

# **GE\_GERICHTE ATAS/440/2010 vom 28. April 2010**

GE Cour de justice, 2010-04-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_440\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_440_2010)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/440/2010 du 28 avril 2010

IT: GE\_GERICHTE ATAS/440/2010 del 28 aprile 2010

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), 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 ; RS 830.1), relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS ; RS 831.10). 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'art. 52 LAVS. Ses dispositions générales de procédure sont applicables au cas d'espèce (cf. ATF 130 V 1). Sur le plan matériel, les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 129 V 4 consid. 1.2 et les références).

### **E. 3**

Le litige porte sur la responsabilité des recourants quant au dommage subi par l'intimée en raison du non-paiement des cotisations sociales par la société faillie, durant les années 2001 à 2006.

### **E. 4**

Selon l'art. 52 LAVS, en sa teneur en vigueur dès le 1er janvier 2003, 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. 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 15 consid. 5b, 122 V 66 consid. 4a, 119 V 405 consid. 2 et les références). La caisse de compensation compétente fait valoir sa créance en réparation du dommage par décision (art. 52 al. 2 LAVS). Le nouvel art. 52 LAVS (introduit par le ch. 7 de l'annexe à la LPGA) prévoit à son al. 3 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

A/1614/2009 - 7/12 - 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 (cf. SVR 2005 AHV n° 15 p. 49 consid. 5.1.2; FF 1994 V 964 sv., 1999 p. 4422). Il convient de préciser que la LPGA ne contient pas de disposition transitoire relative aux délais de péremption et de prescription prévus par l'ancien art. 82 RAVS et l'art. 52 al. 3 LAVS. Ce point a toutefois été réglé dans un arrêt du 27 septembre 2005 (ATF 131

V 425). A cette occasion, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que les prétentions en dommages-intérêts qui n'étaient pas encore périmées au 1er janvier 2003 sont assujetties aux règles de prescription de l'art. 52 al. 3 LAVS qui sont entrées en vigueur à ce moment-là (consid. 5.1 et 5.2), confirmant ainsi le bien-fondé de la pratique administrative (ch. 7057.1 des directives de l'OFAS sur la perception des cotisations). Le dommage survient dès que l'on doit admettre que les cotisations dues ne peuvent plus être recouvrées, pour des motifs juridiques ou de fait (ATF 129 V 195 consid. 2.2, 126 V 444 consid. 3a, 121 III 384 consid. 3bb, 388 consid. 3a). Tel sera le cas lorsque des cotisations sont frappées de péremption, ou en cas de faillite, en raison de l'impossibilité pour la caisse de récupérer les cotisations dans la procédure ordinaire de recouvrement. Par moment de la « connaissance du dommage », 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 (ATF 128 V 17 consid. 2a, 126 V 444 consid. 3a, 452 consid. 2a, 121 III 388 consid. 3b et les références). En ce qui concerne le moment de la connaissance du dommage en cas de faillite, la jurisprudence retient généralement 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 195 sv. consid. 2.3). 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 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 (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 ss).

A/1614/2009 - 8/12 -

#### **E. 5**

En l'espèce, la caisse a eu connaissance du dommage au plus tôt dès la réception, le 28 juillet 2006, de plusieurs actes de défaut de biens. Force est de constater qu'en notifiant ses actions en réparation du dommage le 25 juin 2008, l'intimée a agi dans le délai de prescription de deux ans de l'art. 52 al. 3 LPGA. Quant au délai de cinq ans dès la survenance du dommage, il est respecté également (cf. ATF 123 V 16).

#### **E. 6**

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. L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. Celui qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 193 consid. 2a p. 195 et les références).

En ce qui concerne la notion d'organe selon l'art. 52 LAVS, on précisera qu'elle est en principe identique à celle qui se dégage de l'art. 754 al. 1 CO. En matière de responsabilité des organes d'une société anonyme, l'art. 52 LAVS vise aussi, en première ligne, les organes statutaires ou légaux de celle-ci, soit les administrateurs, l'organe de révision ou les liquidateurs, c'est-à-dire les personnes qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 V 441 consid. 2b, 571 consid. 3, 107 II 353 consid. 5a; NUSSBAUMER, op. cit. p. 403 sv.; KNUS, Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV, thèse Zurich 1989, p. 14 ss). Mais les critères d'ordre formel ne sont, à eux seuls, pas décisifs et la qualité d'organe s'étend aux personnes qui ont pris des décisions réservées aux organes ou se sont chargées de la gestion proprement dite, participant ainsi de manière déterminante à la formation de la volonté de la société (ATF 119 II 255, 117 II 571 consid. 3, 441 consid. 2b, 114 V 214 ss consid. 4, 79 sv.; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2e éd., p. 209 ss; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2e éd., p. 1072, note 1969; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, § 37, note 4; Peter Viktor KUNZ, Rechtsnatur und Einreordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, thèse Berne 1993, p. 182 ss). La qualité d'organe est donc réservée aux personnes exécutant leurs obligations au sein de la société ou à l'égard des tiers en vertu de leur propre pouvoir de décision. Le fait qu'une personne est inscrite au registre du commerce avec droit de signature n'est, à lui seul, pas déterminant (FORSTMOSER, op. cit., p. 209, note 656). La préparation de décisions par une collaboration technique, commerciale ou juridique ne suffit pas à conférer la qualité d'organe au sens matériel. En d'autres termes, la responsabilité liée à la qualité d'organe présuppose que l'intéressé ait eu des compétences allant nettement au-delà d'un travail préparatoire et de la création des bases de décisions,

A/1614/2009 - 9/12 - pour se concentrer sur la participation, comme telle, à la formation de la volonté de la société. La responsabilité pour la gestion ne vise ainsi que la direction supérieure de la société, au plus haut niveau de sa hiérarchie (sur ces divers points, voir ATF 117 II 572 sv).

## **E. 7**

En l'occurrence, il résulte de l'extrait du Registre du commerce, que les recourants étaient tous deux administrateurs de la société faillie, au bénéfice d'une signature individuelle. Ils étaient ainsi indiscutablement des organes de la société, ce qu'ils ne contestent au demeurant pas. Ils nient en revanche toute responsabilité sous l'angle de l'art. 52 LAVS, alléguant avoir pris toutes les mesures pour diminuer les charges de l'entreprise, en fermant notamment plusieurs magasins et en se séparant d'une partie du personnel, d'avoir agi au mieux s'agissant du paiement des cotisations sociales et d'avoir proposé une offre de règlement refusée par l'intimée. Il convient de rappeler que la condition essentielle de l'obligation de réparer le dommage consiste, selon le texte même de l'art. 52 LAVS, dans le fait que l'employeur a, intentionnellement ou par négligence grave, violé des prescriptions et ainsi causé un préjudice. L'intention et la négligence constituent différentes formes de la faute. L'art. 52 LAVS consacre en conséquence une responsabilité pour faute résultant du droit public. Il y a obligation de réparer le dommage, dans un cas concret, que s'il n'existe aucune circonstance justifiant le comportement fautif de l'employeur ou excluant l'intention et la négligence grave. A cet égard, on peut envisager qu'un employeur cause un dommage à

la caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions en matière d'AVS, sans que cela entraîne pour autant une obligation de réparer le préjudice. Tel est le cas lorsque l'inobservation des prescriptions apparaît, au vu des circonstances, comme légitime et non fautive (ATF 108 V 186 consid. 1b, 193 consid. 2b; RCC 1985 p. 603 consid. 2, 647 consid. 3a). Ainsi, il peut arriver qu'en retardant le paiement de cotisations, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie, par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie. Mais il faut alors, pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'art. 52 LAVS, que l'on puisse admettre que l'employeur avait, au moment où il a pris sa décision, des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable (ATF 108 V 188; RCC 1992 p. 261 consid. 4b).

## **E. 8**

Dans le cas d'espèce, le Tribunal de céans relève que la société faillie connaissait des difficultés financières depuis le début des années 1990 déjà et que le retard dans le paiement des cotisations était récurrent, contraignant l'intimée à notifier de nombreux commandements de payer, ainsi que des menaces de poursuites pénales pour les cotisations des années 2004 et 2005. Peu avant la faillite, l'intimée s'est vu délivrer pas moins de quinze procès-verbaux de saisie valant actes de défaut de biens.

A/1614/2009 - 10/12 -

Les recourants allèguent avoir procédé, dès le début des années 2000, au licenciement d'une partie du personnel ainsi qu'à la fermeture de plusieurs magasins. En outre, ils rappellent avoir collaboré avec l'Office des poursuites pour procéder à la vente des biens saisis, permettant ainsi d'obtenir un prix supérieur à ce qu'aurait rapporté une vente aux enchères.

Force est cependant de constater que les mesures entreprises par les recourants en matière de restructuration se sont avérées tardives, qu'elles n'ont pas permis d'éviter la délivrance d'actes de défaut de biens, ni la faillite et, surtout, qu'elles n'ont pas eu d'impact quant au paiement des charges sociales. Le recourant a d'ailleurs reconnu qu'il payait en priorité les fournisseurs, au détriment de l'AVS. Durant des années, les recourants n'ont pris aucune mesure concrète afin de s'acquitter des cotisations arriérées. En effet, la vente des biens à laquelle ils ont activement participé portait sur des biens saisis par l'Office des poursuites pour plus de 390'000 francs, et ce peu avant la faillite. Quant à l'offre de paiement partiel, elle a été formulée également très tardivement, en 2006 seulement et après saisie, alors que la situation financière de la société était obérée. Partant, les recourants ne sauraient valablement soutenir qu'en retardant le paiement des cotisations sociales, ils espéraient pouvoir s'acquitter des arriérés de cotisations dans un délai raisonnable.

Au vu de ce qui précède, il convient d'admettre que les recourants ont commis, à tout le moins, une négligence grave de sorte que leur responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS est engagée.

## **E. 9**

Les recourants invoquent ensuite une faute concomitante de la caisse, à qui ils font grief d'avoir contribué à augmenter le dommage, en refusant la proposition de paiement d'un montant de 100'000 francs et d'accorder des délais de paiement pour le solde de la créance. La jurisprudence admet l'application par analogie des art. 4 LRFC et 44 al. 1 CO, et la réduction de l'obligation de réparer le dommage au sens de l'ancien art. 52 LAVS en raison d'une faute propre de la caisse de compensation intéressée (ATF 122 V 185). Il faut

cependant que l'administration ait gravement violé ses devoirs, ce qui sera le cas lorsque la caisse a violé des prescriptions élémentaires en matière de fixation et de perceptions des cotisations. La violation de ces obligations doit être constitutive de négligence grave et être en relation de causalité avec le dommage subi (ATF 122 V 185 consid. 3c; Thomas NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, PJA 1996, § 9 pp. 1081-1982). En l'occurrence, l'argument des recourants tombe à faux. D'une part, si tant est qu'une proposition ait été réellement émise, elle l'a été quoi qu'il en soit après le mois d'avril 2006, donc très tardivement ; la caisse n'était alors pas en mesure d'accorder un quelconque sursis au paiement, car les conditions légales n'étaient

A/1614/2009 - 11/12 - pas remplies (nombreuses poursuites en cours, dette de plus de 300'000 francs, biens saisis et ventes, etc.). D'autre part, on ne voit pas en quoi l'intimée aurait violé ses obligations en refusant l'offre des recourants. En effet, les biens de la société avaient déjà été saisis, le montant des cotisations arriérées étaient bien supérieur au montant offert et l'hypothèse du recouvrement total des cotisations sociales très aléatoire. Enfin, les recourants ne sauraient tirer un quelconque avantage du fait que l'intimée ne les aurait finalement pas dénoncés au Procureur général. Le Tribunal de céans considère que le comportement de l'intimée ne saurait être qualifié d'illicite ou constitutif d'une négligence grave et qu'il n'y a pas lieu de retenir une faute concomitante.

#### **E. 10**

Le montant du dommage, frais et intérêts moratoires inclus, s'élève au total à 220'955 fr., respectivement à 175'574 fr. 60 pour la recourante (cf. relevé de compte détaillé, pièces complémentaires intimée). Les recourants n'apportent à cet égard aucun élément concret permettant de remettre sérieusement en cause le montant du dommage tel que calculé par l'intimée.

#### **E. 11**

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

A/1614/2009 - 12/12 -

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