

GE_GERICHTE ATAS/487/2008 vom 23. April 2008

GE Cour de justice, 2008-04-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_487_2008

FR: GE_GERICHTE ATAS/487/2008 du 23 avril 2008

IT: GE_GERICHTE ATAS/487/2008 del 23 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'art. 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). Il est également compétent pour les contestations prévues à l'art. 38A de la loi cantonale sur les allocations familiales du 1er mars 1996 (LAF), en vertu de l'art. 56V al. 2 let. e LOJ. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

a) La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-vieillesse, notamment en ce qui concerne l'art. 52 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS). Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'art. 52 LAVS et les art. 81 et 82 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) ont été abrogés. Les nouvelles dispositions légales ont notamment remplacé la procédure de la décision administrative, suivie, en cas d'opposition, d'une action de la caisse en réparation du dommage (ancien art. 81 RAVS), par une procédure de décision, de décision sur opposition et de recours de droit administratif (art. 52 al. 2 LAVS, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2003, art. 52 et 56 LPGA). b) La procédure de l'action en réparation du dommage n'est plus applicable en l'espèce, dès lors que la LPGA était en vigueur au moment où la caisse a rendu sa décision en réparation de son dommage, le 18 mai 2006 (cf. ATF 130 V 1 consid. 3.3.2). Il en va de même s'agissant de la responsabilité de l'employeur pour le préjudice occasionné au régime cantonal des allocations familiales, l'art. 30 al. 3 LAF renvoyant à l'art. 52 LAVS.

A/3724/2006 - 7/13 - c) 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 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2 et références). Le dommage étant survenu postérieurement au 1er janvier 2003 vu la date des actes de défaut de biens, la LPGA est applicable. Les modifications légales contenues dans la LPGA constituent, en règle générale, une version formalisée dans la loi, de la jurisprudence relative aux notions correspondantes avant l'entrée en vigueur de la LPGA; il n'en découle aucune modification du point de vue de leur contenu, de sorte que la jurisprudence développée à leur propos peut être reprise et appliquée (ATF 130 V 345 consid. 3). d) Interjetés dans les forme et délai prescrits, les recours formés le 13 octobre 2006 contre les décisions sur opposition du 14 septembre 2006

sont recevables (art. 56 et ss LPGA).

E. 3

Le litige porte sur le droit de la caisse et du SCAF au paiement respectivement de 28'479 fr. 60 et de 3'206 fr. 80, à titre de réparation du dommage que les intimés ont subi en raison du non-paiement de cotisations sociales par la société.

E. 4

a) 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 la caisse de compensation 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 12 consid. 5b; 122 V 65 consid. 4a; 119 V 401 consid. 2 et les références).

b) 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 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 195 consid. 2a et les références). c) 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 intentionnelle ou par négligence grave, par l'employeur, des prescriptions régissant l'AVS (RCC 1978, page 259; RCC 1972, page 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

A/3724/2006 - 8/13 - 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 (cf. ATFA du 28 juin 1982, RCC 1983, page 101). d) En matière d'allocations familiales, l'art. 27 al. 1 LAF dispose que le revenu soumis à contributions est le même que celui qui sert de base au calcul des cotisations paritaires selon la LAVS. Par ailleurs, selon l'art. 30 al. 3 LAF, la responsabilité de l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, viole des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse d'allocations familiales est tenu de le réparer, cette disposition prévoyant l'application par analogie de l'art. 52 LAVS. Ainsi, les conditions qui régissent la responsabilité d'un employeur en matière de non paiement des cotisations paritaires selon la LAVS sont les mêmes qu'en matière de régime cantonal d'allocations familiales, les développements présentés ci-dessous valant par conséquent pour les deux recours.

E. 5

a) En vertu de 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 s'en prévaloir. Il s'agit de délais de prescription, et non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (FF

1994 V 964 sv., 1999 p. 4422 ; cf. ATF non publié H 96/03 du 30 novembre 2004, consid. 5.1.2). b) 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 128 V 15 consid. 2a p. 17, 126 V 443 consid. 3a p. 444, 450 consid. 2a p. 452, 121 III 381 consid. 3b p. 388 et les références). 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.). 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 (ATF 112 V 157, consid. 2; MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, volume II, p. 69). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a "rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer" (cf. FRITSCHE : "Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd. p. 112), d'où résulte la perte de la créance de la caisse.

A/3724/2006 - 9/13 -

c) 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. 3 c), RCC 1988, p. 137; GILLIERON, op. cit. pages 179, 224). d) En l'espèce, la caisse et le SCAF se sont vus délivrer des actes de défaut de biens après saisie en date du 31 mai 2005, l'office des faillites n'ayant constaté la présence d'aucun bien saisissable auprès de l'employeur. Les intimés ont ainsi subi un dommage au sens de l'art. 52 LAVS, dès lors qu'elles ne pouvaient obtenir, de ce fait, le paiement des cotisations sociales arriérées (ATF 125 V 15 s.). C'est d'ailleurs à ce moment-là qu'ils ont su qu'ils subiraient un dommage. En réclamant la réparation de celui-ci par décisions du 18 mai 2006, les intimés ont fait valoir leurs prétentions dans les délais.

E. 6

Le recourant conteste sa responsabilité principalement au motif qu'il estime ne pas avoir commis de négligence grave. Il soutient en substance qu'en dépit du fait qu'il eut été

administrateur unique de la société, il n'avait aucun pouvoir de décision, la société étant détenue et gérée dans les faits par Monsieur S_____, qui en avait donc le contrôle complet. De plus, ce dernier ne pouvait pas être un salarié de la société, dès lors qu'il avait été mis au bénéfice d'un forfait fiscal pour personnes sans activité lucrative jusqu'en 2001 et qu'il avait été gravement malade depuis 1998. a) La jurisprudence considère que, 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, 114 V 219 consid. 3b, confirmés in ATF 129 V 11 consid. 3; critique: WYSS, *Fallen unter den Begriff des Arbeitgebers nach Art. 52 AHVG zu Recht auch Organe einer juristischen Person?*, RSAS 2004, p. 82). Dans le cas d'une société anonyme, la notion d'organe selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui se dégage de l'art. 754 al. 1 CO.

A/3724/2006 - 10/13 - Ainsi, la responsabilité incombe en première ligne aux organes statutaires ou légaux, en particulier aux administrateurs. 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 (KAMMERER, *Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates*, thèse Zurich 1997, p. 226). 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 (KAMMERER, *op. cit.*, p. 186). 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 (BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 3ème éd., Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 1535, 1555, n° 313, 377; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 30 n° 49). b) En l'espèce, il convient d'observer que le recourant a été - et l'était toujours au moment de la décision litigieuse - l'unique administrateur de la société depuis sa fondation, et ce avec signature individuelle. Or, selon la jurisprudence, 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. 716a 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. D'après les déclarations du recourant, sa situation s'apparente à celle d'un homme de paille confronté à un propriétaire de la société dont on peut penser qu'il voulait diriger celle-ci dans les faits. Or, celui 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 (cf. ATF 122 III 2000). Comme l'a jugé le Tribunal fédéral à l'égard d'un administrateur qui avait été relevé de toute responsabilité par l'actionnaire unique et gérant de fait de la société, une telle passivité constitue une négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS (ATF non publié du 8 septembre 2005, cause H 126/04, consid. 4.2). Ainsi, le fait qu'un tiers intervienne dans la gestion au point d'empêcher l'administrateur de remplir ses obligations ne saurait excuser celui-ci. Dans un tel cas, l'administrateur est tenu de démissionner, ce que le recourant n'a en l'espèce pas fait. En omettant d'exercer son devoir de surveillance et de contrôle indépendamment des circonstances concrètes du cas, le recourant a commis une faute grave, d'autant plus qu'étant l'unique administrateur de la société, son devoir de surveillance était soumis à des exigences élevées (cf. ATF non publié du 16 mai 2006, H 68/05, consid. 4.2 ; ATF non publié du 8 octobre 2002, H 149/02,

résumé in PJA 2003, p. 1460 et les références citées). Le Tribunal de céans observe encore A/3724/2006 - 11/13 - qu'il n'est pas établi, comme le recourant l'allègue, qu'il aurait à plusieurs reprises convoqué l'appelé en cause pour lui faire part de son intention de déposer le bilan de la société devant le juge en cas de non redressement de la situation financière. En tout état de cause, de tels avertissements ne sauraient suffire pour libérer le recourant de sa responsabilité, aucune démarche concrète n'ayant été entreprise dans ce sens. La passivité du recourant est également en relation de causalité adéquate et naturelle avec le dommage subi par la caisse. En effet, si le recourant avait correctement exécuté son mandat d'administrateur, il aurait pu veiller au paiement des cotisations aux assurances sociales, ce d'autant plus que la société avait son adresse à son étude, ce qui lui permettait de se rendre immédiatement compte des problèmes rencontrés et d'entreprendre les démarches nécessaires, tâche d'autant plus aisée que la structure organisationnelle de la société était simple (ATF 108 V 203, consid. 3b). Force est ainsi de constater que la responsabilité du recourant pour le dommage subi par les intimés est engagée.

E. 7

a) En ce qui concerne l'étendue de la créance en réparation du dommage, celle-ci repose sur des décisions de reprise de cotisations du 27 mars 2001, entrées en force sans avoir été querellées. En sa qualité d'administrateur de la société, le recourant était d'ailleurs à même de les contester. Il en va autrement dans l'hypothèse, non réalisée en l'espèce, où la créance porte sur des cotisations qui ont fait l'objet de décisions rendues postérieurement à l'ouverture de la faillite, car dans ce cas les administrateurs ne sont plus à même de contester ces décisions (cf. ATF non publié du 28 janvier 2004, H 307/02, consid. 7.2). Selon la jurisprudence, la possibilité de recourir contre une décision de paiement rétroactif constitue une garantie suffisante contre des prétentions en dommages-intérêts injustifiées (RCC 1991 p. 133 - 134). Ainsi, le juge saisi d'une action en réparation du dommage selon l'art. 52 LAVS n'a pas à examiner l'exactitude du montant réclamé de ce chef (ATF non publié du 28 janvier 2004, H 307/02, consid. 7.1 ; RCC 1991 p. 133 s. consid. II/1b), sous réserve des cas où le dossier contient des indices pour une fixation des cotisations manifestement inexacte, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il apparaît en effet qu'en date du 10 mai 2001, le recourant a accusé réception des deux décisions de reprise de cotisations et a demandé à ce que des facilités de paiement soient accordées à la société pour s'acquitter des montants réclamés. Il n'a soulevé aucun grief s'agissant de la réalité des salaires objets de la reprise de cotisations, en particulier le salaire de directeur de l'appelé en cause. Le recourant est donc malvenu de ne contester le bien-fondé de ces décisions, entrées en force, qu'au moment où sa responsabilité personnelle est mise en cause. De plus, l'argument selon lequel M. S_____ n'avait pu toucher aucun salaire de la société dès lors qu'il était au bénéfice du forfait fiscal pour personnes sans activité

A/3724/2006 - 12/13 - lucrative pour les années 1996 à 2001, est contredit tant par les constatations de la caisse lors du contrôle d'employeur, que par les déclarations de Monsieur S_____, qui a exposé dans sa détermination du 18 novembre 2007 qu'il était « un homme d'affaires, salarié par la société X_____ SA ». Enfin, même si l'appelé en cause a fait état de graves problèmes de santé ayant entraîné une incapacité de travail entière à partir du mois de décembre 1998, le Tribunal de céans constate que ni le recourant, ni M. S_____ n'ont fourni aucun élément concret, notamment de nature comptable, permettant de mettre en doute le versement effectif des salaires à Monsieur S_____, constaté par la caisse entre 1998 et 2000. Dans ces conditions, il y a lieu

d'observer que le dossier ne contient aucun indice sérieux et suffisant permettant de conclure que les décisions de reprise de cotisations du 27 mars 2001 étaient sans nul doute erronées. d) Enfin, dans la mesure où les intimés ont tenu compte dans leur calcul des sommes payées par la société après les décisions de reprise de cotisations et jusqu'à la délivrance des actes de défaut de bien, les montants réclamés au titre de réparation du préjudice subi par la caisse ne sont pas critiquables, ce que le recourant ne conteste du reste pas. Il va de soi que si Monsieur S_____, débiteur solidaire des créances en réparation du dommage subi par les intimés, selon décisions du 18 octobre 2006 entrées en force sans avoir été attaquées, s'acquitte en tout ou en partie de la dette, celle du recourant sera réduite ou annulée en conséquence.

E. 8

Au vu de ce qui précède, les recours sont rejetés. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/3724/2006 - 13/13 -

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