

# **GE\_GERICHTE ATAS/536/2011 vom 26. Mai 2011**

GE Cour de justice, 2011-05-26, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_536\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_536_2011)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/536/2011 du 26 mai 2011

IT: GE\_GERICHTE ATAS/536/2011 del 26 maggio 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

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 Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 26 septembre 2010). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA ; 830.1) 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). 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 du dommage (cf. ATF 130 V 1).

### **E. 3**

Le recours est recevable dans la mesure où il a été établi que la décision litigieuse n'a pu être notifiée au recourant malgré les efforts de la caisse et qu'il a ensuite agi dans les trente jours suivant la communication de la décision par l'intimée. En effet, la non-communication d'une décision affecte son opposabilité, c'est-à-dire ses effets : elle ne peut avoir aucun effet pour celui auquel elle aurait dû être notifiée (ATF H 234/00 du 27 avril 2001, consid. 4b et réf. citées).

### **E. 4**

a) 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. Depuis l'entrée en vigueur de la LPGA, au 1er janvier 2003, le nouvel art. 52 LAVS

(introduit par le ch. 7 de l'annexe à la LPGA) prévoit en son al. 3 que le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a

A/1134/2010 - 12/26 - 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, 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). Par "moment de la connaissance du dommage", il faut entendre, en règle générale, le moment où la caisse aurait dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances ne lui permettaient plus de recouvrer les cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (VSI 2001 consid. 3a p. 195; VSI 2001 consid. 2a p. 98; VSI 1996 consid. 3b p. 172; VSI 1995 consid. 2 p. 169s; ATF 119 V 92 consid. 3 = VSI 1993 p. 110; ATF 118 V 195 consid. 3a et réf. cit. = VSI 1993 p. 83; VSI 1993 consid. 3a p. 84; RCC 1992 consid. 5b p. 265; ATF 116 V 75 consid. 3b = RCC 1990 p. 415; ATF 113 V 181 consid. 2 = RCC 1987 p. 607; ATF 112 V 8 consid. 4d = RCC 1986 p. 493; ATF 112 V 158 = RCC 1987 p. 217). 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, 2ème éd., p. 112), d'où la perte de la caisse. Dans le cas d'une faillite ou d'un concordat par abandon d'actifs, le moment de la connaissance du dommage ne coïncide pas forcément avec celui où la caisse peut consulter le tableau de distribution et le compte final du liquidateur ou reçoit un acte de défaut de biens; la jurisprudence considère en effet que le créancier qui entend demander la réparation d'une perte qu'il subit dans une faillite ou un concordat par abandon d'actifs connaît suffisamment son préjudice, en règle ordinaire, lorsqu'il est informé de sa collocation dans la liquidation, c'est-à-dire lorsque l'état de collocation (et l'inventaire) ont été déposés et peuvent être consultés; il connaît ou peut connaître à ce moment-là le montant de l'inventaire, sa propre collocation dans la liquidation, ainsi que le dividende prévisible (VSI 2002 p. 145 consid. 2a; ATF 126 V 444 consid. 3a = VSI 2001 p. 195; ATF 121 V 236 = VSI 1996 p. 173; VSI 1995 consid. 2 p. 170; ATF 119 V 92 consid. 3 = VSI 1993 consid. 3 p. 112; ATF 118 V 96 consid. 3a et réf. citées = VSI 1993 p. 84s. consid. 3a; RCC 1992 consid. 5b p. 265; ATF 116 II 161 consid. 4a; RCC 1991 consid. 6a p. 384; ATF 116 V 75 consid. 3b = RCC 1990 consid. 3b p. 417; ATF 114 V 82 consid. 3b = RCC 1989 consid. 3b p. 221; ATF 113 V 182 consid. 2 = RCC 1987 p. 217; ATF 112 V 9 consid. 4d = RCC 1986 p. 493; ATF 112 V 161 = RCC 1987 p. 217; ATF 112 V 161 = RCC 1987 p. 260; ATF 112 V 9 consid. 4d = RCC 1986 p. 495). b) En l'espèce, l'état de collocation a été déposé en date du 26 janvier 2005. Il mentionnait qu'aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers de 2ème classe. Dès lors, c'est à ce moment qu'il faut considérer que la caisse de compensation a eu connaissance de son dommage. En conséquence, en notifiant sa

A/1134/2010 - 13/26 - décision en réparation du dommage le 16 décembre 2005, la caisse de compensation a respecté le délai de prescription de deux ans instauré par le nouvel art. 52 al. 3 LAVS et a donc agi en temps utile. Reste à examiner si l'exception de prescription soulevée par le recourant - qui relève que plus de deux ans se sont ensuite écoulés entre la décision du 16 décembre 2005 et le moment où la décision du 18 avril 2007 lui a finalement été communiquée - peut être admise. Tel n'est pas le cas. En effet, selon la jurisprudence, le délai pour faire valoir une créance en réparation du dommage est sauvegardé par la remise en temps utile de la décision en réparation à un bureau de poste et non par sa notification

régulière au destinataire. Du moment que le prononcé d'une décision de réparation du dommage est l'unique moyen d'éviter la péremption du droit et qu'au moment du prononcé de cette décision, il n'existe en principe aucun litige ni aucune procédure en cours entre la caisse et la personne tenue à réparation, le respect du délai de péremption dépend dès lors uniquement des mesures entreprises par la caisse et non de circonstances en rapport avec le fonctionnement de la poste ou de l'attitude du destinataire, sur laquelle la caisse n'a aucune influence. Celle-ci fait donc valoir son droit en temps utile, lorsqu'elle remet la décision en réparation du dommage à la poste dans l'année après qu'elle a eu connaissance du dommage. C'est ainsi que notre Haute Cour, dans une affaire où l'employeur avait quitté la Suisse sans laisser d'adresse, a jugé qu'il y avait lieu de considérer que la caisse, en remettant sa décision à la poste dans les délais fixés par la loi, avait fait valoir en temps utile sa créance en réparation du dommage. En effet, la non-communication d'une décision n'affecte pas sa validité mais exclusivement son opposabilité, c'est-à-dire ses effets. Une décision qui n'a pas été notifiée n'est pas nulle, mais elle ne peut avoir aucun effet pour celui auquel elle aurait dû être notifiée (ATF H 234/00 du 27 avril 2001, consid. 4 et réf. citées). En l'occurrence, cela a pour conséquence que le délai de prescription a valablement été interrompu par la décision sur opposition rendue par l'intimée en avril 2007, puis une nouvelle fois par la tentative de notification au Sri Lanka, demandée le 14 novembre 2007. Il est vrai que plus de deux ans se sont ensuite écoulés jusqu'au recours interjeté le 30 mars 2010. Ainsi que cela a déjà été dit plus haut, les délais de l'art. 52 al. 3 et 4 LAVS sont des délais de prescription qui peuvent être interrompus (ATF 135 V 74 consid. 4.1 et ATF 131 V 425 consid. 3.1 avec références). A cet égard, selon jurisprudence, il y a lieu d'appliquer les mêmes règles qu'en cas de responsabilité pour acte illicite (60 CO), soit les art. 135ss CO (ATF 135 V 74 consid. 4.2.1), étant précisé toutefois, qu'à la différence du droit privé - dans lequel la prescription ne peut être interrompue que par les actes énumérés à l'art. 135 al. 1 et 2 CO -, en droit public, tous les actes permettant de faire valoir de façon appropriée la créance en réparation

A/1134/2010 - 14/26 - du dommage vis-à-vis du débiteur ont un effet interruptif de prescription (ATF 133 V 579 consid. 4.3.1). Or, l'art. 136 al. 1 CO prévoit que la prescription interrompue contre l'un des débiteurs solidaires ou l'un des codébiteurs d'une dette indivisible l'est également contre tous les autres. Cette règle n'est cependant valable qu'en cas de solidarité parfaite (ATF 133 III 11 consid. 5.1). L'art. 136 al. 1 CO ne s'applique pas au simple concours d'actions, appelé parfois solidarité imparfaite (ATF 106 II 250 consid. 3); le lésé doit alors interrompre la prescription contre chacun des responsables du dommage (ATF 127 III 257 consid. 6a et les arrêts cités). En effet, lorsque deux ou plusieurs personnes sont tenues de réparer le même dommage, il y a responsabilité plurale et la théorie générale de la pluralité de responsables consacrée par le Tribunal fédéral distingue entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite (ATF 115 II 42 consid. 1b et ATF 104 II 225 consid. 4). Se pose donc la question de savoir si la solidarité entre les organes de la société supposés responsables du dommage de la caisse doit être qualifiée de parfaite - auquel cas l'interruption de prescription envers l'un des débiteurs déploie également ses effets envers les autres - ou d'imparfaite - auquel cas l'interruption de la prescription n'aura d'effet qu'envers le débiteur concerné car chaque dette est soumise à une prescription propre. Il y a solidarité parfaite au sens de l'art. 143 al. 1 CO lorsque les débiteurs déclarent s'obliger de manière qu'à l'égard du créancier, chacun d'eux soit tenu pour le tout. A défaut de semblable convention, la solidarité n'existe que dans les cas prévus par la loi (art. 143 al. 2 CO). La solidarité suppose par conséquent une source spéciale, qui peut être la convention

ou la loi. Dans le domaine de la responsabilité extracontractuelle, la loi ne qualifie pas toujours expressément une obligation de solidaire (ATF 89 II 419 consid. 2). Le sont généralement celles qui se fondent sur une seule et même cause juridique (ATF 104 II 225 consid. 4 et ATF 69 II 168). Ce principe connaît toutefois des exceptions puisque certaines lois spéciales étendent le principe de la solidarité parfaite également aux responsables qui répondent d'un même dommage mais en vertu de causes distinctes (WERRO, in Commentaire romand, n. 7 ad Intro. art. 50- 51 CO). S'agissant de la réparation d'un dommage, la cause est l'acte illicite, le contrat ou la disposition légale, le lésé pouvant se trouver simultanément en présence de plusieurs causes, de même nature ou différentes (ATF 69 II 168ss). De manière générale, en l'absence de disposition instituant la solidarité, lorsque les divers responsables répondent du même dommage en vertu de causes juridiques différentes, on est en présence d'une solidarité imparfaite (ou concours d'actions; cf. 51 CO; ATF 115 II 42 consid. 1 et ATF 112 II 138 consid. 4).

A/1134/2010 - 15/26 - La conséquence la plus importante (et peut-être pratiquement la seule) de la distinction entre ces deux types de solidarité a trait à l'application de la prescription. La distinction n'a en revanche pas d'incidence sur l'étendue de la responsabilité des différents débiteurs du lésé (ATF 112 II 138 consid. 4a). En effet, celui-ci peut rechercher chacun d'eux pour la totalité du dommage aussi longtemps qu'il n'a pas été entièrement désintéressé (ATF 97 II 343 consid. 3). Le rapport interne entre les coresponsables ne le concerne pas, de sorte qu'il peut choisir la partie adverse à son gré et qu'il lui est loisible de n'actionner qu'un seul des débiteurs responsables (ATF 93 II 333 consid. 3a et ATF 89 II 123 consid. 5a). La responsabilité dont il est question dans le cas présent est fondée sur l'art. 52 LAVS, lequel ne prévoit pas expressément de solidarité entre les débiteurs du préjudice causé à la caisse de compensation. Se pose dès lors la question de savoir si l'on peut malgré tout conclure à l'existence d'une solidarité parfaite entre les responsables du dommage, étant rappelé qu'avant l'entrée en vigueur de l'art. 52 al. 3 LAVS le 1er janvier 2003, cette question n'avait pas lieu d'être, puisque le délai posé était alors un délai de péremption, non susceptible d'être interrompu. Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair et que plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégageant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Le sens que prend la disposition dans son contexte est également important (ATF 131 V 321 consid. 6.1 et les arrêts cités). Par conséquent, il y a lieu de déterminer quelle a été la volonté du législateur. Le Tribunal fédéral a toujours admis la responsabilité solidaire des personnes agissant d'une manière fautive en qualité d'organes d'une société anonyme en faillite (cf. notamment RCC 1983 p. 476 consid. 7a), en rappelant que selon l'art. 754 al. 1 CO en liaison avec l'art. 759 al. 1 CO, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle d'une société anonyme répondent, à l'égard de celle-ci, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et que les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. A cette occasion, le TF a jugé que les prescriptions de droit civil sur la solidarité devaient aussi être observées en droit public (RCC 1983 op. cit. consid. 7a).

A/1134/2010 - 16/26 - Par ailleurs, suite à l'entrée en vigueur, le 1er juillet 1992, des dispositions du nouveau droit de la société anonyme, le TF a précisé que l'art. 759 al. 1 CO - qui prévoit une responsabilité différenciée des personnes répondant d'un même dommage et permet au responsable d'invoquer des facteurs de réduction qui lui sont propres -, ne saurait trouver application dans le cadre de la responsabilité de l'art. 52 LAVS pour justifier une réduction de l'étendue de la réparation en relation avec la gravité de la faute du responsable. Le TF a en effet considéré que la responsabilité fondée sur l'art. 52 LAVS impliquait, par définition, une faute qualifiée, à savoir soit une faute intentionnelle, soit une négligence grave (VSI 1996 p. 306 consid. 6). Dans un arrêt ultérieur, le TF a ajouté que, dans la mesure où il ressortait du Message du Conseil fédéral concernant la 11e révision de l'AVS et des travaux préparatoires de la LPGA que tant le Conseil fédéral que le Parlement s'étaient satisfaits des principes de responsabilité en vigueur, il n'y avait pas de raison de s'écarter de la jurisprudence constante relative à l'art. 52 LAVS (ATF 129 V 11 consid. 3.5 et 3.6). On peut tirer la conclusion de ces jurisprudences que même si l'art. 52 LAVS ne prévoit pas expressément une responsabilité solidaire des organes de l'employeur, on doit considérer que la solidarité instaurée par la jurisprudence constante peut être qualifiée de parfaite. Il ressort en effet de l'ensemble de la jurisprudence que l'on ne se trouve pas en présence d'un simple concours de prétentions juridiquement distinctes et indépendantes, dont les débiteurs s'ignorent. Sur plusieurs points, au contraire, ces prétentions revêtent des aspects qui permettent de les qualifier de solidaires. En premier lieu, la responsabilité des différents organes est fondée sur une même cause. En second lieu, le lien entre les codébiteurs existe avant même qu'ils ne soient recherchés par le lésé, puisque tous étaient liés par les mêmes obligations. Dans ces conditions, il apparaît donc admissible que l'un des organes de la société se voie opposer les actes interruptifs de la caisse envers les autres, car il ne saurait considérer que la caisse, en n'agissant pas directement contre lui, a manifesté peu d'intérêt pour sa prétention, ce qui est le fondement de l'institution de la prescription (ATF 89 II 421 consid. 2). Cette conclusion est d'ailleurs partagée par REICHMUTH (Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, 2008, p. 214 ch. 893) et encore confortée par le fait que, dans son message du 11 avril 2000 concernant le projet de 11e révision de l'AVS (rejeté en votation populaire; FF 2000 II p. 1908 et 1909), le Conseil fédéral a expressément rappelé la jurisprudence selon laquelle, lorsque plusieurs organes d'une personne morale sont responsables d'un dommage, ils en répondent solidairement (ATF 119 V 87 consid. 5a et ATF 114 V 214 avec les références).

A/1134/2010 - 17/26 - Eu égard aux considérations qui précèdent, la Cour est d'avis, ainsi que le Tribunal cantonal des assurances sociales l'avait déjà jugé dans un arrêt ATAS 1150/2009 du 17 septembre 2009, qu'il convient d'admettre que la solidarité entre responsables du dommage causé à la caisse de compensation doit être qualifiée de parfaite. Il en découle que, conformément à l'art. 136 al. 1 CO, l'interruption de la prescription par l'arrêt rendu par le Tribunal cantonal en date du 22 mai 2008 à l'encontre de Madame F\_\_\_\_\_ est opposable au recourant. Il en découle que le délai de prescription, interrompu à plusieurs reprises, court toujours.

## **E. 5**

Selon l'art. 52 LAVS, tel qu'en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, 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'organe 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). Ainsi que cela a déjà été dit plus haut, ces principes demeurent applicables en l'espèce, dès lors que selon la jurisprudence, en cas de changement de règles de droit et en l'absence de réglementation transitoire, le droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits est pertinent (ATF 127 V 467 consid. 1). Au demeurant, l'art. 52 al. 1 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 «assurance» (en allemand : remplacement de «Ausgleichkasse» par «Versicherung»; en italien : suppression de «cassa di compensazione»), sans que cela n'entraîne un changement quant aux conditions de la responsabilité de l'employeur (cf. ATF 129 V 13 sv. consid. 3.5).

## **E. 6**

Les prescriptions que doit respecter l'employeur sont tout d'abord celles de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants et de ses dispositions d'exécution, notamment celles concernant l'obligation de déduire, à chaque paiement de salaire, la cotisation du salarié, puis de la verser à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation, ainsi que l'obligation de remettre périodiquement à la caisse les pièces comptables concernant les salaires versés aux employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions (RCC 1985 p. 607 consid. 5; RCC 1985 p. 646 consid. 3a). L'obligation de percevoir les cotisations et de régler les comptes est, pour l'employeur, 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 (VSI 1993 p. 83 ss consid. 2a; ATF 111 V 173 consid. 2 = RCC 1985 p. 649; ATF 108 V 186

A/1134/2010 - 18/26 - consid. 1a; ATF 108 V 192 consid. 2a = RCC 1983 p. 100; RCC 1985 p. 646 consid. 3a).

## **E. 7**

En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations AVS, contributions aux allocations familiales et cotisations à l'assurance maternité subie par la caisse en raison de la faillite de la société, ce qui représente, pour la période de mai 2002 à juin 2004 un montant de 274'512 fr. 75 pour la société et un montant de 31'192 fr. 40 pour sa succursale. Certes, le recourant conteste ces montants. Cependant, ses arguments ne convainquent pas. Il se contente en effet d'alléguer que les chiffres avancés par la caisse sont "totalement erronés et farfelus". Or, la différence entre les montants mentionnés par la caisse dans deux de ses courriers - relevée à titre d'exemple par le recourant - a été clairement expliquée par l'intimée. Ainsi que le relève cette dernière, le montant de 28'053 fr. 65 réclamé dans son courrier du 3 septembre 2004 à Madame F \_\_\_\_\_ correspond au montant de la seule part pénale (cf. courrier en question qui indique expressément : "montant pénal dû"). Ce même courrier indique d'ailleurs en sa seconde page que le montant dû pour la période de janvier à décembre 2002 s'élève au total à 180'913 fr. 10. On relèvera par ailleurs que le montant réclamé par l'intimée est étayé par les décomptes produits en annexe à son écriture du 17 novembre 2010, lesquels n'ont pas été contestés par le recourant. Au demeurant, aucun document n'a été produit qui pourrait permettre d'émettre des doutes quant à l'exactitude des relevés de compte de l'intimée. Le montant du dommage n'est donc pas sujet à critique. Il conviendra néanmoins d'en déduire le montant reçu par l'intimée à titre de dividende (16'640 fr. 25 concernant la société Y \_\_\_\_\_ SA et 1'889

fr. 80 concernant sa succursale) et ceux dont Madame F\_\_\_\_\_ s'est acquittée dans l'intervalle. C'est ainsi qu'en date du 17 novembre 2010, le montant du dommage s'établissait à 254'572 fr. 50 s'agissant de la société et à 29'302 fr. 60 s'agissant de sa succursale (cf. écriture de l'intimée du 17 novembre 2010).

#### **E. 8**

Il convient maintenant d'examiner la responsabilité du recourant en sa qualité d'administrateur.

#### **E. 9**

Lorsque l'employeur est une personne morale, ses organes répondent solidairement, à titre subsidiaire, du dommage causé par celui-ci. En cas d'insolvabilité de l'employeur, ils peuvent donc être directement poursuivis (ch. 7004 des directives de l'Office fédéral des assurances sociales [OFAS] sur la perception des cotisations [DP]; ATF 114 V 79 consid. 3; ATF 113 V 256 consid. 3c; RCC 1988 p. 136 consid. 3c).

#### **E. 10**

Pour juger si une personne peut être rendue responsable en tant qu'organe d'une personne morale, il ne suffit pas d'appliquer des critères formels (droit de signer ou inscription au Registre du commerce). Il y a également lieu d'examiner si la

A/1134/2010 - 19/26 - personne en question a pris des décisions qui relevaient des organes ou si elle a assumé la gestion proprement dite, influençant ainsi d'une manière déterminante la formation de la volonté au sein de la société. Dans le cas des sociétés anonymes, le TFA s'est toujours référé à l'art. 754 al. 1 du Code des obligations (CO; RS 220), en corrélation avec l'art. 759 al. 1 CO. Conformément à ces dispositions, 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'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs. 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'article 756 CO non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels (organes formels), 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 (organes de fait; cf. notamment RCC 1988 p. 632 consid. 3). Il se justifie d'appliquer les mêmes principes dans le cadre de l'article 52 LAVS car la responsabilité subsidiaire des organes d'une personne morale, dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants, découle indirectement des articles 55 alinéa 3 du code civil (CC; RS 210) et 754 CO, considérés comme l'expression de règles générales (ATF 96 V 125 = RCC 1971 p. 478). Au demeurant, les motifs qui sont à la base d'une extension de la notion d'organe en droit civil et qui procèdent de la volonté d'accorder une protection efficace aux créanciers sociaux sont tout aussi valables s'agissant de la responsabilité de droit public instituée par l'article 52 LAVS. Enfin, sous l'angle du principe de l'égalité de traitement entre les justiciables, il serait inéquitable, le cas échéant, de ne rechercher que les personnes inscrites au RC, lesquelles, précisément, n'avaient peut-être aucun pouvoir réel de décision (RCC 1988 p. 633 consid. 3).

#### **E. 11**

En l'espèce, il ressort de l'extrait du RC que le recourant a été administrateur président avec signature collective à deux du 29 juin 1995 au 2 mars 1998, puis administrateur président avec signature individuelle. Il est ainsi indéniable qu'il avait la qualité d'organe de la société faillie, ce qu'il ne conteste d'ailleurs pas.

#### **E. 12**

Encore faut-il examiner si le recourant s'est rendu coupable d'une violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions régissant l'AVS. En effet, l'obligation de réparer le dommage n'existe, dans le cas concret, que s'il n'y a pas de circonstances faisant apparaître comme justifié le comportement de l'employeur ou excluant qu'il ait commis une faute intentionnellement ou par négligence. Il est donc concevable qu'un employeur causant un dommage à une caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions de l'AVS mais ne soit néanmoins pas tenu de la réparer, si des circonstances spéciales permettent de

A/1134/2010 - 20/26 - conclure que la non observation desdites prescriptions était permise ou ne représentait pas une faute (RCC 1985 p. 603 consid. 2 et réf. citées). De jurisprudence constante, 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. La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé (RCC 1988 p. 634 consid. 5a; ATF 112 V 159 consid. 4 = RCC 1987 p. 217; RCC 1985 p. 51 consid. 2a; ATF 108 V 202 consid. 3a = RCC 1983 p. 106; RCC 1983 p. 377 ss). Lorsqu'il s'agit d'une SA, on peut, par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qui doit être apportée au respect des prescriptions. Une différenciation analogue s'impose lorsqu'il faut déterminer la part des responsabilités des organes d'un employeur. Selon les dispositions du code des obligations, l'administration est tenue en particulier de surveiller les personnes chargées de la gestion et de se renseigner régulièrement sur la marche des affaires. Elle doit s'acquitter de cette obligation avec "toute la diligence nécessaire", en tenant compte des circonstances spéciales du cas particulier. Cela implique notamment, pour le conseil d'administration, l'obligation de lire d'un œil critique les rapports qui lui sont soumis, de demander au besoin des renseignements complémentaires et d'intervenir lorsque des erreurs ou des irrégularités ont été constatées. Le seul fait de méconnaître ses devoirs de membre d'un conseil d'administration représente une grave violation du devoir de diligence (Revue à l'attention des caisses de compensation [RCC] 1992 consid. 7b p. 268s).

#### **E. 13**

En l'espèce, le recourant allègue en substance que la société était parfaitement viable et que ce n'est que parce que le montant des provisions pour pertes sur débiteurs a été augmenté qu'elle a dû être déclarée en faillite. Il ajoute avoir pris toutes les mesures pour redresser la situation. Force est de constater que le recourant avait parfaitement connaissance de la situation, plus particulièrement du fait que les cotisations sociales étaient en souffrance. Il y a lieu de souligner que les difficultés pour s'acquitter des cotisations sont apparues dès 2000 et qu'elles ont perduré jusqu'à la faillite, prononcée le 3 août 2004, c'est-à-dire des années durant. On ajoutera que, seul titulaire de la signature sur les comptes bancaires, c'était à lui que revenait la décision de fixer les priorités dans les paiements. Malgré ses allégations selon lesquelles il s'est efforcé de payer prioritairement la part pénale des cotisations, il

apparaît que, durant plusieurs années, le recourant a préféré

A/1134/2010 - 21/26 - donner la priorité à d'autres créanciers, ainsi que l'a d'ailleurs constaté le Tribunal de police. 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 (ATFA 277/01 du 29 août 2002 consid. 2; ATF 108 V 188; RCC 1992 p. 261 consid. 4b). La jurisprudence n'admet en réalité que de manière très exceptionnelle qu'un employeur puisse décider de retarder le paiement des cotisations afin de maintenir son entreprise en vie lors d'une passe délicate dans la trésorerie (ATFA 154/00 du 22 août 2000 consid. 2c). De fait, ce n'est que si l'employeur dispose, au moment où il prend sa décision, de raisons sérieuses et objectives de penser que sa société pourra s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable, que son comportement n'est pas fautif (ATF 108 V 188 ; RCC 1992 p. 261 consid. 4b). Tel n'est manifestement pas le cas en l'occurrence. Ainsi que cela a déjà été relevé, le recourant a en effet retardé le paiement des cotisations des années durant, de sorte qu'on ne saurait admettre qu'il s'agissait là d'un "délai raisonnable". Qui plus est, il n'avait, malgré ses allégations, aucune raison objective de penser que cette situation pourrait prendre fin. Il suffit pour s'en convaincre d'examiner les documents versés au dossier. N'ont pu être recueillis que les rapports de l'organe de révision de l'exercice 2001 et 2002 et les bilans des années 2002 et 2003. Il ressort cependant du rapport de l'organe de révision du 31 décembre 2002 que le découvert bancaire s'élevait cette année-là à 518'287 fr. 25, étant précisé que la société était au bénéfice d'une limite de crédit de 300'000 fr. accordé par un établissement bancaire de la place et qu'elle avait obtenu par ailleurs en janvier 2002 un crédit bancaire de 300'000 fr. accordé par XD\_\_\_\_\_. Le montant réclamé par les divers créanciers (TVA, salaires à payer, charges sociale à payer, impôts à payer, etc...) s'élevait quant à lui à 1'316'520 fr. 80. Le fait que l'organe de révision ait par la suite décidé de réévaluer le montant de la provision pour pertes sur débiteurs, est significatif. Le recourant ne pouvait raisonnablement espérer sortir d'une telle situation en réduisant quelques

A/1134/2010 - 22/26 - frais. Quant à la cession de la succursale, en 2003, elle ne pouvait suffire, les difficultés préexistant sa création. On ajoutera que le dommage découle également du fait que le montant des acomptes à la charge de la société faillie n'a pas été adapté dans une mesure suffisante à la croissance de la masse des salaires, ainsi que cela ressort des explications de l'intimée. C'est ainsi qu'à plusieurs reprises, des compléments de cotisations ont dû être réclamés. Certes, on ne peut a priori, faire grief à l'employeur d'avoir versé des acomptes qui ne correspondaient pas au montant des cotisations puisque la loi lui offre la possibilité de verser, au lieu du montant exact des cotisations d'une période de paiement, un montant correspondant approximativement à ces cotisations. En revanche, l'employeur qui verse des acomptes nettement insuffisants en raison de difficultés de trésorerie et afin de repousser au maximum l'échéance de sa dette, tout en sachant qu'il ne

sera peut-être pas en mesure, le moment venu, de s'acquitter du solde restant à sa charge commet une faute qualifiée. Tel est cas en l'occurrence au vu de l'importance des corrections qu'a dû apporter l'intimée (complément de cotisations de 88'000 fr. pour l'année 2000 et de 130'000 fr. pour l'année 2001). Il ressort des considérations qui précèdent que le recourant s'est rendu coupable de négligence grave.

#### **E. 14**

Cette conclusion s'applique tant pour les cotisations AVS dues que pour les contributions aux allocations familiales. En effet, aux termes de l'art. 30 al. 3 de la loi cantonale genevoise sur les allocations familiales (LAF; J 5 10), 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 prévoit l'application par analogie de l'art. 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants qui règle la responsabilité des employeurs pour les dommages causés aux caisses de compensation. La responsabilité des organes de la société en ce qui concerne les contributions d'allocations familiales doit donc suivre le même sort qu'en matière de cotisations paritaires AVS-AI-APG-AC.

#### **E. 15**

Reste à examiner la question d'une éventuelle réduction du dommage pour faute concomitante. En effet, l'obligation de réparer le dommage peut être réduite, en application par analogie de l'art. 4 LRCF ou de l'art. 44 al. 1 CO, mais seulement si et dans la mesure où il existe un rapport de causalité adéquate entre une violation grave de ses devoirs par l'administration et la création ou l'aggravation du dommage (VSI 1996 consid. 4, p. 314s).

A/1134/2010 - 23/26 - 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 (VSI 1996 consid. 3c p. 314). 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) 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). Dans son arrêt à l'encontre de Madame F\_\_\_\_\_, le Tribunal cantonal a jugé que tel était le cas en l'occurrence, dès lors que la caisse n'avait pas de raisons fondées d'admettre que les acomptes (en remboursement de la dette) et les cotisations courantes pourraient être versés ponctuellement. Le Tribunal a considéré qu'elle avait ainsi violé l'art. 38bis al. 1 LAVS (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2000) en octroyant des sursis au paiement. Selon cette disposition, si un débiteur de cotisations rend vraisemblable qu'il se trouve dans des difficultés

A/1134/2010 - 24/26 - 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. En l'espèce, la caisse de compensation a octroyé plusieurs sursis au paiement alors même que la société ne les a que partiellement respectés et que les montants dus n'ont cessé d'augmenter. Ainsi, un premier sursis de paiement a été accordé le 25 avril 2000. Le montant dû s'élevait alors à 43'248 fr. 45. L'arrangement a été annulé le 7 novembre 2000 après amortissement de 33'000 fr. Un nouveau sursis a été accordé le 9 janvier 2001. Le montant dû s'élevait alors à 90'480 fr. Ce sursis a été suivi d'un nouvel arrangement de paiement en date du 10 avril 2001, portant sur un montant dû de 164'848 fr. 40. Des acomptes de 10'000 fr. ont certes été payés jusqu'en mars 2002, mais le 4 avril 2002, une nouvelle décision d'octroi d'un sursis de paiement a été rendue suite à un complément facturé pour l'année 2001, encore plus important que pour les années précédentes (130'000 fr.). Le montant dû s'est alors élevé à 259'593 fr. 45. Cet arrangement, qui prévoyait le versement d'acomptes de 23'500 fr. par mois, a été respecté durant près de six mois, de sorte que la caisse a pu encaisser près de 94'000 fr. Mais la caisse a ensuite dû menacer la société d'une poursuite pénale le 14 novembre 2002. Malgré tout, elle a accordé un nouvel arrangement de paiement à la société par décision du 31 mars 2003. Le montant dû s'élevait alors à 264'486 fr. 85. Une somme de 100'000 fr. a pu être amortie jusqu'à l'annulation de l'arrangement, en décembre 2003. Ce ne sont pas moins de cinq arrangements de paiement consécutifs qui ont été accordés à la société. S'il est vrai que la caisse de compensation a ainsi pu récupérer une partie des sommes dues, il n'en demeure pas moins que ces sursis ont permis à la dette de la société d'augmenter. Cette dette, qui ne s'élevait encore qu'à 43'248 fr. 45 en avril 2000, a culminé à 259'593 fr. 45 en avril 2002, soit deux ans plus tard. En définitive, le dommage de la caisse s'est finalement établi, en 2004, à 177'516 fr. Qui plus est, dans les circonstances rappelées supra, la caisse n'avait pas de raisons fondées d'admettre que les acomptes et cotisations courantes pourraient être versés ponctuellement. La Cour de céans considère donc, tout comme le Tribunal cantonal, que l'intimée s'est rendue coupable de manquement à des prescriptions élémentaires relatives à la fixation et à la perception des cotisations, ce qui constitue une faute grave concomitante à celle de l'employeur, qui justifie de réduire le montant du dommage dont la caisse peut demander réparation, pour autant que celui-ci entre dans un rapport de causalité – notamment adéquate – avec le comportement illicite qui lui est reproché (ATFA H 142/03

du 19 août 2003, consid. 5.5; ATF 122 V 189 consid. 3c). Or il y a lieu d'admettre que l'octroi d'un sursis irrégulier – et a fortiori si c'est de façon répétée – est de nature à favoriser la poursuite d'une entreprise hasardeuse

A/1134/2010 - 25/26 - financée sans droit par l'assurance sociale et à aggraver, dans une mesure correspondante, le dommage subi dans la faillite de l'employeur (ATFA non publié H 142/03 du 19 août 2003 consid. 5.5). Au vu de l'ensemble des circonstances, en particulier de la gravité de la faute commise par l'intimée et du fait que le solde des cotisations impayées est passé de 43'248 fr. 45 en avril 2000 - moment où le premier sursis a été accordé - à 177'516 fr. en août 2004 - date de la faillite -, une réduction du dommage à raison de trois quart apparaît appropriée. A cet égard on relèvera que s'il est vrai que la caisse ne pouvait s'attendre, a priori à ce que le recourant sous-estime autant sa masse salariale, sa méfiance aurait dû être éveillée par le fait qu'un premier complément de 88'000 fr. avait dû être exigé pour l'année 2000. Eu égard au retard pris par la société dans le paiement des cotisations et à ses difficultés financières, il était en effet à craindre que cela ne se reproduise comme cela a d'ailleurs été le cas l'année suivante. La Cour de céans ne doute pas que l'intimée ait cru ainsi faire au mieux pour récupérer une partie de sa créance. Il n'en demeure pas moins qu'elle a pris des risques dont les circonstances ne pouvaient permettre de supposer qu'ils seraient payants. En ce sens, le recours doit donc être partiellement admis.

A/1134/2010 - 26/26 - 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.