

GE_GERICHTE A/1352/2001 vom 30. Juni 2004

GE Cour de justice, 2004-06-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1352_2001

FR: GE_GERICHTE A/1352/2001 du 30 juin 2004

IT: GE_GERICHTE A/1352/2001 del 30 giugno 2004

Erwägungen

E. 2

Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'AVS (cf. article 56 V LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 3

La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (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'art. 52 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 RAVS ont été abrogés. Le cas d'espèce reste toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). Les dispositions légales seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.

E. 4

Aux termes de l'art. 14 al. 1 LPA, lorsque le sort d'une procédure administrative dépend de la solution d'une question de nature civile, pénale ou administrative relevant de la compétence d'une autre autorité faisant l'objet d'une procédure pendante devant ladite autorité, la procédure administrative peut être suspendue jusqu'à droit connu sur ces questions. En l'espèce, Monsieur H_____ a déposé plainte pénale contre les témoins entendus dans la présente cause, à savoir Messieurs F_____ et GN_____, dès lors que ceux-ci se seraient concertés avant leur audition avec l'une des parties à la procédure. Il prétend par conséquent qu'il s'agit d'un témoignage de complaisance, soit d'un faux témoignage. Toutefois, comme cela ressortira de ce qui suit, les témoignages des Messieurs GN_____ et F_____, ainsi que les pièces dont l'authenticité a été mise en cause ne sont pas forcément nécessaires pour juger la responsabilité de Monsieur H_____. Par conséquent, il n'y a pas lieu de suspendre la procédure. La requête de ce dernier sera dès lors rejetée.

E. 5

Conformément à l'art. 80 al. 3 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS), la caisse de compensation qui maintient sa décision en réparation du dommage doit porter le cas par écrit devant l'autorité de recours compétente dans un délai de trente jours à compter du moment où elle a eu connaissance de l'opposition des parties mises en cause. En l'occurrence, la première opposition, à savoir celle de Monsieur

H _____, est parvenue à la caisse le 15 juin 2001. Les demandes que celle-ci a déposées le 13 juillet 2001 sont par conséquent recevables.

E. 6

a) Aux termes de l'art. 82 al. 1 RAVS, le droit de demander la réparation d'un dommage se prescrit lorsque la Caisse de compensation ne le fait pas valoir par une décision de réparation du dommage dans l'année après qu'elle a eu connaissance du dommage. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit en l'occurrence d'un délai de péremption à considérer d'office (ATF 113 V 181 = RCC 1987, p. 607, ATF 112 V 8, consid. 4 c = RCC 1986, p. 493). Lorsque ce droit dérive d'un acte punissable soumis par le code pénal à un délai de prescription de plus longue durée, ce délai est applicable (cf. art. 82 al. 2 RAVS). Le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a posé le principe qu'une caisse de compensation a « connaissance du dommage » au sens de la disposition précitée, à partir du moment où elle doit reconnaître, en y prêtant l'attention qu'on est en droit d'attendre d'elle et en tenant compte de la pratique, que les circonstances ne lui permettent plus de recouvrer les cotisations, mais pourraient justifier une obligation de réparer le dommage (ATF 128 V 12 consid. 5a, 17 consid. 2a, 126 V 451 consid. 2a, 121 III 388 consid. 3b). 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, 2^{ème} éd. p. 112), d'où résulte la perte de la créance de la Caisse. Lorsque la liquidation de la faillite a été suspendue faute d'actifs, le moment de la connaissance du dommage au sens de la loi coïncide avec celui auquel la liquidation de la faillite est suspendue pour défaut actifs, selon la jurisprudence constante en la matière (ATF 128 V 10 12 consid. 5a ; QUENET, op. cit., p. 46 ; RCC 1990 p. 305 s). b) La liquidation de la faillite a été suspendue en l'espèce le 30 mai 2000, à la suite de la constatation de défaut d'actifs. Par conséquent, les décisions en réparation du dommage du 18 mai 2001 de la demanderesse respectent le délai d'un an de l'art. 82 al. 1 RAVS.

E. 7

Aux termes de l'art. 52 LAVS, l'employeur doit couvrir le dommage qu'il a causé en violant les prescriptions intentionnellement ou par négligence grave. Il sied de rappeler que l'art. 52 LAVS est une disposition spéciale (cf. RCC 1989, page 117). a) Lorsque l'employeur est une personne morale, ses organes répondent solidairement, à titre subsidiaire, du dommage causé par celui-ci, notamment quand la personne morale n'existe plus au moment où la responsabilité est engagée (cf. n° 6003 des directives de l'OFAS sur la perception des cotisations – DP ; ATF 114 V 79, consid. 3 ; 113 V 256, consid. 3c ; RCC 1988, p. 136, consid. 3c ; ATF 111 V 173 ; RCC 1985, p. 649, consid. 2). Par organe, il faut entendre toute personne physique qui représente la personne morale à l'extérieur ou qui peut exercer une influence décisive sur le comportement de celle-ci (cf. n° 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le TFA s'est toujours référé à l'art. 754 al. 1, en corrélation avec l'art. 759 al. 1 du CO. Conformément à ces dispositions légales, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle répondent, à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues responsables solidairement. Sont réputés chargés de l'administration ou de la gestion au sens de l'art. 756 CO « non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels, mais également les personnes qui prennent effectivement des décisions relevant des organes, ou

qui assument la gestion proprement dite et ont ainsi une part prépondérante à la formation de la volonté au sein de la société » (ATF 107 II 353, consid. 5a ; ATF 112 II 185 ; FORSTMOSER, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, 2^{ème} édition, p. 209 ss). b) S'agissant des devoirs et obligations d'un administrateur, l'art. 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 et suivants RAVS, prescrit l'obligation pour l'employeur de déduire sur chaque salaire la cotisation du salarié et de verser celle-ci à la caisse de compensation avec sa propre cotisation. Les employeurs doivent envoyer aux caisses, périodiquement, les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs salariés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de payer les cotisations et de fournir les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances a déclaré, à réitérées reprises, que la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS est liée au statut de droit public (ATF 112 V 155, consid. 5; RCC 1987, page 220). L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (ATF 111 V 173, consid. 2; 108 V 186, consid. 1a, 192 consid. 2a; RCC 1985, page 646, consid. 3a). Le TFA 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'AVS (RCC 1978, page 259; RCC 1972, page 687). La caisse de compensation qui constate qu'elle a subi un dommage par suite de la non-observation de prescriptions peut admettre que l'employeur a violé celles-ci intentionnellement ou du moins par négligence grave, dans la mesure où il n'existe pas d'indice faisant croire à la légitimité de son comportement ou à l'absence d'une faute (cf. ATFA du 28 juin 1982, RCC 1983, page 101). De jurisprudence constante, le TFA 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). Le Tribunal de céans rappelle que l'art. 716 a) al. 1 CO, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1992, énumère les attributions intransmissibles et inaliénables des membres du conseil d'administration. En font partie l'exercice de la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les règlements et les instructions données. Dans le cadre de l'exercice de cette haute surveillance, l'administrateur répond, comme sous le régime de l'ancien droit de la société anonyme, de la *cura in custodiendo* (Adrian KAMMERER, *Die unübertragbaren und-unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates*, Thèse Zurich, 1997 p. 226). C'est ainsi qu'il a non seulement le devoir d'assister aux séances du conseil d'administration, mais également l'obligation de se faire renseigner périodiquement sur la marche des affaires (KAMMERER, *op. cit.*, p. 186). Il est tenu de prendre les mesures appropriées lorsqu'il a connaissance ou aurait dû avoir connaissance d'irrégularités commises dans la gestion de la société (FORSTMOSER/MEYER-HAYOZ/KNOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, § 30 note 49). Le fait que l'administrateur ne soit pas en mesure d'exercer ses fonctions, parce que la société est dirigée en fait par d'autres personnes, ou qu'il a accepté son mandat à titre fiduciaire dans le seul but de permettre au conseil d'administration de satisfaire aux exigences de l'art. 708 al. 1 CO, selon lequel la majorité des membres du conseil d'administration doivent être de nationalité suisse et avoir le domicile en Suisse, n'est pas un motif de suppression ou d'atténuation de la faute commise (Jean-François EGLI, *Aperçu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative à la responsabilité des*

administrateurs de société anonyme, in Publication Cedidac 8 1997, p. 32). Les difficultés financières, même si l'administrateur de la société n'en est pas responsable, ne le déchargent en principe pas de sa responsabilité, dès lors que, selon la jurisprudence, l'entreprise doit payer les salaires seulement à concurrence du montant qui lui permet de verser parallèlement les cotisations paritaires nées ex lege (cf. ATF non publié du 4 mars 2004 en la cause H34/02 consid. 5.2). La disculpation de l'employeur pourrait toutefois être admise, s'il avait des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter des cotisations dans un délai raisonnable. Selon la jurisprudence constante, la responsabilité des administrateurs d'une société anonyme est à apprécier avec plus de sévérité, compte tenu de l'organisation juridique et des devoirs de diligence auxquels sont astreints les membres du conseil d'administration. Le fait d'accepter ou de conserver un mandat d'administrateur, alors même qu'on n'a pas les compétences suffisantes, est considéré comme une faute, voire une faute grave. En effet, l'homme ou la femme de paille qui omet d'exercer ses droits de contrôle agit par négligence grave (ATF 122 III 200 consid. 3b ; ATF 112 V 3 consid. 2b). Lorsque la durée pendant laquelle les cotisations sont restées en souffrance est relativement courte, la violation des obligations incombant à l'administrateur peut le cas échéant ne pas être qualifiée comme étant grave. Toutefois, la durée de l'infraction n'est qu'un des critères d'évaluation à prendre en considération dans l'appréciation globale de toutes les circonstances du cas en cause (VSI 1996 p. 229).

E. 8

a) En l'espèce, Monsieur G _____ était inscrit formellement en tant qu'administrateur de la société. Ainsi, il avait indiscutablement la qualité d'organe de la société faillie. Il a admis n'avoir exercé aucun contrôle sur celle-ci et avoir été en fait un homme de paille. Pour sa défense, il fait valoir avoir été trompé par Monsieur H _____, dès lors que celui-ci a minimisé l'importance de la fonction d'administrateur et a abusé de sa totale inexpérience, tout en rappelant qu'il n'avait que 23 ans au moment des faits, sortait d'un apprentissage de vendeur et était au chômage. Il a également été incité à accepter cette fonction par la promesse d'un emploi fixe et bien rémunéré dans le futur magasin d'informatique de la société, promesse qui est cependant restée vaine. Comme relevé ci-dessus, selon la jurisprudence en la matière, l'absence de compétence suffisante ne constitue pas un motif d'excuse dans l'appréciation de la faute d'un administrateur. Au contraire, cet élément peut être considéré comme une faute grave. Tel est notamment le cas de l'homme de paille qui n'exerce aucun contrôle sur les activités de la société. Par conséquent, le Tribunal de céans ne saurait prendre en considération ni le jeune âge ni le manque d'expérience et la situation précaire de Monsieur G _____. Il n'est par ailleurs pas établi que celui-ci ait été sciemment trompé par des affirmations fallacieuses par Monsieur H _____. En effet, l'omission d'attirer l'attention du nouvel administrateur sur l'importance de sa tâche ne saurait être qualifiée de tromperie. En tout état de cause, Monsieur G _____ ne pouvait se fier aux seules informations de Monsieur H _____, lequel avait manifestement un intérêt personnel à la bonne marche de la société, même s'il le conteste. Par ailleurs, au moment où Monsieur G _____ est entré dans la société, soit en avril 1997, celle-ci venait seulement d'engager des employés. Par conséquent, aucun retard dans le paiement des cotisations sociales ne s'était encore produit en l'absence de versement de tout salaire. Il ne peut en outre être exclu que Monsieur H _____ pouvait avoir en avril 1997 de sérieux espoirs que les activités de la société allaient se développer, de sorte qu'il fût possible d'ouvrir un magasin informatique dans un proche avenir. Se pose toutefois la question de savoir si le fait d'avoir

fonctionné comme administrateur pendant une relativement courte période, à savoir du 11 avril 1997 jusqu'au 27 octobre 1997, est susceptible d'atténuer la faute de Monsieur G_____. Cependant, celui-ci a reçu pendant cette période plusieurs commandements de payer, ce qui devait impérativement attirer son attention sur les difficultés financières de la société. Il ne pouvait par ailleurs se reposer sur les assurances de Monsieur H_____, selon lequel le nécessaire allait être entrepris, sans procéder par la suite à un contrôle. Par conséquent, la courte durée de sa fonction ne peut être retenue en sa faveur. Au vu de ces éléments, il y a lieu d'admettre que Monsieur G_____ a commis une négligence grave en acceptant de devenir l'administrateur de la société en tant qu'homme de paille. b) Quant à Monsieur H_____, il convient de déterminer en premier lieu si celui-ci doit être considéré comme un organe de fait, dans la mesure où il n'était pas inscrit au registre du commerce comme administrateur. Il a toujours affirmé n'avoir été qu'un simple consultant et représentant de l'actionnaire majoritaire, XX_____ Ltd, sans pouvoir décisionnel pour prendre influence sur les affaires de la société. Il a également allégué n'avoir agi qu'en qualité de liquidateur après le 30 avril 1998, soit après la radiation de Monsieur G_____ en tant qu'administrateur au registre du commerce. Il convient toutefois de relever que ce dernier a démissionné le 27 octobre 1997 déjà et que la société était donc sans administrateur formel depuis cette date. Or, celle-ci a néanmoins continué à fonctionner et a gardé un employé, à savoir Monsieur P_____. Il est par ailleurs inexact que Monsieur H_____ n'est intervenu qu'après le 30 avril 1998. En effet, la déclaration de salaires pour la période de juillet à septembre 1997, datée du 10 octobre 1997 et reçue par la caisse le 20 novembre 1997, ainsi que la déclaration de salaires du 24 avril 1998 pour la période de janvier à mars 1998, portent visiblement le visa de Monsieur H_____, dès lors que ce visa est tout à fait semblable à celui apposé sur le courrier adressé le 5 décembre 1997 à la caisse, par laquelle la société a demandé à celle-ci un plan de paiement pour l'arriéré des cotisations sociales dues. Or, il résulte clairement des notes d'entretien du 12 janvier et du 9 février 1998 de la caisse (pièce 10) que cette démarche a été entreprise par Monsieur H_____. L'allégation de ce dernier, selon laquelle il ne serait intervenu qu'en tant que liquidateur après le 30 avril 1998 est donc contredite par les pièces du dossier. Il est à relever également que c'est Monsieur H_____ qui a répondu lorsque la caisse a téléphoné le 12 janvier 1998 à la société. Celui-ci a également admis avoir fait entrer Monsieur G_____ dans la société. Cela constitue également un indice qu'il a agi en tant que responsable de celle-ci et non pas seulement comme actionnaire ou représentant des actionnaires comme il le prétend. Monsieur H_____ a toutefois insinué que la société aurait été en réalité gérée par Monsieur F_____, auquel effectivement une procuration a été donnée le 1^{er} avril 1996. Certaines déclarations de salaires et courriers sont par ailleurs signés par ce dernier. Toutefois, la présente cause n'a pas pour objet d'établir si Monsieur F_____ a éventuellement assumé un rôle d'organe de fait. En tout état de cause, même si cela devait être admis, ce fait n'exclurait pas que d'autres personnes étaient responsables à côté de lui de la gestion de la société. Il convient cependant de rappeler que Monsieur F_____ n'a travaillé pour la société que jusqu'au 15 septembre 1997, selon l'attestation des salaires payée durant l'année 1997 (cf. lot de pièces de la caisse n° 7) et comme l'admet Monsieur H_____ dans le cadre de la plainte pénale adressée au Procureur général. Par conséquent, la gestion de la société a dû être assumée le cas échéant dès cette date par d'autres personnes. Il y a lieu de faire observer également que même si Monsieur H_____ conteste avoir été directement un actionnaire de la société et allègue n'avoir été qu'un consultant et représentant de

l'actionnaire principal, sa présence constante aux moments importants et aux rendez-vous avec Monsieur G _____ constitue également un indice qu'il a agi comme gestionnaire de celle-ci. Le Tribunal de céans relèvera en outre que la part pénale des cotisations sociales faisant l'objet de la dénonciation pénale du 26 février 1999 de Monsieur H _____ par la caisse a été entièrement payée. Il est invraisemblable que cela soit le fait des actionnaires que ce dernier aurait représentés. En effet, on ne voit pas quel intérêt ils auraient eu de payer la somme réclamée à ce titre, dès lors que, d'une part, les actionnaires ne sont pas personnellement responsables des dettes d'une société anonyme et, d'autre part, ils n'ont été mis en cause d'aucune manière par la caisse. A cela s'ajoute que Monsieur H _____ a manifestement refusé de collaborer dans la présente procédure en omettant de se présenter aux audiences pour lesquelles il a été personnellement convoqué à trois reprises, et ceci sans aucune excuse valable. Ce fait ne peut qu'être retenu contre lui. Rien que des pièces du dossier et des circonstances de l'espèce, sans devoir forcément recourir aux témoignages des Messieurs GN _____ et F _____, il résulte que Monsieur H _____ a participé activement à la gestion de la société et ainsi assumé la position d'un organe de fait. Ces négations virulentes et sa plainte pénale contre les témoins dans cette procédure apparaissent dès lors comme une manœuvre désespérée et dilatoire pour nier la réalité des faits. Quant à l'appréciation de sa faute, rien ne permet d'affirmer que Monsieur H _____ avait des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter des cotisations dans un délai raisonnable. A cet égard, il y a lieu de rappeler que la société était en retard pour le paiement de celles-ci dès le moment où elle a commencé de déclarer des salaires et qu'un retard s'est accumulé pendant une longue période. En l'absence de tout motif de disculpation, il convient dès lors d'admettre une non-observation des prescriptions légales par un organe de la société intentionnelle ou du moins par négligence grave. La responsabilité pleine et entière de Monsieur H _____ pour la somme des cotisations non payées doit dès lors être admise.

E. 9

a) Le dommage consiste dans le montant dont la caisse se trouve privée, à savoir le montant que l'employeur aurait été tenu de verser en vertu de la loi (RCC 1972, p. 687). Il englobe les cotisations paritaires AVS-AI-APG-AC (cotisations patronales et de salarié) et à Genève les contributions d'allocations familiales, ainsi que les frais d'administration, les intérêts moratoires, les taxes de sommation et les frais de poursuite. b) Monsieur H _____ n'a pas contesté les décomptes de la caisse relatifs au montant des cotisations et contributions d'allocations familiales dues, y compris les frais et intérêts, pendant la période considérée qui n'ont pas été transférés à la caisse. Le montant de 25'907 fr. 50 réclamé dans la présente procédure par celle-ci sera par conséquent admis à titre de dommage. c) Quant à Monsieur G _____, il met en cause l'exactitude du calcul de la caisse concernant les cotisations dues pendant la période de mai à septembre 1997, en se référant au courrier que celle-ci lui avait adressé le 9 mars 2001 (pièce 60 de la caisse) selon lequel le montant des cotisations dues ne serait que de 3'965 fr. 25 et non pas de 9'379 fr. 35 que la caisse lui réclame dans la présente procédure. Toutefois, ce faisant, Monsieur G _____ confond la part pénale des cotisations et les cotisations paritaires dues par l'employeur. La lettre susmentionnée de la caisse n'a trait qu'à la part pénale, à savoir à la part des cotisations à la charge de l'employé qui ont été retenues sur le salaire sans avoir été transféré par la suite à la caisse de compensation. Le montant de 3'965 fr. 25 ne saurait dès lors être déterminant pour le calcul du dommage. Il ressort au contraire des pièces produites par la caisse (lot de pièces numéro 8) que le montant dû pour la période de mai à juin 1997, selon la décision de taxation du 9

octobre 1997, était de 5'079 fr. 45. Pour la période de juillet à septembre 1997, la facture après taxation, rien que pour les cotisations, était de 5'994 fr. 80 (cf. pièce 9). A cela, s'ajoute les frais administratifs, intérêts moratoires, frais de poursuites et taxes de sommation. Sur la totalité des cotisations paritaires, ainsi que les frais et intérêts afférents à la période en cause, un montant de 9'379 fr. 85 est resté impayé. Par conséquent, le grief de Monsieur G_____ concernant le calcul du dommage doit être rejeté.

E. 10

S'agissant des conclusions reconventionnelles de Monsieur G_____ tendant à ce que Monsieur H_____ soit condamné au paiement de l'entier des cotisations et au remboursement au premier de la somme qu'il serait amené à payer à titre de dommage, celles-ci ne sont pas recevables à l'encontre du débiteur solidaire, dans le cadre d'une procédure administrative en réparation du dommage en application de l'art. 52 LAVS.

E. 11

Au vu de ce qui précède, il y lieu de lever les oppositions formées par Messieurs G_____ et H_____ contre les décisions en réparation du dommage de la caisse du 18 mai 2001.

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