

GE_GERICHTE ATAS/669/2014 vom 2. Juni 2014

GE Cour de justice, 2014-06-02, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_669_2014

FR: GE_GERICHTE ATAS/669/2014 du 2 juin 2014

IT: GE_GERICHTE ATAS/669/2014 del 2 giugno 2014

Regeste

Résumé: Lorsque le dommage de la caisse est susceptible d'évoluer dans sa quotité en fonction de l'éventuel dividende qui pourrait être versé dans le cadre de la faillite de la société et qu'elle a recherché exclusivement l'organe formel pour le tout, sans prévoir la cession de ces versements éventuels, elle doit être condamnée à céder au recourant le montant du dividende qu'elle pourrait percevoir. En effet, il existe une possibilité qu'elle soit indemnisée pour l'entier du dommage fixé dans la décision sur opposition, tout en percevant en sus des montants correspondant aux cotisations impayées.

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ; RSG E 2 05) en vigueur dès le 1er janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, 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). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, est applicable à la présente procédure.

E. 3

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

E. 4

L'objet du litige porte sur la responsabilité du recourant pour le dommage subi par l'intimée à la suite du défaut de paiement des cotisations sociales par la société.

E. 5

Il convient en préambule de statuer sur la requête d'appel en cause du recourant. a) En vertu 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 la caisse de compensation, est tenu à réparation. Conformément à l'art. 52 al. 2 LAVS, si l'employeur est une personne morale, les membres de l'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à titre subsidiaire du dommage. Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles répondent solidairement de la totalité du dommage. L'art. 14 al. 1 LAVS (en corrélation avec les art. 34 et suivants du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants [RAVS ; RS 831.101]) 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 à ce 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. Celui qui néglige de l'accomplir enfreint par conséquent les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 193 consid. 2a et les références).

A/2893/2013 - 8/14 - Les personnes tenues à la réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS sont solidairement responsables. Il appartient à la caisse de compensation de décider si elle attaquera un employeur pour lui demander la réparation du dommage subi. S'il existe une pluralité de responsables, 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 (ATF 119 V 86 consid. 5a). Cependant, cette jurisprudence ne vise que les rapports juridiques qui existent 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 (ATF 112 V 261 consid. 2b). La situation juridique et de fait du responsable du dommage est affectée par le fait que ce dernier peut cas échéant se retourner contre d'autres coresponsables (sur les conditions de l'action récursoire, cf. ATF 132 III 523 consid. 4.2) et par la possibilité que la caisse de compensation fera d'abord valoir sa créance à l'encontre des autres responsables. Il a ainsi un intérêt juridique et de fait à ce que d'autres personnes soient reconnues responsables. Cet intérêt peut justifier sa participation à la procédure contre d'autres personnes qui pourraient répondre du dommage (ATF 134 V 306 consid. 3.1). b) Selon l'art. 71 de la loi sur la procédure administrative (LPA ; RSG E 5 10), l'autorité peut ordonner, d'office ou sur requête, l'appel en cause de tiers dont la situation juridique est susceptible d'être affectée par l'issue de la procédure; la décision leur devient dans ce cas opposable (al. 1). L'appelé en cause peut exercer les droits qui sont conférés aux parties (al. 2). L'appel en cause a pour but d'attirer un tiers dans une procédure afin d'éviter que ce tiers, qui aurait un rapport de droit avec une des parties à cette procédure, ne déclenche ou ne soit contraint de participer à une autre procédure sur les mêmes questions litigieuses. L'appel en cause permet ainsi notamment d'éviter des décisions ou des jugements contradictoires en imposant une procédure unique et en rendant le jugement prononcé à l'issue de celle-ci opposable au tiers appelé en cause (François BELLANGER, La qualité de partie à la procédure administrative in Les tiers dans la procédure administrative, TANQUEREL/BELLANGER [éd.], 2004, p. 50). L'appel en cause a en outre pour but de préserver les intérêts juridiques ou de fait de la personne qui pourrait être affectée par l'issue de la procédure. Dans cette mesure, il est un prolongement du droit d'être entendu. En revanche, lorsque l'appel en cause vise à opposer la force de chose jugée du jugement à l'appelé en cause, ses conditions sont plus restrictives et il est nécessaire que la décision ait une incidence sur la relation juridique entre la partie et la personne à appeler en cause (Alfred KÖLZ/Isabelle HÄNER/Martin BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3ème éd. 2013, p. 324 n. 929). Les tribunaux cantonaux des assurances sociales doivent appeler en cause les autres débiteurs solidaires recherchés par la caisse de compensation, que la procédure les

A/2893/2013 - 9/14 - concernant soit pendante ou que leur responsabilité ait fait l'objet d'une décision déjà entrée en force (SVR 2007 AVS n° 2, consid. 2.2). L'intéressé qui fait l'objet de la décision de réparation ne peut toutefois pas appeler en cause tout tiers qui pourrait cas échéant être solidairement responsable lorsque ce dernier n'a pas été recherché par la caisse de compensation (ATF 112 V 261 consid. 2c). Il appartient ainsi au juge d'inviter à participer à la procédure, à titre de co-intéressés, les personnes contre lesquelles la caisse a rendu une décision de réparation du dommage et contre lesquelles elle n'a pas renoncé à ouvrir action ensuite de leur opposition (ATFA non publié H 101/06 du 7 mai 2007, consid. 4.5). c) En l'espèce, l'intimée n'a pas agi à l'encontre de Monsieur D_____ et n'entend pas le faire, comme cela ressort de ses déterminations du 21 mai 2014. Partant, les conditions pour un appel en cause selon la jurisprudence citée ne sont pas remplies. De plus, contrairement à ce que semble alléguer le recourant, le fait que sa situation juridique puisse être affectée par la reconnaissance d'une responsabilité de Monsieur D_____ n'est pas pertinent. Le critère déterminant pour l'appel en cause est bien plutôt que la procédure puisse avoir des répercussions sur la situation du tiers et non sur celle de la partie à la procédure. Or, l'objet de la contestation est le rapport juridique visé par la décision (ATF non publié 9C_598/2011 du 19 avril 2012, consid. 3.1), soit en l'espèce la responsabilité du recourant en sa qualité d'administrateur. Partant, l'appel en cause ne permettrait pas à la Cour de céans d'étendre l'objet du litige et de statuer sur l'obligation éventuelle de Monsieur D_____ de réparer le dommage subi par l'intimée en vertu de l'art. 52 LAVS. Il n'aurait dès lors pas d'incidence directe sur la situation juridique de ce dernier. Eu égard à ces éléments, la requête d'appel en cause doit être rejetée.

E. 6

Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom. Le caractère subsidiaire de la responsabilité des organes d'une personne morale signifie que la caisse de compensation ne peut agir contre ces derniers que si le débiteur des cotisations (la personne morale) est devenu insolvable (ATF 123 V 12 consid. 5b et les références). Selon la jurisprudence, les personnes qui sont – légalement ou formellement – organes d'une personne morale entrent en principe toujours en considération en tant que responsables subsidiaires aux conditions de l'art. 52 LAVS. Le Tribunal fédéral a ainsi reconnu la responsabilité non seulement des membres du conseil d'administration, mais également celle de l'organe de révision d'une société anonyme, du directeur d'une société anonyme disposant du droit de signature individuelle, du gérant d'une société à responsabilité limitée ainsi que du président, du directeur financier ou du gérant d'une association sportive (ATFA non publié H 34/04 du 15 septembre 2004, consid. 5.3.1 et les références). 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 du Code des obligations (CO; RS 220). La responsabilité incombe donc non seulement aux membres du conseil d'administration, mais aussi aux organes de fait, c'est-à-

A/2893/2013 - 10/14 - dire à toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation de la société, à savoir celles 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. Dans cette dernière éventualité, il faut cependant que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, en d'autres termes qu'elle ait exercé effectivement une influence sur la marche des affaires de la société (ATF 128 III 29 consid. 3a; ATF non publié 9C_1086/2009 du 15

juillet 2010, consid. 4.2.2).

E. 7

Pour que l'organe, formel ou de fait, soit tenu de réparer le dommage causé à la caisse de compensation en raison du non-paiement des cotisations sociales, il faut que les conditions de l'art. 52 al. 1er LAVS soient réalisées, ce qui suppose que l'organe ait violé intentionnellement ou par une négligence grave les devoirs qui lui incombent et qu'il existe un lien de causalité adéquate entre le manquement qui lui est imputable et le préjudice subi. Celui qui appartient au conseil d'administration d'une société et qui ne veille pas au versement des cotisations courantes et à l'acquittement des cotisations arriérées est réputé manquer à ses devoirs (ATFA non publié H 96/03 du 30 novembre 2004, consid. 7.3.1 in SJ 2005 I 272). La négligence grave mentionnée à l'art. 52 al. 1er LAVS est admise très largement par la jurisprudence. Se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui ne respecte pas la diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie. Dans le cas d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention que la société doit accorder, en tant qu'employeur, au respect des prescriptions de droit public sur le paiement des cotisations d'assurances sociales. Les mêmes exigences s'imposent également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATFA non publié 4C_31/2006 du 4 mai 2006, consid. 4.6). La négligence grave est également donnée lorsque l'administrateur n'assume pas son mandat dans les faits. Ce faisant, il n'exerce pas la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, attribution inadmissible et inaliénable du conseil d'administration conformément à l'art. 716a CO. Pour déterminer s'il y a eu négligence grave, il convient de procéder à l'appréciation de l'ensemble des circonstances du cas particulier (ATF non publié 9C_817/2008 du 15 janvier 2009, consid. 3.4). Selon la jurisprudence, même s'il est écarté de la gestion de la société anonyme, un membre du conseil d'administration reste tenu de surveiller les personnes chargées de la gestion et de la représentation, afin que l'activité de la société se déroule conformément à la loi. La violation de ce devoir de surveillance constitue une négligence grave entraînant l'obligation de réparer le dommage subi par la caisse. Il en va de même lorsque, en raison de la répartition interne des fonctions administratives, il incombe en premier lieu à certains administrateurs de veiller au paiement des cotisations. Les autres administrateurs n'en sont pas moins tenus de s'enquérir de la situation et de prendre les mesures nécessaires en cas de retard dans le paiement des cotisations (ATFA non publié H 262/03 du 14 octobre 2004, consid. 4.2).

A/2893/2013 - 11/14 - Une personne qui se déclare prête à assumer ou à conserver un mandat d'administrateur tout en sachant qu'elle ne pourra pas le remplir consciencieusement viole son obligation de diligence (ATF 122 III 195 consid. 3b). Sa négligence peut être qualifiée de grave sous l'angle de l'art. 52 LAVS (ATF 112 V 1 consid. 5b). Notre Haute Cour a ainsi l'occasion de rappeler à plusieurs reprises qu'un administrateur, dont la situation est à cet égard proche de celle de l'homme de paille, ne peut s'exonérer de ses responsabilités légales en invoquant son rôle passif au sein de la société (ATF non publié 9C_289/2009 du 19 mai 2010, consid. 6.2; ATFA non publié H 87/04 du 22 juin 2005, consid. 5.2.2; ATFA non publié H 234/00 du 27 avril 2001, consid. 5d; ATFA non publié H 225/00 du 13 février 2001, consid. 3c). En outre, la négligence doit être appréciée d'autant plus sévèrement que la structure de l'entreprise est petite et que le nombre de personnes à surveiller est faible (ATFA non publié H 65/01 du 13 mai 2002, consid. 5). Dans une petite

entreprise à la structure simple, on exigera d'un administrateur unique qu'il garde une vue d'ensemble sur toutes les affaires essentielles de la société quand bien même certaines prérogatives sont assumées par d'autres personnes. Il ne peut déléguer sa responsabilité d'administrateur unique à des tiers (ATF 112 V 1 consid. 2b).

E. 8

En l'espèce, la qualité d'organe formel du recourant est incontestable, dès lors qu'il est administrateur unique de la société. Il fait cependant valoir qu'il n'avait pas d'influence sur l'administration et la gestion de la société, que Monsieur D_____ assumait seul. Cet argument ne lui est toutefois d'aucun secours au vu de la jurisprudence citée. Les éventuels manquements de Monsieur D_____ ne suffisent en effet pas à exonérer le recourant des responsabilités liées à sa qualité d'administrateur unique de la société et ne pallient pas sa propre négligence. De plus, si le recourant admet n'avoir été qu'un homme de paille, il n'allègue pas qu'il était cantonné dans ce rôle passif après avoir cherché en vain à exercer ses attributions. Il ressort par ailleurs du formulaire d'adhésion à l'intimée que le recourant était la personne de référence pour les démarches en lien avec les cotisations, ce qui démontre en tout cas qu'il était conscient de ses obligations sur ce plan et qu'il s'est chargé de certaines démarches administratives. De plus, les échanges de courriels produits par le recourant ne révèlent pas que le recourant aurait tenté sans succès d'obtenir des renseignements sur le fonctionnement et le paiement des charges de la société et que Monsieur D_____ aurait refusé de les lui transmettre. Il a d'ailleurs suffi d'un courrier à la fiduciaire pour que cette dernière fasse parvenir les comptes de la société au recourant. Ainsi, s'il est possible que Monsieur D_____ ait assumé seul la majorité des tâches administratives de la société et qu'il ait pris de sa propre initiative la plupart des décisions concernant la marche du restaurant, aucun élément ne permet de conclure que le recourant s'est trouvé dans l'incapacité d'exercer sa tâche d'administrateur en raison de la résistance de Monsieur D_____.

Par surabondance, si tel avait été le cas, ne pas démissionner dans A/2893/2013 - 12/14 - ces conditions tombe également sous le coup de l'art. 52 LAVS selon la jurisprudence (ATFA non publié H 38/01 du 17 janvier 2002, consid. 4b). La jurisprudence considère certes qu'on peut exclure une obligation de réparer le préjudice causé par un employeur à une caisse de compensation qui ne s'acquitte pas des cotisations sociales lorsque l'inobservation des prescriptions apparaît, au vu des circonstances, comme légitime et non fautive (ATF 108 V 183 consid. 1b). Tel est notamment le cas si l'employeur, en retardant le paiement de cotisations, parvient à maintenir son entreprise en vie, par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie. Mais il faut alors 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 (ATF non publié 9C_338/2007 du 21 avril 2008, consid. 3.1). En l'espèce, le recourant n'allègue aucun motif de cet ordre. Partant, force est d'admettre qu'il s'est bien rendu coupable d'une négligence grave au sens de la jurisprudence et qu'il doit réparer le dommage né durant la période où il était administrateur de la société.

E. 9

Le dommage a été fixé à 28'068 fr. 75 pour 2011 et 31'473 fr. 65 en 2012 par décisions du 26 avril 2013. La décision sur opposition du 11 juillet 2013 a réduit le montant dû pour 2011 à 20'704 fr. 65, tenant ainsi compte des paiements opérés par l'OP dans l'intervalle. Il n'existe aucun motif de s'écarter de ces montants, le recourant n'avançant aucun élément

qui permettrait de mettre en doute leur exactitude. Il faut cependant rappeler que lorsque la caisse subit un dommage à cause de l'insolvabilité de l'employeur mais en dehors de la faillite de celui-ci, la créance en réparation prend naissance au moment de la délivrance d'un acte de défaut de biens ou d'un procès-verbal de saisie valant acte de défaut de biens définitif au sens de l'art. 115 al. 1 LP (en corrélation avec l'art. 149 LP), soit lorsque le procès-verbal de saisie indique que les biens saisissables font entièrement défaut (ATFA non publié H 76/06 du 11 juillet 2007, consid. 7.1). Une caisse de compensation est ainsi en droit de rechercher les organes d'une personne juridique même si cette dernière n'a pas encore été dissoute. La subsidiarité des organes ne signifie pas que la caisse de compensation ne peut se retourner contre eux que si la personne morale a cessé d'exister. Une telle solution serait d'autant moins acceptable que la caisse de compensation n'est pas en mesure de déclencher la faillite d'une personne morale, puisque les cotisations paritaires doivent être recouvrées par voie de saisie également contre un débiteur soumis à la poursuite par voie de faillite, conformément à l'art. 15 LAVS et l'art. 43 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP ; RS 281.1) (ATF 113 V 256 consid. 3c). Lorsqu'en cas de faillite, on ne peut déterminer le dommage avec exactitude au moment de l'état de collocation, la décision de réparation du dommage doit être établie de telle sorte que les auteurs du dommage sont

A/2893/2013 - 13/14 - recherchés pour le tout contre la cession d'un éventuel dividende obtenu dans la faillite (ATF 114 V 81 consid. 3b). En l'espèce, le dommage est susceptible d'évoluer dans sa quotité en fonction de l'éventuel dividende qui pourrait être versé dans la faillite. Bien que l'intimée ait recherché le recourant pour le tout, elle n'a pas prévu la cession de ces versements éventuels, qui réduiraient sa créance de cotisations et partant son dommage. Il existe ainsi une possibilité qu'elle soit indemnisée pour l'entier du dommage fixé dans la décision sur opposition, tout en percevant en sus des montants correspondant aux cotisations impayées. Il y a donc lieu de condamner l'intimée à céder au recourant le montant du dividende qui pourrait lui revenir dans le cadre de la faillite de la société.

E. 10

Le recours doit être très partiellement admis au sens de ce qui précède. Le recourant, qui obtient très partiellement gain de cause, a droit à des dépens qu'il convient de fixer à 300 fr. (art. 61 let. g LPG). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPG).

A/2893/2013 - 14/14 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant Préalablement :

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