

GE_GERICHTE ATAS/565/2010 vom 25. Mai 2010

GE Cour de justice, 2010-05-25, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_565_2010

FR: GE_GERICHTE ATAS/565/2010 du 25 mai 2010

IT: GE_GERICHTE ATAS/565/2010 del 25 maggio 2010

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la Loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), 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 ; RS 830.1), relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS ; RS 831.10).

A/471/2009 - 5/12 - Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie à raison de la matière.

E. 2

Déposé dans les forme et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 56ss LPGA).

E. 3

Le litige porte sur le droit de la Caisse de réclamer à l'intéressé en sa qualité d'ancien administrateur de la société, la réparation du dommage subi en raison du non paiement des cotisations paritaires AVS/AI dues par la société.

E. 4

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, relatif à la responsabilité de l'employeur pour le dommage causé à une caisse de compensation en violant des prescriptions légales. 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, les décisions à l'origine du litige datent des 28 janvier 2008 et 9 janvier 2009, de sorte que les dispositions légales seront citées dans leur nouvelle teneur.

E. 5

Aux termes de l'article 58 LPGA, le tribunal des assurances compétent est celui du canton de domicile de l'assuré ou d'une autre partie au moment du dépôt du recours, étant précisé que si l'assuré est domicilié à l'étranger, le tribunal des assurances compétent est celui du canton de son dernier domicile en Suisse ou celui du canton de domicile de son dernier employeur suisse (cf. al. 1 et 2). L'art. 52 al. 5 LAVS prévoit qu'en dérogation à la

disposition susmentionnée, le tribunal des assurances du canton dans lequel l'employeur est domicilié est compétent pour traiter le recours. La société étant inscrite au Registre du commerce de Genève, le Tribunal de céans est compétent quant au for.

E. 6

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

A/471/2009 - 6/12 - LPGA (FF 1994 V p. 964 sv., 1999 p. 4422, cité in arrêt du Tribunal fédéral du 30 novembre 2004 en la cause H 96/03). Le Tribunal fédéral a posé le principe qu'une caisse de compensation a « connaissance du dommage » au sens de la disposition précitée, à partir du moment où elle doit reconnaître, en y prêtant l'attention qu'on est en droit d'attendre d'elle et en tenant compte de la pratique, que les circonstances ne lui permettent plus de recouvrer les cotisations, mais pourraient justifier une obligation de réparer le dommage (cf. ATF 116 V 75, consid. 3b ; 113 V 181, consid. 2 ; 112 V 8, consid. 4d ; RCC 1983, p. 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a « rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer » (cf. FRITSCHÉ : *Schuldbetreibung und Konkurs II*, deuxième édition page 112), d'où résulte la perte de la créance de la Caisse. 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 en règle générale réputé suffisamment connu au sens de l'art. 52 al. 3 LAVS lors du dépôt de l'état de collocation ou 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. [rendu au sujet de l'ancien art. 82 al. 1 RAVS et toujours valable sous l'empire de l'art. 52 al. 3 LAVS, arrêt H 18/06 du

E. 8

Par ailleurs, le recours, déposé dans les forme et délai légaux, est recevable (art. 52 LAVS et 60 al. 1 LPGA).

A/471/2009 - 7/12 -

E. 9

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 l'assurance, est tenu à

réparation. 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 quand 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.

E. 10

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, les contributions aux frais d'administration, les intérêts moratoires, les taxes de sommation et les frais de poursuite (Directives sur la perception des cotisations, nos 7015 et 7016). En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la Caisse, pour la somme de 33'547 fr. 25, correspondant aux cotisations AVS/AI encore dues par la société pour 2003, 2004 et 2005, jusqu'à mai, y compris les frais, taxes, amendes et intérêts moratoires. Le montant de ces cotisations ont fait l'objet de décisions notifiées à la société et sont entrées en force.

E. 11

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 Tribunal fédéral a déclaré, à réitérées reprises, que la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS est liée au statut de droit public (ATF 112 V 155, consid. 5; RCC 1987, p. 220).

L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (ATF 111 V 173, consid. 2; 108 V 186, consid. 1a, 192 consid. 2a; RCC 1985, p. 646, consid. 3a). 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,

A/471/2009 - 8/12 - 122 V 65 consid. 4a p. 67, 114 V 219 consid. 3b p. 220 s., confirmés in ATF 129 V 11 consid. 3; cf. ATF 132 III 523 consid. 4.5 p. 528). 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 Tribunal fédéral 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'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Sont réputés

chargés de l'administration ou de la gestion au sens de l'art. 756 CO "non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels, mais également les personnes qui prennent effectivement des décisions relevant des organes, ou qui assument la gestion proprement dite et ont ainsi une part prépondérante à la formation de la volonté au sein de la société" (ATF 107 II 353, consid. 5a; ATF 112 II 1985 et l'arrêt non publié du Tribunal fédéral du 21 avril 1988 en la cause A. ; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., p. 209 et ss). En l'espèce, l'intéressé, administrateur de la société depuis sa création, avec signature individuelle et inscrit au Registre du commerce en tant que tel, est à l'évidence un organe au sens des règles susmentionnées.

E. 12

Reste à examiner s'il peut être tenu pour responsable du dommage subi par la Caisse. Le Tribunal fédéral 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 (arrêt du TF du 28 juin 1982, in : RCC 1983 p. 101). De jurisprudence constante, notre Haute Cour 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. Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, on peut, par

A/471/2009 - 9/12 - 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 (RCC 1992 p. 262, 268 s. 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 ; arrêt du TF en la cause 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 à la baisse leur rémunération à partir du moment où la mise en liquidation de la société est envisagée et que des dettes importantes de cotisations existent (cf. arrêt du TF du 6 février 2006, en la 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 la jurisprudence citée; ATF 108 V 188).

E. 13

En l'espèce, l'intéressé reproche à la Caisse de n'être pas intervenue dans le cadre de la procédure de la faillite de la société.

A/471/2009 - 10/12 - La responsabilité de l'organe d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée peut être engagée en application de l'art. 52 LAVS. L'action intentée par la Caisse sur cette base doit être effectuée dans les deux ans après qu'elle ait eu connaissance du dommage subi en raison du non-paiement des charges sociales. Elle n'a à cet égard pas à intervenir, ni plus tôt, ni dans un autre cadre.

E. 14

L'intéressé rappelle que les montants figurant au bilan de la société permettait de couvrir les créances de la Caisse et que des comptes de réserves avaient été prévus. A fin 2005, il considère que rien ne laissait présager qu'il ne serait pas possible à la société de s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable. Force est toutefois de constater que la société se heurte à des difficultés financières importantes depuis 1998 déjà, qu'un plan de paiement a été requis en mai 2004 et n'a pas pu être respecté. Il convient également de relever que le dommage est notamment constitué de cotisations restées impayées depuis 2003. Il résulte des pièces comptables produites que l'exercice 2003 se solde précisément par une perte. Ce n'est au surplus qu'après avoir été menacée du dépôt d'une plainte pénale que la société s'est acquittée de la part salariale des cotisations 2005. Qui plus est, lorsque l'intéressé a sollicité de la caisse un arrangement de paiement, en mai 2004, la dette de cotisations s'élevait déjà à 23'601 fr. au 31 décembre 2003. L'intéressé ne peut dans ces conditions être considéré comme ayant eu des raisons sérieuses et objectives de penser que le retard pris dans le règlement des cotisations aux assurances sociales n'était que passager au sens de la jurisprudence rappelée ci-dessus. Il a en réalité fait supporter à l'assurance sociale le risque inhérent au financement - durable en l'espèce, puisque les difficultés ont commencé plusieurs années auparavant et n'ont cessé qu'avec le prononcé de la faillite en 2006 - d'une entreprise en difficulté (ATF 108 V 96 consid. 4), ce qui, de jurisprudence constante, n'est pas admissible. Il a certes pris les quelques mesures qu'il a décrites lors de sa comparution personnelle le 13 octobre 2009. Elles étaient au demeurant tardives. Il n'a en particulier pas su anticiper le fait que le parc de location devienne obsolète en prenant plus tôt la décision, par exemple de réceptionner les appareils loués en les relouant ou en les vendant à des prix

plus intéressants pour les clients. Ces mesures se sont quoiqu'il en soit rapidement avérées insuffisantes.

E. 15

L'intéressé fait valoir que l'Office des faillites avait fait déposer le stock de marchandises de la société dans un garage à Neuchâtel pour finalement le déclarer sans valeur deux ans après. Le Tribunal fédéral a toutefois eu l'occasion de juger à cet égard que d'éventuels manquements de cet Office survenus ultérieurement ne sauraient constituer un facteur interruptif du lien de causalité adéquate entre le dommage subi par la caisse et les actes dommageables dont les anciens administrateurs se seraient rendus responsables à son encontre. Il a en effet considéré que le dommage dont il est question à l'art. 52 LAVS ne devait pas être

A/471/2009 - 11/12 - confondu avec celui des anciens administrateurs résultant des manquements de l'office des faillites (ATF du 10 janvier 2007, H 95/05).

E. 16

En l'occurrence, il convient en conséquence d'admettre que l'intéressé s'est rendu coupable de négligence grave, laquelle est sans conteste en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi par la Caisse, et entraîne l'obligation de réparer le dommage au sens de l'art. 52 LAVS. Mal fondé, le recours est rejeté.

A/471/2009 - 12/12 -

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