

GE_GERICHTE ATAS/869/2011 vom 15. September 2011

GE Cour de justice, 2011-09-15, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_869_2011

FR: GE_GERICHTE ATAS/869/2011 du 15 septembre 2011

IT: GE_GERICHTE ATAS/869/2011 del 15 settembre 2011

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS; RS 831.10). Depuis le 1er janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle a repris les procédures pendantes devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 26 septembre 2010). La compétence de la Cour de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

A/742/2004 - 28/36 -

E. 2

La LPGA 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 LAVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les art. 81 et 82 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance vieillesse et survivants (RAVS; RS 831.101) ont été abrogés. La procédure applicable auparavant (décision administrative suivie, en cas d'opposition, d'une action de la caisse en réparation du dommage [ancien art. 81 RAVS]) a été modifiée (décision puis décision sur opposition de la caisse de compensation, suivies d'un recours de droit administratif [art. 52 al. 2 LAVS, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2003, et 56 LPGA]). En l'occurrence, c'est la nouvelle procédure qui s'applique, 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). Les questions de la recevabilité des recours et de la prescription ayant déjà été examinées par le Tribunal cantonal des assurances sociales dans son arrêt incident du 17 septembre 2009 (ATAS 1150/2009), il n'y a pas lieu d'y revenir ici.

E. 3

Il convient encore de relever que la jonction des causes ouvertes en matière de contributions AF à celles concernant les cotisations AVS, avait été prononcée pour les besoins de l'instruction, le complexe de faits étant le même. Il importe à présent de disjoindre la cause 745/2004 (AF) de la cause 742/2004 (AVS) puisque les voies de droit ouvertes contre l'arrêt de la Cour de céans diffèrent. La cause 745/2004 sera suspendue en application de l'art. 14 LPA dans l'attente de l'entrée en force du présent jugement, lequel se prononcera uniquement sur la responsabilité des recourants eu égard au dommage subi par l'intimée du fait du non-paiement des cotisations AVS.

E. 4

L'objet du litige porte sur la responsabilité des recourants quant au dommage subi par l'intimée en raison du défaut de paiement des cotisations sociales par la société faillie pour les années 2001 et 2002.

E. 5

En vertu de l'art. 52 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. Les prescriptions que doit respecter l'employeur sont tout d'abord celles de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants et de ses dispositions d'exécution, notamment celles concernant l'obligation de déduire, à chaque paiement de salaire, la cotisation du salarié, puis de la verser à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation, ainsi que l'obligation de remettre périodiquement à la caisse les pièces comptables concernant les salaires versés aux employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions (RCC 1985 p. 607 consid. 5; RCC 1985 p. 646 consid. 3a).

A/742/2004 - 29/36 - 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

a) Le dommage survient dès que l'on doit admettre que les cotisations dues ne peuvent plus être recouvrées, pour des motifs juridiques ou de fait (ATF 129 V 195 consid. 2.2, 126 V 444 consid. 3a, 121 III 384 consid. 3bb, 388 consid. 3a). Il en va notamment ainsi lorsque la caisse de compensation, dans la procédure de poursuite par voie de saisie engagée contre l'employeur, a subi une perte. L'acte de défaut de biens selon l'art. 115 al. 1 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP; RS 281.1), en corrélation avec l'art. 149 LP, qui fixe le dommage sur les plans qualitatif et quantitatif, révèle que l'employeur ne s'est pas acquitté de son obligation de payer des cotisations et qu'il ne peut par conséquent pas non plus remplir son obligation de réparer le dommage conformément à l'art. 52 LAVS. A partir du moment où un tel acte de défaut de biens après saisie est délivré, plus rien n'empêche donc d'engager des poursuites contre les organes responsables à titre subsidiaire. A ce moment-là, en effet, la caisse de compensation a également connaissance du dommage (RCC 1988 p. 137 consid. 3c ; RCC 1988 p. 323 consid. 3b). En effet, par moment de la « connaissance du dommage », il faut entendre, 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 128 V 17 consid. 2a et ATF 121 III 388 consid. 3b ainsi que les références). Il convient cependant de souligner que cette jurisprudence ne s'applique qu'en présence d'un acte de défaut de biens définitif selon l'art. 115 al. 1 LP, en corrélation avec l'art. 149 LP. En effet, dans la procédure de saisie, on ne peut admettre qu'un dommage est survenu parce que le montant dû ne peut plus être recouvré pour des raisons de fait que s'il appert qu'il n'existe aucun bien saisissable. En revanche, on ne peut parler

de la survenance ou de la connaissance d'un dommage si c'est uniquement sur la base de l'estimation du fonctionnaire de l'office des poursuites que les biens saisissables ont été considérés comme insuffisant - biens pouvant toutefois en principe être réalisés - et qu'on ne peut par conséquent admettre que l'irrecouvrabilité soit totale. Du point de vue du droit des cotisations, l'acte de défaut de biens provisoire au sens de l'art. 115 al. 2 LP habilite et oblige la caisse de compensation à déposer une demande de réquisition de vente et à en attendre le résultat. Dès lors, la remise à la caisse d'un tel acte de défaut de biens après saisie ne coïncide en règle générale pas avec le commencement du délai de prescription (RCC 1988 p. 323s. consid. 3c).

A/742/2004 - 30/36 - b) En l'espèce, les actes de défaut de biens qui ont été délivrés à l'intimée en date du 5 septembre 2003 ont été établis sur la base de l'art. 115 al. 1 et 149 LP et précisaient d'ailleurs expressément que la société débitrice n'avait plus ni activité lucrative, ni employés, ni locaux, ni comptes bancaires ou postaux, ni biens saisissables. La survenance et la connaissance du dommage remontent donc au 5 septembre 2003, étant précisé par ailleurs que la connaissance d'un dommage partiel est déjà suffisante (VSI 1996 p. 169ss consid. 3c/bb). En l'occurrence, force est de constater que l'existence d'un dommage est établie puisque la faillite de la société a été clôturée par jugement du 13 mai 2008 et sans que l'intimée n'obtienne plus que les actes de défaut de biens mentionnés supra. Le montant des cotisations dues n'est par ailleurs pas contesté.

E. 7

Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom. 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 (ATF du 15 septembre 2004, H 34/04, 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).

E. 8

En l'espèce, il ressort de l'extrait du RC que tous les recourant ont été administrateurs de la société au moment des faits. Il est ainsi indéniable que tous avaient la qualité d'organes de la société faillie. Le fait que Monsieur B _____ n'ait pas disposé de la signature n'y change rien puisqu'il n'en était pas moins désigné par le RC comme organe formel, donc réputé chargé de l'administration et tenu par un devoir de surveillance (cura in custodiendo) à l'endroit de l'activité des autres organes de fait ou de droit - contrairement à l'organe de fait qui n'est, lui, appelé à assumer une responsabilité que pour les domaines dans lesquels il a effectivement déployé une activité (FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., p. 216 n° 687).

E. 9

Encore faut-il examiner si les recourants se sont rendus coupables d'une violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions régissant l'AVS et s'il existe un lien

de causalité adéquate entre le manquement qui leur est imputable et le

A/742/2004 - 31/36 - préjudice subi. En effet, il n'y a pas obligation de réparer le dommage si des circonstances faisant apparaître comme justifié le comportement de l'employeur ou excluant qu'il ait commis une faute intentionnellement ou par négligence existent. Il est ainsi concevable qu'un employeur causant un dommage à une caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions de l'AVS ne soit néanmoins pas tenu de le 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).

E. 10

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 (ATF du 30 novembre 2004, H 96/03, consid. 7.3.1, publié in SJ 2005 I p. 272). La négligence grave mentionnée à l'art. 52 al. 1er LAVS est admise très largement par la jurisprudence. 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). 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 (arrêt du 4 mai 2006, 4C.31/2006, consid. 4.6). Selon les dispositions du code des obligations, l'administration est tenue en particulier de surveiller les personnes chargées de la gestion et de se renseigner régulièrement sur la marche des affaires. Elle doit s'acquitter de cette obligation avec "toute la diligence nécessaire", en tenant compte des circonstances spéciales du cas particulier. Cela implique notamment, pour le conseil d'administration, l'obligation de lire d'un œil critique les rapports qui lui sont soumis, de demander au besoin des renseignements complémentaires et d'intervenir lorsque des erreurs ou des irrégularités ont été constatées. Le seul fait de méconnaître ses devoirs de membre d'un conseil d'administration représente une grave violation du devoir de diligence (Revue à l'attention des caisses de compensation [RCC] 1992 consid. 7b p. 268s). Il y a ainsi négligence grave lorsque l'administrateur n'assume pas son mandat dans les faits puisque, ce faisant, elle n'exerce pas la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, attribution incessible et inaliénable du conseil

A/742/2004 - 32/36 - d'administration conformément à l'art. 716a CO. 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). On ajoutera enfin que selon la jurisprudence, 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), de sorte que celui-ci répond

solidairement de tout le dommage subi par l'assurance en cas de faillite de la société (ATF 132 III 523, consid. 4.6).

E. 11

S'agissant de Monsieur W _____, il convient de relever que ce dernier ne saurait se défausser au motif qu'il n'aurait pas été informé correctement par Monsieur C _____. En effet, en tant qu'administrateur, il lui appartenait d'exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, étant rappelé qu'il s'agit là d'une attribution inaliénable du conseil d'administration conformément à l'art. 716a CO. Le recourant ne saurait dès lors se dégager de toute responsabilité au motif qu'il faisait confiance aux personnes chargées de la gestion. Certes, les documents comptables remis aux administrateurs en février 2002 encore étaient de nature à les rassurer puisqu'ils faisaient état d'un bénéfice de plus de 200'000 fr. En revanche, les administrateurs - dont Monsieur W _____ - ont été clairement informés lors du conseil d'administration du 22 mai 2002 que la situation de trésorerie de la société était « extrêmement préoccupante ». A cette occasion, Monsieur C _____ a précisé que la société accusait des retards de paiement importants, à hauteur d'un million de francs environ, dont 646'000 fr. de dettes fiscales et sociales. Dès ce moment-là, au vu de la gravité de la situation évoquée (un dépôt de bilan a même été envisagé en juin 2002), les administrateurs auraient dû s'enquérir de la situation en matière de cotisations AVS, si besoin directement auprès de la caisse de compensation. Monsieur W _____ ne saurait dès lors tirer argument du fait qu'il n'aurait été mis au courant qu'en septembre 2002. Ainsi que le fait remarquer l'intimée à juste titre, lors des séances du conseil d'administration, Monsieur W _____ n'a ni évoqué l'obligation de payer les cotisations sociales, ni demandé la confirmation que ces cotisations étaient effectivement payées. Monsieur W _____ a donc commis une première négligence en ne s'informant pas de la situation en détail. On relèvera par ailleurs que bien que destinataires du courrier adressé le 1er août 2002 aux administrateurs par Monsieur B _____, ni Monsieur W _____, ni Monsieur A _____ ni Monsieur C _____ n'ont émis d'objection au fait que les 200'000 fr. avancés soient affectés exclusivement au paiement des salaires. S'il est vrai que Monsieur W _____ a finalement expressément attiré A/742/2004 - 33/36 - l'attention de Monsieur C _____, quelques mois plus tard, sur la nécessité de s'acquitter des cotisations sociales, force est de constater qu'il a surtout insisté sur la part pénale. Entre le moment où les difficultés de trésorerie ont été mises à jour (février - mai 2002) et la démission de l'intéressé, plusieurs mois se sont écoulés sans que Monsieur W _____ n'intervienne pour veiller à ce que les cotisations sociales soient effectivement payées - exceptés les deux courriers adressés à Monsieur C _____ et visant plus particulièrement la part pénale. Dans ces circonstances, la Cour de céans est d'avis que la responsabilité de Monsieur W _____ est bel et bien engagée.

E. 12

S'agissant de Monsieur C _____, force est de constater au vu des faits qui ont pu être établi au cours de l'instruction qu'il n'ignorait rien des difficultés de la société, de l'ampleur de l'arriéré de cotisations sociales et qu'il était au surplus lui-même en charge de l'aspect financier. Or, à la lecture des procès-verbaux des conseils d'administration qui se sont tenus, il n'apparaît nulle part qu'il aurait attiré l'attention sur la nécessité d'accorder la priorité au désintéressement des créanciers sociaux. Bien au contraire, et en dépit des instructions de Monsieur W _____, Monsieur C _____ a préféré donner la priorité

au paiement des salaires (cf. audition de Madame G_____ et de Monsieur H_____ ainsi que les déclarations de Messieurs W_____ et B_____). Certes, cela permettait à la société de survivre mais au détriment de l'intimée, puisque cela n'a fait qu'augmenter le montant des cotisations dues. Monsieur C_____ soutient qu'il avait toutes les raisons de penser que la société pourrait s'acquitter des cotisations grâce à la convention avec Y_____ SA. Certes, on peut envisager qu'un employeur cause un dommage à la caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions en matière d'AVS, sans que cela entraîne pour autant une obligation de réparer le préjudice. Tel est le cas lorsque l'inobservation des prescriptions apparaît, au vu des circonstances, comme légitime et non fautive (ATF 108 V 186 consid. 1b, 193 consid. 2b; RCC 1985 p. 603 consid. 2, 647 consid. 3a). Ainsi, il peut arriver qu'en retardant le paiement de cotisations, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie, par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie. Mais il faut alors, pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'art. 52 LAVS, que l'on puisse admettre que l'employeur avait, au moment où il a pris sa décision, des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable (ATFA 277/01 du 29 août 2002 consid. 2; ATF 108 V 188; RCC 1992 p. 261 consid. 4b).

A/742/2004 - 34/36 - Or, en l'occurrence, force est de constater que les perspectives ouvertes par la convention avec Y_____ SA sont bien postérieures au retard pris dans le paiement des cotisations qui remonte, lui, à la fin de l'année 2001. On est ainsi bien loin du « délai raisonnable » exigé par la jurisprudence. Celle-ci n'admet en réalité que de manière très exceptionnelle qu'un employeur puisse décider de retarder le paiement des cotisations afin de maintenir son entreprise en vie lors d'une passe délicate dans la trésorerie (ATFA 154/00 du 22 août 2000 consid. 2c). Il est vrai que des mesures importantes ont été prises (diminution drastique des charges, abandon de créances importantes envers la société - notamment de la part de Monsieur C_____ -, négociations en vue du rachat de la société, etc.). Il n'en demeure pas moins que durant plusieurs mois, la société a privilégié d'autres créanciers que l'intimée. Qui plus est, alors que la société pouvait compter sur une rentrée de liquidités importante à la fin de l'année 2002 (paiement par les clients des montants dus pour les contrats de maintenance ; cf. déclarations de Madame G_____, notamment), elle a préféré céder ces actifs à la société XE_____ SA - et se priver ainsi des moyens de désintéresser l'intimée - tout en acceptant que sa dette envers l'intimée soit exclue des passifs repris par XE_____ SA. On peut certes comprendre le souci - louable - des administrateurs de préserver les postes de travail ; néanmoins, force est de constater que les mesures prises pour maintenir les postes de travail n'ont fait qu'augmenter le montant des cotisations dues. Eu égard à ces considérations, la Cour de céans considère que ni Monsieur C_____, ni Monsieur A_____, ni Monsieur B_____ n'étaient légitimés à différer aussi longtemps le paiement des cotisations. Ainsi que cela a été relevé, des mesures ont certes été prises, qui ont permis de prolonger la survie de la société. Ces mesures auraient pu être qualifiées de suffisantes si elles avaient permis de rapidement remédier à la situation. Tel n'a cependant pas été le cas en l'occurrence puisque plus d'une année s'est écoulée depuis le début du retard, ce qui ne saurait être qualifié de « délai raisonnable » au sens de la jurisprudence, dont on a déjà souligné la rigueur dans un tel cas de figure. En conséquence, la responsabilité de Messieurs C_____, A_____ et B_____ doit également être confirmée.

E. 13

S'agissant de Messieurs W_____ ET B_____, l'intimée a proposé la réduction du montant réclamé à titre de réparation du dommage de 237'206 fr. 70 à 187'347 fr. (montant dû au 31 octobre 2002). La responsabilité de l'administrateur ne dure en principe que jusqu'au moment de sa sortie effective du conseil d'administration - que ce soit à la suite d'une démission ou d'une révocation - mais non jusqu'au moment de la radiation de ses pouvoirs au registre du commerce ; cela vaut en tout cas lorsque l'intéressé n'a plus A/742/2004 - 35/36 - aucune influence sur la marche des affaires et qu'il n'a plus reçu de rémunération (cf. notamment ATF 112 V 5 consid. 3c). En principe, donc, l'administrateur sortant ne répond, toutes autres conditions étant remplies, que du non-paiement des cotisations échues et exigibles au moment de sa sortie effective. Demeure réservée l'hypothèse où il a provoqué - intentionnellement ou par négligence grave - l'insolvabilité de la société (ATF H 108/12000 du 21 septembre 2000 consid. 5b). En l'occurrence, les intéressés ayant démissionné en décembre 2002, c'est à juste titre que l'intimée admet que doivent être exclues du montant qui leur est réclamé à titre de réparation les cotisations devenues exigibles ce mois-là. Les concernant, le montant du dommage doit donc être arrêté au 30 novembre 2002 (et non au 31 octobre 2002). 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.