

GE_GERICHTE ATAS/535/2008 vom 6. Mai 2008

GE Cour de justice, 2008-05-06, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_535_2008

FR: GE_GERICHTE ATAS/535/2008 du 6 mai 2008

IT: GE_GERICHTE ATAS/535/2008 del 6 maggio 2008

Erwägungen

E. 21

Un délai a été fixé aux recourants au 17 mars 2008 pour d'éventuelles écritures. Le directeur s'est déterminé par courrier du 21 février 2008. Il relève que sa société a cessé de facturer ses honoraires à la fin du mois de janvier 2002, d'où un manque à gagner de 24'000 fr. jusqu'au mois de mars 2002, ou de 48'000 fr. si l'on retient comme date butoir celle du mois de mai 2002. Il ne pouvait, pour sa part, pas prendre la décision de déposer le bilan, n'étant pas actionnaire de la société et ne pouvant plus communiquer avec lui. Il a dès lors démissionné, puisqu'il était dans l'impossibilité de remplir sa mission. L'absence des pièces comptables l'empêche, cela étant, de défendre certains points de façon plus précise. Par ailleurs la caisse n'a jamais rectifié l'erreur consistant à retenir un salaire de mécanicien pour le siège social. Des solutions ont été recherchées, à temps, ce que la correspondance produite atteste.

E. 22

L'administrateur, pour sa part, n'a pas déposé d'écriture. Sur quoi, la cause a été gardée à juger le 27 mars 2008.

A/1121/2007 - 10/16 - EN DROIT 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. 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 29 novembre 2005, de sorte que les dispositions légales seront citées dans leur nouvelle teneur. 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. FRITSCHE : Schuldbetreibung und Konkurs II, deuxième édition page 112), d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

A/1121/2007 - 11/16 - 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 13 octobre 2004. C'est donc à ce moment que la caisse a eu connaissance du fait qu'elle allait subir un dommage, fait confirmé depuis puisque l'Office des faillites a indiqué qu'aucun dividende ne serait versé aux créanciers. La décision en réparation du dommage, notifiée le 29 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 délais légaux. Les recours sont dès lors recevables par la forme (art. 52 LAVS et 60 al. 1 LPGA). On relèvera à propos du recours de l'administrateur qu'il a été envoyé certes à une mauvaise adresse mais dans les délais légaux puisqu'il l'a été à la fin du mois de mars 2007 (la décision sur opposition a été reçue le 28 février), et a transité jusqu'au 3 avril 2007 entre deux offices postaux puis a été envoyé par recommandé le 4 avril 2007 à la caisse cantonale genevoise de compensation qui l'a elle-même acheminée au Tribunal de céans. 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

A/1121/2007 - 12/16 - 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 4'192 fr. 30 et 29'403 fr. 75 correspondant aux cotisations dues par la société pour la période de décembre 2001, janvier à mai 2002, ainsi qu'un complément 2001 et un solde de frais pour la période d'août et septembre 2001. Le dommage total est donc de 33'596 fr. 05 (4'192 fr. 30 + 29'403 fr. 75). L'instruction a permis d'établir que le siège n'avait pas de salariés et que le salaire annoncé à tort pour le siège n'a pas été compté deux fois par la caisse. 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 répétitions 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

A/1121/2007 - 13/16 - 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 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. F _____, ancien administrateur inscrit au RC, est à l'évidence un organe au sens des règles susmentionnées. Tel est également le cas de M. E _____, inscrit en qualité de directeur, qui était organe de fait de la société. L'instruction a en effet permis d'établir qu'il dirigeait celle-ci comme la sienne propre et était à même de prendre toutes les décisions relatives à sa gestion. Il ne conteste d'ailleurs pas sa qualité d'organe. 6. a) Reste à examiner si ces deux organes doivent être tenus 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 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). 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

A/1121/2007 - 14/16 - (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. 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 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). 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 la baisse leur rémunération à partir du moment où la mise en liquidation de la société est envisagée et que des dettes importantes de cotisation existent (cf. ATF non publié du 6 février 2006, 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 jurisprudences citées; ATFA 277/01 du 29 août 2002 consid. 2 ; ATF 108 V 188).
7. c) En l'espèce, les cotisations sociales ont été très régulièrement versées jusqu'au mois de

novembre 2001 compris, les derniers mois avec un délai de trois mois. Les cotisations sont restées impayées depuis le mois de décembre 2001 jusqu'au mois de mai 2002, derniers mois d'activité de la société avant sa faillite le 10 juin. La période du non-paiement des cotisations est par conséquent relativement courte. La caisse reproche essentiellement aux recourants de ne pas l'avoir immédiatement informée de l'augmentation de la masse salariale, ce qui a selon elle causé le dommage, puisque lorsque la caisse a eu connaissance des salaires versés en 2001 et qu'elle a notifié à un complément de cotisation, la société n'était plus en mesure de s'en acquitter. Il est exact qu'une importante augmentation de la masse salariale aurait dû être communiquée à la caisse en cours d'année. Toutefois, si l'on se réfère aux faits tels que décrits sous chiffre 3), on peut constater que l'augmentation de la masse salariale n'a pas été soudaine, que des changements dans le personnel, en

A/1121/2007 - 15/16 - hausse et en baisse, sont survenus à intervalles plus ou moins réguliers, en tous les cas plusieurs fois par année, et qu'en nombre de salariés la société a passé de quatre personnes en janvier 2000, à 12 personnes au mois de décembre 2000, quatre salariés ayant été engagés au mois de décembre de l'année 2000. En l'an 2001 la société a eu jusqu'à 17 personnes salariées dont deux sont parties en cours d'année. Il en résulte qu'à la production de l'attestation de salaire annuelle 2000, faite au début du mois de février 2001, la caisse aurait pu réajuster le montant des factures de cotisation mensuelle. Par ailleurs, vu les mouvements réguliers de personnel il ne peut être reproché aux recourants de ne pas en avoir informé systématiquement la caisse. Les difficultés de la société ont commencé avec le désintéressement soudain de l'actionnaire principal, vers le printemps 2001, mais à ce moment-là les cotisations pouvaient encore être payées puisqu'elles l'ont été jusqu'à la fin de l'année. À cela s'est ajouté les poursuites introduites par la société qui sera, finalement, responsable de sa faillite. Un concours de circonstances a fait que la société n'a pas été en mesure de faire opposition à ce commandement de payer. Dès la mi-2001, les recourants ont entrepris de trouver de nouveaux investisseurs. Plusieurs contacts, porteurs d'espoir, ont été concrétisés mais n'ont finalement pas abouti. Il a été envisagé de vendre les centres d'exploitation, démarche rendue difficile puisque la société était franchisée de Y_____ et devait donc obtenir son accord pour la vente. Au moment où ces mesures sont prises, elles apparaissent comme les seules adaptées, et rien ne permet de penser qu'elles seront vaines. Dès que les dernières démarches auprès d'investisseurs ont échoué, en mars 2002, la société a entrepris de licencier le personnel. En raison des délais de congé cela a prolongé l'activité de la société jusqu'à la fin du mois de mai 2002. On peine à voir comment la société aurait pu accélérer ses démarches, et la caisse, qui se contente de l'alléguer, ne donne pas d'indications concrètes à ce sujet. La caisse allègue également que le fait que le directeur ait touché des honoraires encore au mois de mars 2002 serait de nature à démontrer que la société a privilégié d'autres paiements que celui des cotisations. Cet argument tombe à faux. D'une part l'instruction a permis d'établir que le montant versé au directeur en mars 2002 a été le dernier, d'un montant de 4000 fr., alors que le solde qui lui était dû à cette date était encore de 12'715 fr. Par ailleurs, il ne s'agit pas d'un versement fait à un fournisseur, mais d'un montant d'honoraire correspondant à une partie du salaire du directeur de la société. Lui-même est resté débiteur de celle-ci puisqu'il a cessé de facturer ses honoraires à la fin du mois de janvier 2002. Quant à l'administrateur, il n'a jamais été rémunéré. Les recourants n'ont par conséquent jamais privilégié leurs intérêts, au contraire. d) Au vu de l'ensemble de ces éléments, le Tribunal considère qu'aucune négligence grave ne peut être reprochée, ni à l'administrateur, ni au directeur. Par conséquent, les recours seront admis, et les décisions en réparation du dommage annulées.

A/1121/2007 - 16/16 -

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