

GE_GERICHTE ATAS/36/2011 vom 18. Januar 2011

GE Cour de justice, 2011-01-18, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_36_2011

FR: GE_GERICHTE ATAS/36/2011 du 18 janvier 2011

IT: GE_GERICHTE ATAS/36/2011 del 18 gennaio 2011

Erwägungen

E. 1

Jusqu'au 31 décembre 2010, 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). 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). In casu, la connaissance du dommage et toute la procédure qui a suivi sont postérieures au 1er janvier 2003, les décisions à l'origine du litige datent du

A/978/2009 - 9/16 - 19 février 2009, de sorte que les dispositions légales seront citées dans leur nouvelle teneur.

E. 3

Déposés dans les délai et forme prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA). L'intimée conclut à l'irrecevabilité du recours, en faisant valoir que l'opposition n'était pas motivée. La Cour de céans relèvera cependant qu'au regard des dispositions de la LPGA, la motivation de l'opposition n'est pas une condition nécessaire à la recevabilité d'un recours. Quoiqu'il en soit, en statuant sur le fond, dans le cadre de la décision sur opposition, l'intimée a implicitement admis la recevabilité de l'opposition déposée par le recourant.

E. 4

Le litige porte sur la responsabilité du recourant pour le dommage subi par l'intimée ensuite du non paiement des cotisations sociales par la société. Il convient de préciser que la question de la responsabilité du directeur de la société est tranchée par arrêt séparé dans la cause n° A/947/2009.

E. 5

Selon l'art. 52 al. 3 LAVS, 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 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). 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 ■■■■■■■■■■■■ ■■ ■■■■■■■■■■■■ ■■ ■■■ ■■■ ■■■ ■ATF 129 V 193 ■■■ ■ ■■■ ■ATF 113 V 256

A/978/2009 - 10/16 - au sens de l'art. 82 aRAVS (arrêt A. du 19 février 2003, H 284/02, consid. 7.2; cf. aussi Thomas Nussbaumer, Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS, in RCC 1991, p. 405 s.). 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 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. 3c, RCC 1988, p. 137; GILLIERON, op. cit. pages 179, 224). En l'espèce, la faillite de la société a été prononcée le 5 avril 2005 et le dépôt de l'état de collocation et de l'inventaire a été publié le 2 novembre 2005. La décision en réparation du dommage notifiée au recourant le 16 août 2007 est par conséquent intervenue dans le délai de deux ans prescrit par l'art. 52 al. 3 LAVS.

E. 6

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. En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par l'intimée et correspond aux cotisations AVS/AI/APG/AC d'avril 2003, de juin à

A/978/2009 - 11/16 - décembre 2003, du complément de l'année 2003 et du rapport de contrôle des années 2000 à 2003 ainsi qu'aux cotisations dues au régime des allocations familiales et de l'assurance maternité selon le rapport de contrôle des années 2000 à 2003, soit 64'070 fr. 10. A ces cotisations, s'ajoutent les frais administratifs, les intérêts moratoires et les taxes de sommation (11'680 fr. 85), soit un montant total de 75'750 fr. 95. Suite aux griefs invoqués dans le cadre de la présente procédure par le recourant et le directeur de la société, l'intimée a admis que l'activité déployée par Mme S _____ était une activité indépendante, de sorte que la reprise de salaires la concernant a été annulée et le montant réclamé à titre de dommage a été réduit à 75'750 fr. 95. Le recourant est d'avis que MM. T _____ et R _____ ont également exercé une activité indépendante au sein de la société. Le Tribunal de céans constate cependant qu'aucune pièce du dossier ne permet de retenir que tel était le cas. Le contrat signé par M. R _____ le 25 novembre 1999 et produit par le directeur lors de l'audience du 3 novembre 2009 relève au demeurant d'une activité salariée au vu des éléments mentionnés, soit notamment le nombre d'heures de travail hebdomadaires, les jours de vacances et une rémunération mensuelle fixe. La Cour de céans relèvera que le recourant admet que la société n'a pas payé les cotisations réclamées - résultant du relevé de compte détaillé versé à la procédure par l'intimée -, exception faite toutefois d'un montant de 4'000 fr. que l'intimée aurait omis de prendre en compte. Cela étant, le grief invoqué tombe à faux dès lors qu'il ressort des pièces versées à la procédure que le montant de 4'000 fr. versé en faveur de l'intimée le 3 janvier 2005 (chargé recourant) a été crédité sur les cotisations de février 2003 (402 fr. 60) et sur celles de mars 2003 (3'597 fr. 40 ; pièces annexées à la réponse de l'intimée du 30 avril 2009). Le recourant fait encore valoir que seules les charges sociales devraient être prises en compte à titre de dommage, à l'exclusion des frais et intérêts. La Cour de céans relèvera cependant que le dommage subi par la Caisse est constitué non seulement des cotisations paritaires (cotisations patronales et d'employés ou ouvriers) dues par l'employeur, mais également des contributions aux frais d'administration, des intérêts moratoires, des taxes de sommation et des frais de poursuite (Directives sur la

perception des cotisations, nos 7015 et 7016). Compte tenu de ce qui précède, le dommage subi par la Caisse s'élève à 75'750 fr. 95.

E. 7

Il convient encore d'examiner si le recourant peut être considéré comme étant « l'employeur » tenu de verser les cotisations à la Caisse.

A/978/2009 - 12/16 - 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), 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; 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 p. 193). 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). 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). En l'occurrence, il ressort de l'extrait du RC que le recourant a été administrateur unique de la société, avec signature individuelle, durant la période au cours de laquelle les cotisations n'ont pas été versées, soit de 2000 à 2003. Il est ainsi indéniable qu'il avait la qualité d'organe de la société faillie, ce qu'il ne conteste d'ailleurs pas.

E. 8

Reste à examiner si le recourant peut être tenu pour responsable du dommage subi par l'intimée.

A/978/2009 - 13/16 - 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. 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. 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. Ce devoir de surveillance incombe à tous les membres du conseil d'administration, nonobstant le mode de répartition interne des tâches au sein du conseil d'administration (ATF 114 V 219; ATF du 27 avril 2010 9C 926/2009). 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 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

A/978/2009 - 14/16 - 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

■ ■ ■ ■ ■ ATF 108 V 195

A/978/2009 - 16/16 - 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.