

GE_GERICHTE ATAS/413/2009 vom 7. April 2009

GE Cour de justice, 2009-04-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_413_2009

FR: GE_GERICHTE ATAS/413/2009 du 7 avril 2009

IT: GE_GERICHTE ATAS/413/2009 del 7 aprile 2009

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), 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), relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales, s'applique.

E. 3

Déposé dans les forme et délai prévus par la loi, le présent 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). Le Tribunal fédéral 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 (cf. ATF 116 V 75, consid. 3b ; 113 V 181, consid. 2 ; 112 V 8, consid. 4d ; 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. FRITSCHÉ : Schuldbetreibung und Konkurs II, deuxième édition page 112), d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

A/88/2008 - 10/17 - Selon la jurisprudence, le dommage est réputé survenu lorsque les cotisations dues ne peuvent plus être perçues, pour des motifs juridiques ou de fait (cf. RCC 1983, p. 477 ; RCC 1988, p. 137). Lorsque les cotisations demeurent impayées en raison de

l'insolvabilité de l'employeur (personne morale), le dommage est réputé survenu au moment où les créances de cotisations sont irrécouvrables, c'est-à-dire au moment où, eu égard à l'insolvabilité de l'employeur, les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire. (cf. MAURER : Schweizerisches Sozialversicherungsgesetz, volume II, p. 69). Ainsi, eu égard au principe de la subsidiarité de la responsabilité des organes de la personne morale, une caisse de compensation ne peut invoquer la réparation d'un dommage à l'encontre de ceux-ci que lorsque le débiteur des cotisations arriérées se trouve dans l'impossibilité, en raison de son insolvabilité, de verser les cotisations à sa charge. Dans le cas d'une faillite, le dommage est réputé suffisamment connu lors du dépôt de l'état de collocation (cf. VSI 1993 p. 110 ; ATF 119 V 92). b) En l'espèce, l'état de collocation a été déposé le 30 juin 2004 et modifié les 8 juillet et 8 décembre 2004. C'est donc à cette première date que la caisse a eu connaissance du fait qu'elle allait subir un dommage, puisque l'Office des faillites a indiqué qu'aucun dividende n'était prévisible, pour les créanciers de 2ème et 3ème classes. La décision en réparation du dommage, notifiée le 11 novembre 2005, est par conséquent intervenue dans le délai péremptoire de deux ans prescrit par l'art. 52 al. 3 LAVS. Par ailleurs, les oppositions comme les recours ont été déposés dans les formes et délais légaux. Les recours sont dès lors recevables (art. 52 LAVS et 60 al. 1 LPGA).

E. 5

a) 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 l'art. 52 LAVS est une disposition spéciale (RCC 1989, p. 117). La nouvelle teneur de l'art. 52 al. 1er LAVS 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. b) En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse, pour la somme de 82'960 fr. 35 correspondant aux cotisations dues par la société X_____ pour les périodes d'août et septembre 2000, janvier,

A/88/2008 - 11/17 - février, mai et août 2001, et pour des compléments suite à des contrôles AVS portant sur les années 96 à 99, 2000 à 2001, aux cotisations allocations familiales d'août 2001 avec un complément 2001 et aux cotisations assurance-maternité de juillet et août 2001 avec un complément 2000 et 2001.

E. 6

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 fédéral a déclaré, à répétition, 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) 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; 113 V 256, consid. 3c; RCC 1988, p. 136, consid. 3c; ATF 111 V 173, RCC 1985, p. 649, consid. 2.). 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

A/88/2008 - 12/17 - 1988 en la cause A. ; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., p. 209 et ss). c) Dans le cas d'espèce, le recourant, administrateur de X _____ depuis sa création, avec signature individuelle et inscrit au Registre du commerce, est à l'évidence un organe au sens des règles susmentionnées.

E. 7

Reste à examiner s'il peut être tenu responsable du dommage subi par la caisse. 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). On rappellera que celui qui entre dans le conseil d'administration d'une société a le devoir de veiller tant au versement des cotisations courantes qu'à l'acquittement des cotisations arriérées, pour une période pendant laquelle il n'était pas encore administrateur. En règle générale, un administrateur répond solidairement de tout le dommage subi par la caisse de compensation en cas de faillite de la société (RCC 1992 p. 262, 268 s. consid. 7b), à l'exception du cas dans lequel la société était déjà surendettée au moment où l'administrateur est entré en fonction. Par ailleurs, si les membres du conseil d'administration qui ne sont pas chargés de la gestion ne sont certes pas tenus de surveiller chaque affaire des personnes chargées de la gestion et de la représentation mais peuvent se limiter au contrôle de la direction et de la marche des affaires, ils doivent cependant, entre autres obligations, se mettre régulièrement au courant de la marche des affaires, exiger des rapports et les étudier minutieusement et, au besoin, demander des renseignements

A/88/2008 - 13/17 - complémentaires et essayer de tirer au clair d'éventuelles erreurs (ATF 114 V 223 consid. 4a ; arrêt du TF en la cause H 265/02 du 3 juillet 2003). Constitue une faute grave le fait d'accepter et de conserver un mandat d'administrateur sans exercer les pouvoirs et les devoirs qui sont attachés à cette charge, ou sans pouvoir la remplir consciencieusement, car dans un tel cas il doit démissionner (cf. ATF 122 III 200). S'accommoder, par passivité, du non-paiement des cotisations est constitutif d'une négligence grave (RCC 1989 p. 114). Enfin, lorsque les administrateurs sauvegardent leurs intérêts alors qu'aucune perspective d'assainissement n'est envisageable ni envisagée, leur responsabilité doit s'apprécier avec une extrême rigueur (cf. ATF 113 II 57). On peut, en effet, attendre des administrateurs propriétaires de l'entreprise qu'ils revoient à tout le moins à la baisse leur rémunération à partir du moment où la mise en liquidation de la société est envisagée et que des dettes importantes de cotisations existent (cf. arrêt du TF du 6 février 2006, en la cause H 174/05). 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).

E. 8

a) En l'espèce, le recourant allègue avoir réagi rapidement, soit aussitôt qu'il avait pris conscience de la gravité de la situation, et considéré que la seule solution résidait dans la cession de X_____ à une entreprise qui soit de notoriété suffisante pour que le personnel accepte la restructuration. Aussi avait-il entrepris des démarches auprès de la société Z_____ SA dans le courant de l'année 2001, ce qu'a confirmé Monsieur H_____, directeur général de Z_____ SA, lors de son audition le 2 septembre 2008, étant précisé que c'est avec Monsieur G_____ que les discussions avaient eu lieu et non avec le recourant. Les négociations avec la société Z_____ SA n'avaient cependant finalement pas abouti sans qu'il puisse en être tenu pour responsable, selon lui. Monsieur H_____ est en effet venu témoigner à cet égard que si aucun contrat n'avait été conclu, ce n'était pas parce que la situation financière de X_____ était mauvaise, mais parce que son domaine d'activité (distribution de logiciels tiers et hardware) ne

correspondait pas aux besoins et attentes de Z_____ SA. Le Tribunal de céans constate que les seules démarches entreprises par le recourant, soit par Monsieur G_____ en réalité, ont porté sur la recherche d'une société susceptible d'acquérir les actifs de X_____, et ce dès mars 2001 seulement. Le licenciement du personnel n'est intervenu qu'en juillet 2001, juste avant le dépôt de bilan. Le recourant n'a effectué aucune autre tentative afin de redresser la situation de X_____. Il ne fait en particulier état d'aucune mesure d'économie qu'il aurait prise ou encouragé à prendre.

A/88/2008 - 14/17 - Le recourant déclare que Monsieur H_____ a été engagé parce que Monsieur G_____ était trop occupé par Y_____ SA. Or, il ne l'a été qu'en décembre 1999, soit trois ans après que Monsieur G_____ ait commencé à s'intéresser à cette société. b) Il est vrai que le recourant ne s'occupait pas directement ni de l'engagement du personnel, ni du paiement du salaire et des charges sociales. Il lui appartenait cependant de veiller, en sa qualité d'administrateur, à ce que ces charges soient versées régulièrement à la caisse. Il reproche à Monsieur H_____ d'avoir conduit X_____ à un surendettement pour un montant de 500'000 fr. en un semestre. Il oublie ce faisant que le fait que celui-ci soit inscrit au Registre du commerce en qualité de sous-directeur de décembre 1999 à septembre 2000 ne le déchargeait quoi qu'il en soit pas de sa propre responsabilité d'administrateur. Il a du reste atténué ses propos contre Monsieur H_____ lors de sa comparution personnelle du 15 avril 2008 et par ailleurs confirmé que ses tâches n'avaient pas été modifiées lors de l'arrivée de celui-ci. Or, ses tâches comprenaient précisément l'examen des comptes et la participation aux décisions importantes, étant à cet égard rappelé qu'il était expert-comptable et au surplus l'administrateur de la société chargée de la révision. Aussi, en assumant les charges qui lui étaient dévolues, ne pouvait-il ignorer que les cotisations dues à la caisse n'étaient qu'irrégulièrement, voire pas payées, et partageait-il, pour le moins, la responsabilité de la conduite de X_____. c) Il souligne qu'en 1997, X_____ avait réalisé un chiffre d'affaires de 5'000'000 fr. et qu'en 1999, un bénéfice de 126'968 fr. avait pu être dégagé. Il allègue qu'à l'époque où les négociations de reprise avec Z_____ SA ont commencé, l'insuffisance de la trésorerie de X_____ rendait certes le redressement difficile, mais pas impossible. Le Tribunal de céans relève toutefois que le bénéfice 1999 ne saurait être déterminant pour considérer que X_____ disposait encore d'un potentiel intéressant, puisque figurait encore cette année-là une perte reportée de 203'441 fr. et que X_____ subissait à nouveau une perte importante en 2000 de 485'002 fr. Il importe également de constater que X_____ était vraisemblablement surendettée depuis 1997 déjà avec une perte de 98'990 fr. Il y a à cet égard lieu de rappeler que dans son rapport du 20 janvier 2000, portant sur l'exercice 1998, l'organe de révision relevait que malgré l'existence d'un surendettement, le Conseil d'administration n'avait pas jugé opportun d'obtenir les dispositions de l'art. 725 CO, en raison de l'amélioration notable obtenue en 1999, que dans son rapport du 26 janvier 2001, portant sur l'exercice 1999, il rappelait la décision antérieure du Conseil d'administration, insistait sur le fait que l'exercice 2000 avait été difficile et

A/88/2008 - 15/17 - suggérait d'établir les comptes 2000 ainsi que des projections financières dans les délais les plus brefs, que dans son rapport du 30 juillet 2001, portant sur l'exercice 2000, il indiquait une perte reportée au 31 décembre 2000 de 688'444 fr. et attirait l'attention du Conseil d'administration sur son obligation d'informer le juge selon l'art. 725 CO, sauf si des mesures d'assainissement fortes (par exemple : fusion, cession de

l'entreprise, apports d'un financier) et immédiates étaient réalisées. Le recourant a ainsi manifestement tardé à déposer le bilan puisqu'il ne l'a fait que le 9 août 2001. On ne voit en effet pas comment, au vu de ce qui précède, il avait raisonnablement pu penser qu'en se contentant de verser la part pénale des cotisations et en retardant le paiement de la part employeur, il pourrait s'acquitter finalement de cette dette dans un délai raisonnable. Au vu des montants dus par X_____, à hauteur de 92'292 fr. 45 (créances de 1ère classe), de 85'641 fr. 20 (créances de 2ème classe) et de 596'360 fr. 70 (créances de 3ème classe) lors de la faillite, aucune personne capable de discernement n'aurait sérieusement envisagé un redressement de la situation de X_____. Qui plus est, lorsque Monsieur G_____ a sollicité de la caisse un arrangement de paiement, en octobre 2000, la dette de cotisations s'élevait déjà à plus de 60'000 fr. Seul un crédit bancaire obtenu grâce au nantissement de titres détenus à titre privé avait permis à X_____ de poursuivre son activité cette année-là. Or, lui et le recourant ont encore attendu une année avant de songer à demander l'application de l'art. 725 CO. Force est de constater qu'ils ont ainsi, solidairement, aggravé le dommage causé la caisse. Force est de constater que le recourant a, de ce fait, engagé sa responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS. d) Le recourant fait valoir que l'Office des faillites avait omis d'inventorier des débiteurs dans la faillite pour un montant d'environ 150'000 fr. Le Tribunal fédéral a toutefois eu l'occasion de juger à cet égard que d'éventuels manquements de cet Office survenus ultérieurement ne sauraient constituer un facteur interruptif du lien de causalité adéquate entre le dommage subi par la caisse et les actes dommageables dont les anciens administrateurs se seraient rendus responsables à son encontre. Il a en effet considéré que le dommage dont il est question à l'art. 52 LAVS ne devait pas être confondu avec celui des anciens administrateurs résultant des manquements de l'office des faillites (ATF du 10 janvier 2007, H 95/05).

E. 9

Aussi le recours est-il rejeté.

A/88/2008 - 16/17 -

A/88/2008 - 17/17 -

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