

# **GE\_GERICHTE ATAS/656/2010 vom 31. Mai 2010**

GE Cour de justice, 2010-05-31, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_656\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_656_2010)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/656/2010 du 31 mai 2010

IT: GE\_GERICHTE ATAS/656/2010 del 31 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). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

### **E. 2**

La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'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).

### **E. 3**

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 60 LPGA).

### **E. 4**

a) Selon l'art. 52 al. 3 LAVS, le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus. L'employeur peut renoncer à invoquer la prescription. Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (FF 1994 V p. 964 sv., 1999 p. 4422, cité in arrêt du Tribunal fédéral du 30 novembre 2004 en la cause H 96/03). b) Selon la jurisprudence rendue à propos de l'ancien art. 82 al. 1 RAVS, et valable sous l'empire de l'art. 52 al. 3 LAVS (ATF non publié H 18/06 du 8 mai 2006, consid. 4.2), il faut entendre par moment de la «connaissance du dommage», en règle générale, le moment où la caisse de compensation aurait dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances effectives ne permettaient plus d'exiger le paiement des cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (ATF 129 V 195). En cas de faillite, ce moment correspond en règle générale à celui du dépôt de l'état de collocation, ou

A/702/2009 - 9/16 - celui de la publication de la suspension de la liquidation de la faillite faute d'actifs (ATF 129 V 193 consid. 2.3 p. 195 sv.). c) En l'espèce, l'état de collocation a été publié le 14 mars 2007. C'est donc à ce moment que la Caisse a eu connaissance du fait qu'elle allait subir un dommage, fait confirmé depuis puisque des actes de défaut de biens pour la totalité du dommage ont été délivrés. La décision en réparation du dommage, notifiée le 22 novembre 2007, est par conséquent intervenue dans le délai de deux ans prescrit par l'art. 52 al. 3 LAVS.

#### **E. 5**

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 quant aux conditions de la responsabilité de l'employeur. L'on ne peut 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'ancien art. 52 LAVS (ATF 129 V 11, consid. 3.5; 132 III 523, consid. 4.3).

#### **E. 6**

a) Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom (ATF 132 III 523, consid. 4.5 et les références citées). En ce qui concerne la notion d'organe selon l'art. 52 LAVS, on précisera que, dans le cas d'une société anonyme, la notion d'organe responsable selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui ressort de l'art. 754 al. 1 CO (ATF 132 III 523, consid. 4.5). L'art. 52 LAVS vise aussi, en première ligne, les organes statutaires ou légaux de celle-ci, soit les administrateurs, l'organe de révision ou les liquidateurs, c'est-à-dire les personnes qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 V 441 consid. 2b, 571 consid. 3, 107 II 353 consid. 5a; NUSSBAUMER, Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS, RCC 1991 p. 403 sv.; KNUS, Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV, thèse Zurich 1989, p. 14 ss). Mais les critères d'ordre formel ne sont, à eux seuls, pas décisifs et la qualité d'organe s'étend aux personnes qui ont pris des décisions réservées aux organes ou se sont chargées de la gestion proprement dite, participant ainsi de manière déterminante à la formation de la volonté de la société (ATF 119 II 255, 117 II 571 consid. 3, 441 consid. 2b, 114 V 214 ss consid. 4, 79 sv.; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2e éd., p. 209 ss; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2e éd., p. 1072, note 1969; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, § 37,

A/702/2009 - 10/16 - note 4; Peter Viktor KUNZ, Rechtsnatur und Einreueordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, thèse Berne 1993, p. 182 ss). Quant à un directeur de société, il a généralement la qualité d'organe en raison de l'étendue des compétences que cette fonction suppose (ATF 104 II 197 consid. 3b; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, op. cit., § 37, p. 443 note 17; BÖCKLI, op. cit., note 1969 p. 1072). Mais il ne doit répondre que des actes ou des omissions qui relèvent de son domaine d'activités, ce qui, en d'autres termes, dépend de l'étendue des droits et des

obligations qui découlent de ses rapports internes. Sinon, il serait amené à réparer un dommage dont il ne pouvait empêcher la survenance, faute de disposer des pouvoirs nécessaires (ATF 111 V 178 consid. 5a, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, op. cit., § 37, p. 442 note 8; ATF H 234/02 du 16 avril 2003, consid. 7.3, résumé in HAVE/REAS 2003 p. 251; ATF non publié H 128/04 du 14 février 2006, consid. 3). Le moment de la fin effective du mandat est déterminant pour fixer la durée de la responsabilité de l'organe d'une société anonyme, même lorsque la radiation de l'inscription au registre du commerce a été omise (ATF 126 V 61; ATF non publié H 282/01 du 27 février 2002, consid. 3a). C'est la fin effective qui fixe en principe les limitations temporelles de la responsabilité (ATF 123 V 172). b) En l'espèce, il résulte de l'extrait du registre du commerce que le recourant était inscrit en qualité de directeur de la société, avec signature collective à deux, avec l'administrateur unique, à compter du 27 juillet 2004. Le recourant admet implicitement qu'il pourvoyait à la gestion de la société, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante. Il ressort en effet de ses écritures qu'il a tenté de mettre en place des mesures d'assainissement et finalement saisi la justice. Il a par ailleurs reconnu sa qualité d'organe à l'égard de la Caisse, en déclarant être d'accord de se reconnaître débiteur envers elle du montant des cotisations 2005 d'un montant de 28'603.60 fr. qui ont été détournées. Enfin, le recourant a été condamné par le Procureur général pour détournement de cotisations en sa qualité d'employeur, soit d'organe de la société débitrice des cotisations. Cette qualification a été implicitement admise par le recourant, puisqu'il n'a pas fait opposition à cette condamnation. Il s'ensuit que le recourant revêt la qualité d'organe au sens de l'art. 52 LAVS, ce qu'il ne conteste au demeurant pas. La question de la fin de cette qualité d'organe se pose. S'il n'est pas contesté que le recourant a débuté son activité de directeur de la société en juillet 2004, celui-ci prétend en revanche qu'avec la résiliation de son contrat de travail du 15 juillet

A/702/2009 - 11/16 - 2005, il aurait été libéré de son obligation de travail à compter de cette date, sous-entendu qu'il ne saurait être tenu responsable de ce qui s'est passé postérieurement à cette date. Or, pareille libération de l'obligation de travail ne saurait être retenue, dans la mesure où elle ne ressort nullement de la lettre de licenciement du 15 juillet 2005 et que ce n'est que dans un courrier du 19 juin 2009 que, pour la première fois, le recourant a allégué qu'il aurait été libéré de son obligation de travail, sans fournir le moindre document à ce sujet. Ainsi, le recourant a revêtu la qualité d'organe de la société et, partant, d'employeur au sens de l'art. 52 LAVS de juillet 2004 à mi-septembre 2005. Reste à examiner si le recourant peut être tenu pour responsable du dommage subi par la Caisse.

#### **E. 7**

a) En matière de cotisations, qui représente le champ d'application principal de l'art. 52 LAVS, un dommage se produit notamment lorsque des cotisations demeurent impayées en raison de l'insolvabilité de l'employeur (ATF 123 V 12, consid. 5b). b) En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la Caisse, pour la somme de 161'846 fr. 80, correspondant aux cotisations dues par la société jusqu'à la fin du mois d'août 2005, y compris les frais, taxes, amendes et intérêts moratoires, la Caisse ayant admis que les fonctions de directeur du recourant avaient pris fin au 15 septembre 2005.

#### **E. 8**

a) L'art. 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 ss RAVS, prescrit que l'employeur doit déduire, lors de chaque paie, la cotisation du salarié et verser celle-ci à la caisse de

compensation en même temps que sa propre cotisation. Les employeurs doivent remettre périodiquement aux caisses les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs employés, de manière que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances a déclaré, à réitérées reprises, que 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 (ATF 118 V 193, consid. 2a). b) En l'espèce, il est constant que la société, respectivement ses organes y compris le recourant, ne se sont pas acquittés de la totalité des cotisations dues, en violation des prescriptions régissant l'assurance-vieillesse et survivants. Ce faisant, ils ont commis un acte illicite.

## **E. 9**

a) 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).

A/702/2009 - 12/16 - Il y a en principe violation intentionnelle des prescriptions de droit public lorsque l'employeur, sujet à un manque de liquidités, fait primer sur le paiement des cotisations d'autres dépenses qu'il juge – à tort ou à raison – nécessaires à la survie de son entreprise, comme par exemple le paiement des salaires ou des fournisseurs (M. FRETZ, La responsabilité selon l'art. 52 LAVS : une comparaison avec les art. 78 LPGA et 52 LPP, HAVE/REAS 2009, n° 3, p. 241). 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 1988 p. 261 et la jurisprudence citée; ATF 108 V 188). 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 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). b) Pour que l'organe s'étant rendu coupable d'une violation intentionnelle ou d'une négligence grave soit tenu de réparer le dommage causé à la caisse de compensation en raison du non-paiement des cotisations sociales, encore faut-il qu'il existe un lien de causalité adéquate entre le manquement qui lui est imputable et le préjudice subi (ATF 132 III 523, consid. 4.6). La jurisprudence estime qu'il existe en règle générale un lien de

causalité adéquate entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations, sous réserve du cas où l'administrateur est entré en fonction alors que la société était déjà surendettée (ATF 119 V 401 consid. 4c p. 407 s.), de sorte que celui-ci réponde solidairement de tout le dommage subi par l'assurance en cas de faillite de la société (arrêt du 30 novembre 2004, in SJ 2005 I p. 272, consid. 7.3.1; ATF 132 III 523).

A/702/2009 - 13/16 - c) En l'espèce, le recourant a été nommé directeur de la société en juillet 2004 et a exercé à ce titre un rôle central dans la gestion de la société. Il apparaît que la société connaissait des difficultés de trésorerie depuis le début de l'année 2004, puisqu'elle avait perdu un important partenaire dont le contrat n'avait pas été reconduit. N'alléguant pas que la société était déjà surendettée au moment de sa prise de fonction, le recourant avait identifié les problèmes financiers de la société, puisqu'il déclare s'être engagé dans la mise en place de mesures d'assainissement. Il lui appartenait dès lors de vérifier que l'arriéré de cotisations sociales soit soldé et que les cotisations sociales courantes soient payées, ce d'autant que la société connaissait des difficultés financières. Or, s'il est vrai que le recourant allègue avoir entrepris des démarches en vue de l'assainissement de la société, sans toutefois fournir la moindre preuve à cet égard, il n'apparaît toutefois pas que le recourant se soit soucié du paiement des cotisations sociales. Il ne l'allègue d'ailleurs même pas. Compte tenu des difficultés financières rencontrées par la société, le recourant aurait dû faire en sorte que les montants à disposition ou reçus des clients servent en priorité à payer les cotisations sociales en souffrance. Il ressort toutefois du dossier que le recourant a fait primer sur le paiement des cotisations d'autres dépenses, telles que le paiement des salaires et le respect des engagements de la société vis-à-vis de la Banque Cantonale de Genève. Enfin, la société disposait de liquidités, puisque dans le jugement de faillite du 14 décembre 2005, il est indiqué que la société disposait de liquidités, sous forme d'avoirs bancaires, d'un montant de 107'370 fr. 66, lesquelles auraient pu servir au paiement des cotisations sociales. En négligeant de payer prioritairement les cotisations sociales, sans qu'il ait été allégué ni établi que la société avait payé d'autres dettes en comptant sérieusement sur un redressement à court terme de la situation, le recourant a violé intentionnellement les prescriptions régissant l'assurance-vieillesse et survivants. S'il avait correctement exécuté son activité de directeur, le recourant aurait en effet pu constater que les cotisations sociales étaient impayées et prendre les mesures qui s'imposaient ou démissionner de ses fonctions. d) Quant au lien de causalité adéquate, il doit être tenu pour établi. En effet, le recourant a manqué à ses devoirs par son inaction, ne procédant pas prioritairement au règlement des cotisations sociales en souffrance et aux cotisations sociales courantes. Il s'agit donc d'une situation caractéristique dans laquelle il convient d'admettre, en application de la règle générale dégagée par la jurisprudence, un lien de causalité adéquate entre la passivité de l'organe et le non-paiement des cotisations sociales. Contrairement à ce qu'il soutient, le recourant doit également être tenu pour responsable du dommage afférent aux impayés échus avant son entrée en fonction comme directeur. En effet, selon la jurisprudence, il appartient à celui qui devient un organe d'une société de veiller non seulement au versement des cotisations courantes mais également à l'acquittement des cotisations arriérées, soit de celles

A/702/2009 - 14/16 - venues à échéance avant son entrée en fonction. L'inaction du recourant a également concerné l'arriéré de cotisations sociales. Par ailleurs, le recourant doit également être tenu pour responsable du dommage afférent à la période postérieure à l'octroi d'un sursis concordataire, soit mars 2005. En effet, le devoir de l'employeur de

s'acquitter des cotisations sociales au sens de l'art. 14 LAVS n'est en principe pas modifié par le prononcé d'un sursis concordataire. Le versement des cotisations dues sur les salaires payés n'entre pas dans la catégorie des actes juridiques qui tombent sous le coup des actes prohibés par l'art. 298 al. 2 LP. Par ailleurs, selon la jurisprudence, les montants dus à des institutions de prévoyance sociale à partir de la date du sursis sont des dettes de la masse qui ne sont pas touchées par le concordat et qui peuvent, de ce fait, être immédiatement payées (ATF 100 III 30; RDAT 1999 I n° 71 p. 278; arrêts H 38/01 du 17 janvier 2002 et H 277/97 du 17 mars 1998). A moins que le juge n'en dispose autrement - en application de la seconde phrase de l'art. 298 al. 1 LP -, il appartient donc aux administrateurs de la société de verser les cotisations paritaires dans le cadre de la gestion des affaires courantes, et non au commissaire au sursis. Le fait que celui-ci soit chargé de la surveillance de l'activité de la société au sens de l'art. 298 al. 1 LP et puisse donner des instructions à la direction de la société concernant la priorité des paiements à effectuer ne libère pas les administrateurs, en leur qualité d'organe de la société, de leurs devoirs de surveillance et de contrôle en matière de paiement des cotisations sociales (ATF non publié 9C\_69/2008 du 29 septembre 2008, consid. 4.3). De même, selon la jurisprudence, une décision judiciaire d'ajournement de faillite ne modifie en rien l'obligation du débiteur de s'acquitter des cotisations aux assurances sociales (ATF non publié H 224/06 du 10 décembre 2007, consid. 4). En l'espèce, il ressort des écritures du recourant qu'à partir de la nomination d'un curateur, puis d'un commissaire au sursis, il a tout ignoré de la gestion de la société. Il admet ainsi implicitement avoir renoncé à exercer ses attributions de directeur, sans alléguer de motif justificatif. S'il ne s'était pas désintéressé de la gestion de la société, il aurait dû et pu s'acquitter des cotisations sociales, rien ne le légitimant à surseoir à leur paiement en faveur d'autres créanciers. Enfin, comme déjà relevé, la qualité d'organe du recourant a duré jusqu'à la fin de son contrat de travail intervenu le 15 septembre 2005, une libération de son obligation de travail à compter du 15 juillet 2005 ne pouvant être retenue. Le recourant doit dès lors être tenu pour responsable du dommage pour l'année 2005 jusqu'à la fin du mois d'août 2005.

## **E. 10**

Les conditions de la responsabilité du recourant à l'égard de la Caisse de compensation sont donc réalisées.

A/702/2009 - 15/16 - Le recours sera toutefois partiellement admis afin de ramener le dommage à 161'846 fr. 80, vu la réduction du montant réclamé par la Caisse dans sa réponse du 19 mars 2009.

A/702/2009 - 16/16 -

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