

GE_GERICHTE ATAS/648/2008 vom 22. Mai 2008

GE Cour de justice, 2008-05-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_648_2008

FR: GE_GERICHTE ATAS/648/2008 du 22 mai 2008

IT: GE_GERICHTE ATAS/648/2008 del 22 maggio 2008

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'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.

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-

A/1966/2007 - 9/20 - 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

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 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. FRITSCHE, "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

A/1966/2007 - 10/20 - 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). 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 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.

E. 4

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. 5

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,

A/1966/2007 - 11/20 - 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 consid. 1a; ATF 108 V 192 consid. 2a = RCC 1983 p. 100; RCC 1985 p. 646 consid. 3a).

E. 6

En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse en raison de la faillite de la société, ce qui représente, pour l'année 2002, un montant de 177'516 fr. La recourante a, dans un premier temps, contesté le montant de ce dommage en faisant remarquer qu'il ne correspondait pas à celui mentionné en première page de la menace de poursuite pénale que lui avait adressée la caisse en date du 3 septembre 2004. L'intimée lui a cependant expliqué que ce dernier montant ne correspondait qu'à la somme réclamée au plan pénal, soit 28'053 fr. 65, et la recourante n'est plus revenue sur le montant du dommage en procédure de recours, de sorte qu'il y a lieu d'admettre que ce montant n'est plus contesté. Au demeurant, aucun document n'a été produit ou aucune allégation formulée qui pourrait permettre d'émettre des doutes quant à son exactitude. Il convient maintenant d'examiner la responsabilité de la recourante en sa qualité d'administratrice.

E. 7

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. 8

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 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.

A/1966/2007 - 12/20 - 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. 9

En l'espèce, il ressort de l'extrait du RC que la recourante a été administratrice avec signature collective à deux de la société du 31 mai 1996 au 13 janvier 2003. Il est ainsi indéniable qu'elle avait la qualité d'organe de la société faillie, ce qu'elle ne conteste d'ailleurs pas.

E. 10

Encore faut-il examiner si la recourante s'est rendue 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 conclure que la non observation desdites prescriptions était permise ou ne représentait pas une faute (RCC 1985 p. 603 consid. 2 et réf. citées).

A/1966/2007 - 13/20 - 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 faire 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. 11

En l'espèce, la recourante a allégué n'avoir jamais pris aucune décision pour la société Y _____ SA et n'avoir jamais assisté à aucune séance du conseil d'administration. Ce faisant, elle a à l'évidence violé ses devoirs en conservant un mandat qu'elle n'assumait pas dans les faits. En réalité, sa situation était comparable à celle d'un homme de paille et c'est précisément en cela que réside sa faute car celui qui se déclare prêt à assumer ou conserver un mandat d'administrateur, tout en sachant qu'il ne pourra pas le remplir consciencieusement, viole son obligation de diligence (ATFA H 244/99 du 18 février 2000 consid. 2b ; ATF 122 III 200 consid. 3b). En n'exerçant aucune surveillance autre que de poser des questions à son fils, la recourante a donc commis une négligence qui doit, sous l'angle de l'art. 52 LAVS, être qualifiée de grave (ATF 112 V 3 consid. 2b). Qu'elle n'ait pas été en mesure d'exercer ses fonctions, parce que la société était dirigée en fait par son fils n'est pas un motif de suppression ou d'atténuation de la faute commise (ATFA 156/99 du 20 mars 2000 ; ATF 122 III 200 consid. 3b ; Jean-François EGLI, Aperçu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative à la responsabilité des administrateurs de société anonyme, in Publication CEDIDAC 8, 1987, p. 32).

A/1966/2007 - 14/20 - Sa passivité est, de surcroît, en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi par la caisse de compensation. En effet, si la recourante avait correctement exécuté son mandat, elle aurait pu veiller au paiement des cotisations d'assurances sociales ou, à tout le moins, pu constater que des cotisations d'assurances sociales étaient impayées et exercer une pression sur son fils afin que ce dernier s'en acquitte dans les meilleurs délais. Le Tribunal de police a en effet constaté, dans son jugement, qu'en tout cas en 2002 et 2003, des montants équivalents aux sommes retenues sur les salaires étaient à disposition de la société, de sorte que cette dernière aurait pu les affecter au paiement des cotisations plutôt qu'à celui d'autres créanciers. Si l'assurée se trouvait dans l'incapacité de prendre ces mesures en raison de l'opposition des organes qui dirigeaient en fait la société, elle devait alors démissionner de ses fonctions. En l'état, on ne saurait considérer que la recourante a rempli son obligation d'assumer la haute surveillance de la gestion de la société. Étant informée des difficultés financières de la société, d'une part, de l'établissement de multiples arrangements de paiement, d'autre part, elle aurait dû exercer une surveillance accrue et ne pas se contenter des réponses évasives de son fils. Ainsi, l'affirmation selon laquelle « tout allait bien » ne saurait être considérée comme une réponse satisfaisante au vu des circonstances. Quant à l'allégation de la recourante selon laquelle elle a été trompée par son fils, le Tribunal de céans constate qu'elle aurait pu aisément contrôler la véracité des assertions de ce dernier en prenant directement contact avec la caisse de compensation, par exemple. En bref, la recourante n'aurait pas dû se contenter des réponses reçues mais vérifier si les obligations légales de la société étaient remplies car il s'agit là de l'une des obligations qui incombent aux membres du conseil d'administration. Il ressort des considérations qui précèdent que la recourante s'est rendue

coupable de négligence grave.

E. 12

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.

A/1966/2007 - 15/20 -

E. 13

Par ailleurs, la recourante a invoqué en audience une possible responsabilité de la part de l'OP, auquel elle reproche d'avoir contribué à aggraver – voire à causer – le dommage en ne liquidant pas la société aux meilleures conditions. Selon elle, l'office aurait "bradé" les biens de la société. A cet égard, le Tribunal estime que des investigations supplémentaires ne sont pas de son ressort. En effet, même si les accusations lancées s'avéraient fondées, la recourante ne s'en trouverait pas libérée pour autant au sens de l'art. 52 LAVS. En effet, sa négligence est sans aucun doute en relation de causalité avec le dommage puisque la manière dont la société a été gérée a abouti à sa mise en faillite alors que les montants dus à l'assurance sociale restaient dus. De ce point de vue, le dommage est la conséquence directe du comportement des organes de la société. La question de savoir, s'il eût été possible de diminuer le montant de ce dommage par la suite en réalisant de manière optimale les actifs de la masse n'a pas à être élucidée ici. Il n'appartient en effet pas au Tribunal de céans de juger de la conformité de la procédure de liquidation. Selon la jurisprudence applicable en matière de responsabilité selon 52 LAVS, l'obligation de réparer le dommage ne peut en effet être réduite que dans la mesure où il existe un rapport de causalité adéquate entre une violation grave de ses devoirs par la caisse et la création ou l'aggravation du dommage (VSI 1996 p. 314 consid. 3c). Au surplus, le droit fédéral exclut la possibilité pour l'employeur de faire valoir, dans le cadre d'une procédure en réparation du dommage et au moyen d'une dénonciation du litige, une prétention récursoire contre un tiers responsable. Selon la jurisprudence, il incombe uniquement à la caisse de compensation de décider si elle attaquera un employeur pour lui demander la réparation du dommage subi et, éventuellement quelles personnes elle mettra en cause s'il existe une pluralité de responsabilités; en ce dernier cas, elle jouit d'un concours d'actions et le rapport interne entre les coresponsables ne la concerne pas; si elle ne peut prétendre qu'une seule fois la réparation, chacun des débiteurs répond solidairement envers elle de l'intégralité du dommage et il lui est loisible de rechercher tous les débiteurs, quelques-uns ou un seul d'entre eux, à son choix. Cependant, cette jurisprudence ne vise que les rapports juridiques existant entre la caisse de compensation et l'employeur; elle ne restreint en aucune manière le droit de ce dernier d'intenter, le cas échéant, une action récursoire contre un tiers qui n'a pas été mis en cause selon la procédure prévue par l'art. 81 RAVS (RCC 1987 consid. 2b p. 510). Le moyen juridictionnel visé par l'art. 81 al. 3 RAVS tient tout à la fois de l'action de

droit administratif, c'est-à-dire d'une demande adressée à un organe judiciaire et tendant à la constatation du droit de la caisse de compensation à la réparation du dommage et de la demande en mainlevée de l'opposition du droit des poursuites. Bien que la dénonciation de litige soit en règle ordinaire possible dans les procédures administratives sur action, la faculté pour l'employeur de faire valoir,

A/1966/2007 - 16/20 - dans le cadre de l'action principale, une prétention récursoire supposerait que le juge des assurances sociales fût compétent pour connaître de celle-ci. La procédure en réparation du dommage, telle qu'elle est prévue par l'art. 81 RAVS est uniquement destinée à établir l'étendue des droits de l'administration contre l'employeur (ou, subsidiairement, contre ses organes). On doit donc considérer, logiquement, qu'une éventuelle prétention récursoire ne relève pas de l'autorité cantonale compétente selon l'art. 81 al. 3 RAVS, soit de l'autorité qui connaît généralement des recours contre les décisions des caisses de compensation prises en application de la LAVS. C'est dire que le droit fédéral n'accorde pas au juge des assurances sociales le pouvoir de se prononcer sur le recours interne entre plusieurs responsables en vertu de l'art. 52 LAVS, ce qui suffit en principe à exclure une dénonciation de litige. Et dans l'hypothèse où le droit cantonal de procédure conférerait un tel pouvoir au juge désigné par l'art. 85 al. 1 LAVS, en sus des attributions habituelles de ce dernier, il ne serait de toute façon pas acceptable, sous l'angle de la LAVS, que la prétention récursoire soit instruite et jugée conjointement avec le procès en responsabilité selon l'art. 52 LAVS, notamment par l'appel en cause des garants. Saisi de deux voire de plusieurs litiges distincts, le juge aurait l'obligation d'administrer d'office ou sur requête, toutes les preuves nécessaires à l'élucidation des faits propres à chacune des causes. Pour ce faire, il devrait appliquer tout à la fois le principe inquisitoire, qui gouverne le contentieux des assurances sociales, et les règles traditionnelles sur la répartition du fardeau de la preuve, qui prévalent dans un procès civil ordinaire. D'autre part, vu la complexité des rapports juridiques qui peuvent exister entre les coresponsables et la diversité des normes de droit public et de droit privé, susceptibles d'entrer en considération, l'autorité de recours ne serait pas toujours en mesure de statuer à bref délai, voire dans un délai raisonnable. Une jonction des causes aurait donc pour effet d'allonger la durée du procès entre la caisse de compensation et l'employeur actionné par celle-ci, ainsi que de compliquer la tâche du juge cantonal, ce qui irait à l'encontre des principes de simplicité et de rapidité de la procédure imposés aux cantons par l'art. 85 al. 1 a LAVS, auquel renvoie l'art. 81 al. 3 RAVS. On doit donc admettre que l'employeur n'est pas habilité à évoquer en garantie un tiers responsable, même si cette faculté lui est réservée par la législation cantonale (RCC 1987 consid. 2c p. 511s). En résumé, il appartient à la recourante, en sa qualité d'organe de la société, de se retourner, le cas échéant, contre l'Office des faillites si elle estime que la responsabilité de ce dernier est engagée. Ce grief de la recourante doit donc être écarté.

E. 14

Lors de son audition par le Tribunal de céans, la recourante a également fait reproche à la caisse de compensation d'avoir accordé à son fils plusieurs sursis de paiement. Elle a allégué que si la caisse avait convoqué son fils après que l'échec du

A/1966/2007 - 17/20 - premier ou du second arrangement, cela l'aurait peut-être poussé à mettre la société en faillite plus tôt et aurait limité le dommage. Le Tribunal de céans relèvera à cet égard que la recourante porte également sa part de responsabilité, ainsi que cela a été indiqué supra, puisqu'informée des arrangements de paiement en question et de

leur multiplication, elle n'a pas jugé bon de vérifier s'ils étaient respectés et à combien s'élevait la dette de la société en matière de cotisations. Si elle l'avait fait, elle aurait pu constater l'ampleur du problème et aurait pu alors donner sa démission, exerçant ainsi sur son fils la pression qu'elle reproche aujourd'hui à la caisse de n'avoir pas exercée. Il est vrai néanmoins que l'obligation de réparer le dommage peut être réduite, en application par analogie de l'art. 4 LRFC 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). 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 LRFC 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 LRFC, 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

A/1966/2007 - 18/20 - 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). Tel est le cas en l'occurrence justement, dès lors que la caisse ne disposant pas de raisons fondées d'admettre que les acomptes (en remboursement de la dette) et les cotisations courantes pourraient être versés ponctuellement., elle a 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 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. Or, 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 consécutifs 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

A/1966/2007 - 19/20 - 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. L'intimée s'est donc 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 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. En prenant en considération la réduction pour faute concomitante de l'intimée, le montant dû par la recourante correspond à 44'379 fr. En ce sens, le recours doit donc être partiellement admis.

A/1966/2007 - 20/20 -

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