

# **GE\_GERICHTE ATAS/490/2011 vom 18. Mai 2011**

GE Cour de justice, 2011-05-18, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_490\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_490_2011)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/490/2011 du 18 mai 2011

IT: GE\_GERICHTE ATAS/490/2011 del 18 maggio 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) 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 Cour de justice, Chambre des assurances sociales, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 26 septembre 2010). La Cour de justice, Chambre des assurances sociales, est par conséquent compétente *ratione materiae* pour juger du cas d'espèce. a) Selon l'art. 52 al. 5 LAVS, en dérogation à l'art. 58 al. 1 LPGA, le tribunal des assurances du canton dans lequel l'employeur est domicilié est compétent pour traiter le recours. Cette disposition est également applicable lorsque la caisse recherche un organe de l'employeur en réparation du dommage (REICHMUTH, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, 2008, n° 1042, p. 247). La société étant domiciliée dans le canton de Genève au moment de l'ouverture de la faillite, les tribunaux genevois sont compétents *ratione loci*.

A/2695/2010 - 8/18 - Au vu de ce qui précède, la compétence *ratione materiae* et *loci* de la Cour de céans pour juger du cas d'espèce est 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. Désormais, la responsabilité de l'employeur y est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les art. 81 et 82 RAVS ont été abrogés. Sur le plan matériel, le cas d'espèce est régi par le nouveau droit dès lors que les périodes de cotisations pertinentes et la décision litigieuse sont postérieures au 1er janvier 2003. Il faut toutefois préciser que le nouveau droit n'a fait que reprendre textuellement, à l'art. 52 al. 1 LAVS, le principe de la responsabilité de l'employeur figurant à l'art. 52 aLAVS, la seule différence portant sur la désignation de la caisse de compensation, désormais appelée assurance. Les principes dégagés par la jurisprudence sur les conditions de droit matériel de la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 aLAVS (dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2002) restent par ailleurs valables sous l'empire des modifications introduites par la LPGA (ATF 129 V 11, consid. 3.5 et 3.6).

### **E. 3**

Interjeté dans les formes et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 56 à 61 LPGA).

#### **E. 4**

Le litige porte sur la responsabilité du recourant au sens de l'art. 52 LAVS dans le préjudice causé à l'intimée, par la perte des cotisations AVS-AI-APG-AC-AMat et AF afférentes aux années 2004 à janvier 2007.

#### **E. 5**

a) A teneur de l'art. 52 LAVS en vigueur dès le 1er janvier 2003 (introduit par le ch.

#### **E. 7**

de l'annexe à la LPGA), 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 (al. 1). La caisse de compensation compétente fait valoir sa créance en réparation du dommage par décision (al. 2). 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 quant 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. Un dommage est survenu dès que la caisse de compensation voit lui échapper un montant dû de par la loi. Le montant du dommage correspond à celui pour lequel la caisse de compensation subit une perte. Appartiennent à ce montant les cotisations paritaires (cotisations patronales et d'employés ou ouvriers) dues par l'employeur,

A/2695/2010 - 9/18 - les contributions aux frais d'administration, les intérêts moratoires, les taxes de sommation et les frais de poursuite (Directives sur la perception des cotisations - DP, no 8016 et 8017). b) En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par l'intimée, correspondant aux cotisations AVS/AI/APG, chômage, allocations familiales et assurance maternité dues par la société faillie pour les mois de juillet à décembre 2004, janvier à décembre 2005 et janvier 2006, la caisse ayant renoncé à réclamer la réparation de son dommage postérieur au mois d'août 2006. 6. A titre liminaire, il sied d'examiner la question de la prescription. a) 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 (al. 3). 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). Cela signifie qu'ils ne sont plus sauvegardés une fois pour toutes avec la décision relative aux dommages-intérêts; le droit à la réparation du dommage au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS peut donc aussi se prescrire durant la procédure d'opposition ou la procédure de recours qui s'ensuit (ATF 135 V 74 consid. 4.2 p. 77 et sv.). 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. 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

A/2695/2010 - 10/18 - 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 sont 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 au sens de l'art. 82 aRAVS (arrêt A. du 19 février 2003, H 284/02, consid. 7.2; cf. aussi 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.). S'agissant des actes interruptifs de prescription, il sied de retenir ce qui suit. Tandis que le juge ne peut interrompre la prescription que par une ordonnance ou une décision, «chaque acte judiciaire des parties» suffit à produire cet effet (art. 138 al. 1 CO). Cette notion d'acte judiciaire des parties doit être interprétée largement (ATF 106 II 35 consid. 4; Stephen V. BERTI, Commentaire zurichois, n. 18 ad art. 138 CO; Robert K. DÄPPEN, Commentaire bâlois, 3<sup>e</sup> édition, n. 2 ad art. 138 CO; Pascal PICHONNAZ, Commentaire romand, n. 4 ad art. 138 CO), tout en ayant égard à la ratio legis de la disposition citée, qui est de sanctionner l'inaction du créancier. Il faut donc considérer comme acte judiciaire d'une partie tout acte de procédure relatif au droit invoqué en justice et susceptible de faire progresser l'instance (cf. ATF 130 III 207 consid. 3.2). Par ailleurs, conformément à l'ATF 135 V 74, l'opposition à une décision interrompt le délai de prescription de deux ans et fait courir un nouveau délai de même durée. b) En l'espèce, la Cour de céans relève que trois actes de défaut de biens ont été délivrés à l'intimée en date du 6 février 2007, concernant les cotisations relatives aux années 2004, 2005 et janvier 2006. Puis la faillite de la société a été prononcée le 6 février 2008 et le 6 février 2009, la liquidation de la faillite a été suspendue, faute d'actifs. Cette suspension a été publiée dans la Feuille d'avis officielle le 18 février 2009. L'intimée a donc eu connaissance du dommage subi au plus tôt le 6 février 2007 en ce qui concerne les cotisations afférentes aux années 2004, 2005, au mois de janvier 2006 et le 6 février 2008 au plus tôt s'agissant de celles dues pour les mois de août 2006 à janvier 2007. Ce n'est en effet qu'à ces dates que l'intimée pouvait savoir qu'elle ne recouvrerait pas les cotisations en souffrance. Il s'ensuit que la décision du 30 juin 2008 est intervenue en temps utile, soit pendant les délais de deux et cinq ans prescrits par l'art. 52 al. 3 LAVS. Par la suite, ledit délai a été interrompu et un nouveau délai de même durée a commencé à courir en date des 25 juillet 2008 (opposition de l'administrateur),

## **E. 9**

La Cour de céans constate encore que l'intimée a accordé à la société près de trois sursis au paiement en moins d'une année. Se pose par conséquent la question d'une éventuelle faute concomitante de la caisse qui justifierait, le cas échéant, une réduction du montant du

dommage. a) Le Tribunal fédéral a constaté que le droit de l'AVS ne contient aucune disposition permettant de savoir s'il y a lieu d'admettre des motifs de réduction dans le cadre de la responsabilité de l'employeur telle qu'elle ressort de l'art. 52 LAVS et que rien ne permet non plus de conclure à un silence qualifié du législateur qui laisserait entrevoir son intention d'exclure par principe des motifs de réduction. Après avoir admis que la loi présente donc une lacune sur cette question, le Tribunal fédéral a considéré que la réduction des dommages-intérêts telle qu'admise par l'art. 44 al. 1 CO constitue l'expression d'un principe général du droit de la responsabilité applicable également en droit public et en particulier dans le domaine de la responsabilité de l'État. L'art. 52 LAVS constituant une prescription spéciale du droit de la responsabilité de la Confédération, le Tribunal fédéral a estimé qu'il convient également de s'inspirer des règles générales sur la responsabilité contenues dans la LRCF dans le cadre de l'interprétation de l'art. 52 LAVS et qu'il en va de même lorsque le droit de la responsabilité de l'AVS ne contient pas de réglementation sur une question de droit particulière. En conséquence, le Tribunal fédéral a admis que l'art. 4 LRCF, qui n'est autre que l'expression d'un principe général de la responsabilité civile, doit également être considéré comme applicable dans le cadre de l'art. 52 LAVS (VSI 1996 consid. 3b p. 312s). Ceci posé, le Tribunal fédéral a admis qu'une faute concomitante de l'administration puisse conduire à une réduction du dommage selon l'art. 52 LAVS. Encore faut-il - c'est la condition première - 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 perception des cotisations. Comme dans l'ensemble du droit de la responsabilité selon le droit public, la réduction implique l'existence d'un lien de causalité adéquate entre le comportement illicite et le dommage. Une réduction ne peut donc intervenir que si et dans la mesure où il existe un rapport de causalité adéquate entre la violation de ses obligations par l'administration et la naissance ou l'aggravation du dommage (ATF 122 V 189 consid 3c ; VSI 1996 consid. 3c p. 314).

A/2695/2010 - 16/18 - La jurisprudence précise que des omissions, procédant d'une violation de ses obligations par la caisse de compensation (l'absence de démarches d'encaissement des cotisations par exemple, cf. art. 63 al. 1 let. d LAVS, 34b RAVS, en vigueur dès le 1er janvier 2001) sont parfaitement de nature à créer un dommage ou à l'aggraver (VSI 1996 consid. 4, p. 314s). Constitue par exemple un motif de réduction l'octroi irrégulier d'un sursis au paiement (ATFA H 137/98 du 27 juillet 1999). A teneur de l'art. 34b RAVS, si un débiteur de cotisations rend vraisemblable qu'il se trouve dans des difficultés financières et qu'il s'engage à verser des acomptes réguliers et opère immédiatement le premier versement, la caisse peut accorder un sursis, pour autant qu'elle a des raisons fondées d'admettre que les acomptes et cotisations courantes pourront être versés ponctuellement. b) En l'occurrence, entre avril 2005 et avril 2006, l'intimée a accordé à la société faillie pas moins de trois sursis au paiement, dont deux ont été annulés pour non respect des engagements pris. La Cours de céans constate cependant que le premier sursis au paiement a partiellement été acquitté. En effet, sur les 18'346 fr. 49 dus par la société, 11'521 fr. 40 ont été remboursés, de sorte que la dette a été ramenée à 6'825 fr. Le deuxième sursis concernant tant le solde de l'année 2004 que celui afférent à l'année 2005. Au vu de l'exécution partielle du premier sursis et du paiement immédiat du premier acompte du deuxième sursis, aucun reproche ne peut être formulé à l'encontre de l'intimée. S'agissant du troisième sursis, il a été octroyé alors que la société ne possédait plus d'employés et il a été intégralement exécuté par la société. Force est ainsi de constater que l'intimée avait une raison fondée d'admettre que les acomptes et cotisations courantes

pourraient être versées ponctuellement dès lors que les sursis au paiement ont été partiellement voire totalement exécutés. La Cour de céans considère par conséquent que la caisse n'a pas commis de faute grave, concomitante à celle du recourant, de sorte qu'il ne se justifie pas de réduire le montant du dommage.

#### **E. 10**

S'agissant enfin du montant du dommage - au demeurant non contesté par le recourant -, la Cour de céans relève que dans ses dernières écritures l'intimée a renoncé, à juste titre, à réclamer au recourant la réparation du dommage afférent aux cotisations non encore exigibles au moment de sa démission le 21 novembre 2006. Il convient en effet de considérer qu'à partir de cette date, le recourant n'exerçait plus aucune influence sur la marche des affaires de la société. Par conséquent, au vu du décompte établi par l'intimée et dont il n'y a pas lieu de

A/2695/2010 - 17/18 - s'écarter, le recourant répond du dommage à concurrence du montant de 11'367 fr. 35, correspondant aux cotisations dues pour les années 2004, 2005 et le mois de janvier 2006, intérêts moratoires et frais inclus.

#### **E. 11**

Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis.

A/2695/2010 - 18/18 - 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.