

GE_GERICHTE ATAS/485/2008 vom 22. April 2008

GE Cour de justice, 2008-04-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_485_2008

FR: GE_GERICHTE ATAS/485/2008 du 22 avril 2008

IT: GE_GERICHTE ATAS/485/2008 del 22 aprile 2008

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 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. 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, la décision à l'origine du litige datant du 20 février 2006, de sorte que les dispositions légales seront citées dans leur nouvelle teneur.

E. 3

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 ATFA du 30 novembre 2004 en la cause H 96/03). Le TFA 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/2500/2006 - 12/18 - 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 publié le 8 juin 2005. C'est donc à ce moment qu'elle a eu connaissance du fait qu'elle allait subir un dommage, fait confirmé puisque la faillite a été clôturée le 29 novembre 2005 sans qu'aucun dividende n'ait pu être versé aux créanciers. Au vu de la jurisprudence susmentionnée, même si la faillite n'était pas clôturée cela n'empêcherait pas la caisse d'agir contre les anciens organes, un éventuel dividende étant ensuite imputé sur le montant du dommage. La décision en réparation du dommage, notifiée le 20 février 2006, 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 délais légaux. Les recours sont dès lors recevables par la forme (art. 52 LAVS et 60 al. 1 LPGA).

E. 4

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 cet article 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 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.

A/2500/2006 - 13/18 - b) En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse, soit un solde de cotisations pour les années 2002 à 2004 de 350'520 fr. 05, dont il convient de déduire la part pénale réglée par l'administrateur, ce qui réduit les prétentions de la caisse à 338'850 fr. 95. Cette somme résulte des décomptes produits par la caisse et de sa réponse aux recours.

E. 5

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 TFA a déclaré, à réitérées reprises, 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 TFA 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'elle leur cause 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;

A/2500/2006 - 14/18 - ATF 112 II 1985 et l'arrêt du 21 avril 1988 en la cause A; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., p. 209 et ss). c) Dans le cas d'espèce, M. E _____, ancien administrateur inscrit au RC, est à l'évidence un organe au sens des règles susmentionnées. Autre est la question relative à M.

F _____, qui n'était pas administrateur mais directeur, inscrit comme tel avec signature individuelle au RC. Il peut être recherché également, à titre d'organe de fait, mais pour autant que l'on doive retenir qu'il prenait effectivement des décisions relevant d'un organe, qu'il assumait la gestion proprement dite de la société, qu'il prenait une part prépondérante à la formation de sa volonté. A priori, le poste de directeur de la société en cause peut correspondre à cette définition. Cependant, s'il est certain que l'appelé en cause aurait dû être qualifié d'organe de fait alors qu'il était directeur général de la société, tel n'est pas le cas, de l'avis du Tribunal et au vu de l'instruction menée par lui, du recourant qui lui a succédé à ce poste. Plusieurs éléments vont, en effet, dans ce sens. D'une part, le contrat de travail établi entre la société et M. F _____, le 30 juin 1986, aux termes duquel ce dernier a été engagé en qualité de chef comptable et responsable du personnel de la société, n'a pas été modifié lorsque la direction de la société lui a été confiée et qu'il a été, à ce titre, inscrit au rejet du commerce. Certes, cette absence de modification formelle n'est qu'un indice. S'y ajoute, toutefois, le fait que le précédent directeur général a continué de percevoir son salaire, car, malgré les apparences et les formalités d'inscription au RC, il restait le véritable dirigeant. Enfin, il n'était pas dans le pouvoir du recourant de privilégier le paiement des cotisations sociales, lorsque la trésorerie le permettait. Il n'était même pas

en son pouvoir d'informer l'administrateur de la réalité de la situation, au vu des instructions qu'il recevait de l'appelé en cause. L'administrateur a lui-même reconnu lors de son audition que le recourant était clairement subordonné à l'appelé en cause. Le fait que le témoin n'ait pas pu constater le contraire est sans pertinence, car l'on sait que le recourant agissait sur instruction de l'appelé en cause. Il faut également garder à l'esprit, au vu de la jurisprudence susmentionnée, que l'administrateur est par définition un organe contre lequel une caisse peut se retourner, ce qui n'est pas le cas d'un directeur, qui a priori n'a pas à répondre du dommage. Il faut donc que les conditions posées par le TFA pour lui reconnaître la qualité d'organe de fait soient pleinement remplies. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Par conséquent, la décision de la caisse sera annulée en tant qu'elle est dirigée contre M. F _____, et le recours de celui-ci admis.

E. 6

a) Reste à examiner si l'administrateur, M. E _____, doit être tenu pour responsable du dommage subi par la caisse. b) Le TFA 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

A/2500/2006 - 15/18 - 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 (ATFA du 28 juin 1982, RCC 1983, p. 101). 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 l'intéressé-e. 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). Par ailleurs, 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 sv. consid. 7b), à l'exception du cas dans lequel la société était déjà surendettée au moment où l'administrateur est entré en fonction. Enfin, il sied de rappeler que 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 complémentaires et essayer de tirer au clair d'éventuelles erreurs (ATF 114

V 223 consid. 4a ; ATF non publié 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) - à l'instar d'ailleurs de ce qu'a fait, pour ces mêmes raisons, l'administrateur H_____. Le TF a maintes fois précisé que celui qui se déclare prêt à assumer ou à conserver un mandat d'administrateur, tout en sachant qu'il ne pourra pas le remplir consciencieusement, viole son obligation de diligence (voir p. ex. ATF 122 III 200 consid. 3b ; ATFA non publié du 15 juin

A/2500/2006 - 16/18 - 2004 en les causes 318, 320 et 321/03). Ainsi, le membre du conseil d'administration exclu de la gestion reste tenu de surveiller les personnes responsables de celle-ci jusqu'à ce qu'il soit relevé de ses fonctions. S'accommoder, par passivité, du non-paiement des cotisations est constitutif d'une négligence grave (RCC 1989 p. 114). De même en est-il lorsque un administrateur le devient comme un homme de paille et ne fait pas usage de ses droits et obligations de contrôle (RCC 1986 p. 421). c) Vu ce qui précède, point n'est besoin de grands développements pour constater que le recourant a clairement failli à son mandat d'administrateur. Il s'est satisfait des réponses générales et rassurantes qu'on lui a faites sans jamais demander à consulter la moindre pièce, axant clairement son intérêt sur la question de savoir si le bénéficiaire serait intéressant ou non, ne s'intéressant à aucun moment de la question de savoir si les charges sociales étaient réglées ou en souffrance. Certes, il a été tenu à l'écart, mais cette circonstance n'est pas de nature à le soustraire à sa responsabilité. Sa passivité, son inaction, sont constitutives d'une négligence grave. d) Le recourant, ancien administrateur, invoque une faute concomitante de la caisse. Il est vrai que dans certaines circonstances l'inaction d'une caisse de compensation peut être constitutive d'une faute concomitante et conduire à la réduction de la responsabilité de l'intéressé. Mais il faut un lien de causalité adéquat entre la violation des devoirs par la caisse et la création ou l'aggravation du dommage, tels, par exemple, le fait d'accorder de nombreux sursis hasardeux (cf. VSI 1996 p. 310 ; ATFA du 19 août 2003, cause H 142/03, et du 30 novembre 2004, cause H 96/03. Rien de tel dans le cas d'espèce. D'une part, la caisse n'est pas restée inactive puisqu'elle a régulièrement notifié des sommations à la société. Les poursuites ont certes été introduites relativement tardivement, mais cela n'a pas eu pour conséquence de créer ou d'augmenter le dommage. Il suffit pour s'en convaincre de se rappeler l'évolution du solde des cotisations entre 1999 et 2004, qui a certes beaucoup fluctué durant ces années, mais qui était de 300'000 fr. au mois d'avril 1999 et de 345'000 fr. au mois d'août 2004. C'est dire que si la caisse avait entrepris des poursuites dès 1999, le dommage n'aurait guère été différent de celui d'aujourd'hui. À cela s'ajoute que la société dépendait, pour sa trésorerie, de la société française, ce que la Caisse savait. Le versement des cotisations se faisait pour cette raison par à-coups. L'organe de la société est mal venu de reprocher aujourd'hui à la caisse d'avoir tenu compte des spécificités de la société dans sa gestion du contentieux.

E. 7

La décision de la caisse sera dès lors confirmée à l'égard du recourant ex- administrateur, et son recours rejeté.

A/2500/2006 - 17/18 -

A/2500/2006 - 18/18 -

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