90, étant rappelé que dès le 1er juillet 2007, la Société

n'avait plus d'employés à l'exception de Monsieur LA_____. Il en découle que sur 6 mois d'activité en 2007, la masse salariale, sans compter le revenu de ce dernier (48'100 fr.), était d'environ 217'253 fr (265'353 fr. - 48'100 fr.), soit peu ou prou de 434'506 fr. sur l'année (2 x 217'253 fr.). Par conséquent, les recourants n'ont entrepris aucune mesure afin de diminuer les charges. Or, la diminution de la masse salariale aurait à tout le moins permis de réduire le montant des charges, notamment sociales, et ainsi d'augmenter les liquidités, de sorte que les recourants auraient pu faire face à leurs obligations. Il est d'autant plus surprenant que les recourants, alléguant que la marche des affaires a diminué en 2006, n'ont entrepris aucune mesure afin d'assainir la situation, alors même qu'il ressort des divers décomptes produits que la plupart des employés avait des contrats de durée déterminée, ou travaillait à l'appel, ce qui aurait pu éviter des licenciements. La Cour a par ailleurs peine à croire les recourants lorsqu'ils indiquent avoir licencié des employés, sans que ces mesures n'aient eu d'influence sur la masse salariale. De surcroît, la Cour rappelle qu'en date du 19 décembre 2007 la société LB_____ Fils Sàrl a été inscrite au RC, dont Monsieur LB_____ est actuellement directeur. Le but de cette société est quasiment identique à la Société en question. Or, le comportement de ce dernier recourant est contradictoire et difficilement compréhensible. En effet, il expose que la Société a des difficultés à payer ses cotisations sociales en raison d'une baisse du volume d'affaire dès 2006 et de factures de clients impayées, mais prend le risque de créer une société identique. Il découle de ce qui précède que les recourants ont sciemment décidé de s'acquitter de toutes les dettes - étant rappelé qu'ils ont allégués que les créances de cotisations étaient les seules dettes de la Société - sur une période de trois ans, hormis les

A/3348/2009 - 15/17 - cotisations sociales, sans prendre de mesures concrètes pour remédier à cette situation. Si l'on peut comprendre que la Société doit payer ses fournisseurs pour poursuivre son activité, cela ne doit pas être au détriment systématique de l'assurance sociale. b) En second lieu, il ressort du RC que le 23 août 2005 a été inscrite la société Y_____ Sàrl, dont le but est notamment l'exploitation d'une entreprise de maçonnerie et béton armé, ainsi que le commerce et la location de machines de chantier, rendre tous services dans le domaine du jardinage. Monsieur LA_____ est gérant de cette société avec signature individuelle, et Monsieur LB_____ dispose d'une procuration individuelle. De même, jusqu'au 13 janvier 2004, date de sa radiation, a été inscrite au RC la société X_____ SA, qui avait pour but le commerce et la location de machines de chantier, l'entreprise générale de maçonnerie et béton armé, de jardinier et jardiniers-paysagiste et la construction de bien immobiliers, dont Monsieur LA_____ était directeur avec signature individuelle et Monsieur LB_____ disposait d'une procuration individuelle. Même si la Cour ignore si ces sociétés sont ou ont été actives, il n'en demeure pas moins qu'au vu des nombreuses sociétés gérées par les recourants, ils ne sauraient se prévaloir de la méconnaissance de leurs obligations vis-à-vis de l'intimée. Il en va ainsi en particulier de Monsieur LA_____, dès lors qu'il ressort de l'ordonnance de condamnation du 16 septembre 2008 qu'il a été condamné, en mars 2005, pour délit à la LAVS. c) Au vu de ce qui précède, il est manifeste que les recourants ont, par négligence grave, si ce n'est intentionnellement, violé leurs obligations vis-à-vis de l'intimée, en ne réglant pas l'entier des cotisations sociales. Les recourants n'ont pas démontré, dans le cadre de la procédure, avoir entrepris quelques démarches que ce soit afin d'assainir la situation de la Société, notamment en diminuant la masse salariale, ce d'autant plus qu'ils allèguent que le volume d'affaire a diminué. Il ne s'agissait pas de difficultés financières temporaires, celles-ci s'étant étendues sur de nombreuses années, sans réaction des intéressés.

LB_____ considère qu'il n'a pas à assumer le dommage causé à l'intimée antérieurement au 31 mai 2005, dès lors qu'avant cette date, il n'était pas organe de la Société. Toutefois, et conformément à la jurisprudence, celui qui entre dans un conseil d'administration doit veiller tant au versement des cotisations courantes que celles arriérées, pour une période durant laquelle il n'était pas encore administrateur, de sorte que celui-ci répond solidairement de tout le dommage subi par la caisse en cas de faillite de la société, sous réserve du cas où l'administrateur est entré en fonction alors que la société était déjà insolvable, ce que le recourant en question n'allègue pas. De surcroît, il ne saurait se retrancher derrière le fait, ce qu'il n'allègue pas, que c'est son père qui gérait la Société. En effet, et même s'il n'avait pas des connaissances spécifiques en comptabilité ou en gestion, cela ne suffit pas à

A/3348/2009 - 16/17 - dégager sa responsabilité, le fait d'être administrateur d'une Sàrl sans exercer les attributions qui y sont attachées relevant de la négligence grave. Partant, le recourant est tenu à réparation, à hauteur du montant ressortant de la décision sur opposition du 6 octobre 2009, soit 49'289 fr. 85 même s'il n'est entré en fonction que le 31 mai 2005. En conséquence, les deux recourants et Madame M_____ sont conjointement et solidairement responsables du dommage causé à l'intimée, à hauteur du montant ressortant de la décision sur opposition du 6 octobre 2009 concernant LB_____ soit 49'289 fr. 85. LA_____ et Sandrine M_____ sont également conjointement et solidairement responsables pour le solde du dommage causé (74'723 fr. 40 selon décision sur opposition du 24 juillet 2009 concernant LA_____ - 49'289 fr. 85). Les décisions sur oppositions contestées sont ainsi bien fondées.

E. 8

décembre 2009, les parties ont requis la suspension de la procédure au motif qu'une procédure était pendante devant la Cour de justice pour le recouvrement d'une créance de plus de 90'000 fr. Or, cette procédure opposant la Société aux époux AG_____ s'est achevée par arrêt de la Cour de justice, Chambre civile, du 18 septembre 2009, communiqués le 24 septembre 2009 et contre lequel les parties n'ont pas fait recours. Aussi, lors de l'audience du mois de décembre 2009, les recourants ne pouvaient ignorer que cet arrêt était définitif. Une telle manœuvre, dilatoire, n'est pas acceptable, de même que la proposition des recourants tendant à céder cette créance inexistante à l'intimée.

E. 9

Au vu de ce qui précède, les recours, mal fondés, doivent être rejetés.

A/3348/2009 - 17/17 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme :

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