

## **GE\_GERICHTE A/1454/2000 vom 12. August 2004**

GE Cour de justice, 2004-08-12, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_1454\\_2000](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1454_2000)

FR: GE\_GERICHTE A/1454/2000 du 12 août 2004

IT: GE\_GERICHTE A/1454/2000 del 12 agosto 2004

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

Conformément à l'article 3 alinéa 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-AI (cf. article 56 V LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

#### **E. 3**

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 TCAS, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'assurance invalidité notamment (cf. art. 56V LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

#### **E. 4**

La LPGa a entraîné de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-vieillesse, notamment en ce qui concerne l'ancien art. 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (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 sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS) ont été abrogés. Le cas d'espèce demeure 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. 5**

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 dans un délai d'une année à compter du moment où elle a eu connaissance du dommage et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du fait dommageable. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit en l'occurrence d'un délai de péremption à considérer d'office (ATF 112 V 8, consid. 4c ; RCC 1986 page 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 (art. 82 al. 2 RAVS). Le Tribunal fédéral des assurances (ci-après 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 116 V 75 , consid. 3b ; 113 V 181 , consid. 2 ; 112 V 8 , consid. 4d, 158 ; 108 V 52 , consid. 5 ; RCC 1983, page 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a « rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer » (cf. FRITSCHÉ : Schuldbetreibung und Konkurs II, 2 ème éd., page 112) d'où résulte la perte de la créance de la Caisse. Selon la jurisprudence, en cas de faillite, le dommage est en règle générale déjà suffisamment connu lorsque la collocation des créances est publiée, respectivement lorsque l'état de collocation (et l'inventaire) est déposé pour être consulté (ATF 126 V 444 consid. 3a, 121 V 236 consid. 4a, 119 V 92 consid. 3 et les références citées). b) Dans le cas d'espèce, la CCGC a eu connaissance du dommage le 17 février 1999, date de la publication de l'état de collocation dans la Feuille d'avis officielle. La demanderesse a notifié le 16 novembre 1999 à Messieurs M\_\_\_\_\_, G\_\_\_\_\_, S\_\_\_\_\_ et à Madame S\_\_\_\_\_ ses décisions en réparation du dommage. Cette notification est donc intervenue dans le délai d'une année prescrit par l'art. 82 al. 1 RAVS. Par ailleurs, les époux S\_\_\_\_\_ ont formé opposition le 15 décembre 1999 auprès de la CCGC et Messieurs M\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_ le 17 décembre 2000. Les défendeurs ont ainsi formé opposition dans le délai imparti par l'art. 81 al. 2 RAVS. La CCGC, pour sa part, a porté le 27 janvier 2000 ses actions en mainlevée des oppositions auprès la Commission cantonale de recours en matière AVS/AI (actuellement le Tribunal de céans). Compte tenu des fêtes prévues à l'art. 22a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA), applicable dans le domaine de l'AVS en vertu de l'art. 96 LAVS (ATF 122 V 65 ), la CCGC a respecté le délai de 30 jours prévu par l'art. 81 al. 3 RAVS et son action est par conséquent recevable.

## **E. 6**

Le litige porte sur la responsabilité des défendeurs dans le préjudice subi par la demanderesse, aux conditions de l'art. 52 LAVS, lequel prévoit que l'employeur doit couvrir le dommage qu'il a causé en violant les prescriptions intentionnellement ou par négligence grave. Si l'employeur 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). 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 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. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances a déclaré, à répétitions 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 195 consid. 2a et les références, ATF non publiés H 320/01 et H 333/01 du 8 octobre 2003 consid. 4). Selon la jurisprudence, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui manque de l'attention qu'un homme raisonnable aurait observée dans la même situation et dans les mêmes circonstances. La mesure de la diligence requise s'apprécie d'après le devoir de diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie que celle de l'intéressé. En présence d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions. Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité

subsidaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a ; RCC 1985 p. 51 consid. 21 et p. 648 consid. 3b). b) 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. La responsabilité incombe aux membres du conseil d'administration, ainsi qu'à toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation, c'est-à-dire à 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 (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 II 442 consid. 2b, 571 consid. 3, 107 II 353 consid. 5a). Il faut cependant, dans cette dernière éventualité, que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, c'est-à-dire d'exercer effectivement une influence sur la marche des affaires de la société (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 II 442 consid. 2b, 111 II 84 consid. 2). Ainsi, la notion d'organe selon l'art. 754 CO doit être comprise dans un sens large : sont également réputés chargés de l'administration et de la gestion les organes dits « de fait », c'est-à-dire les personnes qui, sans être désignées formellement en qualités d'organes – prennent en fait les décisions réservées à ces derniers ou se chargent de la gestion proprement dite (cf. notamment BÜRGI, note 119 ad art. 753/54 CO ; SCHUCANY, note 1 ad art. 754 CO ; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2 e ed., p. 209 ss.). Conformément à ces principes, le Tribunal fédéral a par exemple reconnu la qualité d'organes dirigeants aux deux seuls actionnaires d'une société, qui géraient eux-même celle-ci en lieu et place d'un administrateur unique nommé à titre fiduciaire (ATF 102 II 353 ; ATF 114 V 78 ). Un administrateur ne peut se libérer de sa responsabilité de veiller personnellement à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés soient payées à la caisse en soutenant qu'il faisait confiance à ses collègues chargés de l'administration du personnel de l'entreprise et du versement desdites cotisations à la caisse de compensation. Il a au contraire le devoir d'exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données (art. 716 a al. 1 ch. 5 CO). Si les membres du conseil d'administration qui ne sont pas chargés de la gestion ne sont certes pas tenus de surveiller chaque affaire des personnes chargées de la gestion et de la représentation mais peuvent se limiter au contrôle de la direction et de la marche des affaires, ils doivent cependant, entre autres obligations, se mettre régulièrement au courant de la marche des affaires, exiger des rapports et les étudier minutieusement et, au besoin, demander des renseignements complémentaires et essayer de tirer au clair d'éventuelles erreurs (ATF 114 V 223 consid. 4a ; ATF non publié H 265/02 du 3 juillet 2003). La responsabilité de l'administrateur ne dure en principe que jusqu'au moment de sa sortie effective du conseil d'administration, que ce soit par suite de démission ou de 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 aucune influence sur la marche des affaires et qu'il n'a plus reçu de rémunération (ATF 112 V 5 consid. 3c, 111 II 484 , 109 V 94 -95 consid. 13 ; NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, PJA 1996, ch. 8d p. 1081 ; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2 e éd., p. 236 n° 758 ss). 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 l'administrateur a provoqué – intentionnellement ou par négligence grave – l'insolvabilité de la société, insolvabilité qui excluait d'emblée le paiement des cotisations non encore échues au moment de sa démission ou de sa révocation (RCC 1985 p. 607 consid. 5, ATF non publié H 108/00 Sm

du 21 septembre 2000 consid. 5b). Un directeur de société 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, Schweizerisches Aktienrecht, § 37, p. 443 note 17, BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2 e éd., p. 1072 note 1969). Mais il ne doit répondre que des actes ou des omissions qui relèvent de son domaine d'activité, 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 non publié H 320/01 et H 333/01 du 8 octobre 2003 consid. 6.2) c) La responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS suppose un rapport de causalité adéquate entre la violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions et la survenance du dommage (MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, vol. II, p. 70 ad. let. f ; KNUS, Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV, thèse Zurich 1989, p. 58/59 ; FRESARD, la responsabilité de l'employeur pour le non-paiement de cotisations d'assurances sociales selon l'art. 52 LAVS, in Revue Suisse d'Assurances, 1987 p. 11). En matière de cotisations, un dommage (voir ATF 112 V 157 consid. 2) se produit lorsque l'employeur ne déclare pas à l'AVS tout ou partie des salaires qu'il verse à ses employés et que les cotisations correspondantes de trouvent ultérieurement frappées de péremption selon l'art. 16 al. 1 LAVS ou lorsque des cotisations demeurent impayées en raison de l'insolvabilité de l'employeur. Dans la première éventualité, le dommage est réputé survenu au moment de l'avènement de la péremption ; dans la seconde, au moment où les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire, eu égard à l'insolvabilité du débiteur (ATF 123 V 12 , 113 V 256 , 111 V 173 consid. 3a ; RCC 1990 p. 304 consid. 3b/aa ; FRESARD, op. cit., p.8 ; MAURER, op. cit., p.69). Selon la jurisprudence, la causalité est adéquate si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance (ATF 118 V 290 consid. 1c et les références ; ATF 119 V 401 consid. 4a). La question du lien de causalité entre l'inaction d'un administrateur et le non-paiement de cotisations arriérées ne se pose toutefois pas lorsqu'un dommage au sens de l'art. 52 LAVS préexiste, parce que la société était déjà insolvable avant l'entrée du nouveau membre au conseil d'administration (ATF 119 V 401 ).

## **E. 7**

En l'espèce, il s'agit de déterminer la responsabilité de chaque défendeur en ce qui concerne le non-paiement des cotisations paritaires arriérées de la société. a) En ce qui concerne Monsieur M\_\_\_\_\_, sa qualité d'organe ne fait aucun doute puisqu'il était administrateur inscrit au Registre du Commerce. Force est de constater au vu des éléments figurant au dossier, que cet administrateur n'a pas surveillé la marche des affaires ni n'a contrôlé les démarches effectuées par la direction. Ainsi, le Tribunal de céans constate que, lors des séances du conseil d'administration tenues les 25 octobre 1995 et 28 mai 1996, il n'était pas présent, mais « excusé » (pièces 4 et 7, M\_\_\_\_\_), alors même qu'il s'agissait de discussions importantes concernant la société et la clôture de l'exercice 1995 puisque il y était fait référence aux graves problèmes informatiques auxquels la société devait faire face, ce qui influençait sa comptabilité. Il a en outre déclaré avoir ignoré le fait que les cotisations sociales arriérées de l'année 1995 étaient demeurées impayées. Cet état de fait démontre à lui seul que cet administrateur ne s'est pas réellement préoccupé de

s'assurer que les personnes chargées de la gestion, en l'occurrence Madame S \_\_\_\_\_, de par sa position d'administratrice présidente, et Monsieur S \_\_\_\_\_, organe de fait de la société, s'étaient effectivement acquittés des cotisations AVS impayées pour 1995, alors même que cela résulte des obligations légales de l'administrateur d'une société. En ne se mettant pas régulièrement au courant de la marche des affaires, en n'exigeant pas de rapports et en ne les étudiant pas minutieusement tout en requérant, au besoin, des renseignements complémentaires, il s'est désintéressé de la bonne marche des affaires et sa passivité ne saurait être excusée. Il ne saurait se libérer de sa responsabilité, dès lors qu'il lui incombait d'exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observaient la loi. Il ne pouvait donc s'en tenir à la répartition des activités et il lui incombait précisément de s'occuper du domaine des cotisations sociales en raison justement de l'importance que revêt celui-ci (SVR 2003 AHV n°5 p. 14 consid. 5.3.2). b) Quant à Monsieur G \_\_\_\_\_, sa situation est quelque peu différente puisque les pièces qu'il a produit démontrent qu'il s'est investi dans la société de manière à surveiller les agissements des époux S \_\_\_\_\_. En effet, il a occupé la fonction d'administrateur dès le 22 décembre 1994 et s'est toujours préoccupé tant des comptes de la société que de son fonctionnement. Ainsi, lors de la séance du conseil d'administration du 25 octobre 1995, lors de la prise de connaissance des comptes provisoires de l'exercice 1994, il a refusé de les approuver dans la mesure où aucun listing des débiteurs ne figurait sous la rubrique « débiteurs » au 31 décembre 1994. De même, il a relevé l'insuffisance du système informatique de la société et a insisté pour que ce problème soit réglé afin que la comptabilité générale puisse être mise à jour (pièce 4 G \_\_\_\_\_). Le 22 mars 1996, il a également demandé des précisions à la direction de la société en ce qui concernait notamment les débiteurs au 31 décembre 1995 comparés aux débiteurs au 31 décembre 1994 et un rapport sur la situation de la société vis-à-vis de l'AVS (pièce 5 G \_\_\_\_\_). Lorsqu'il a appris les graves problèmes de trésorerie de la société en septembre 1996 et le fait qu'elle avait dû négocier des plans de paiement pour régler certains créanciers, dont notamment la CCGC pour les cotisations sociales en souffrance, il a pris l'initiative de convoquer une réunion urgente et a exigé des informations claires et précises sur la situation financière de la société. Il a encore proposé d'engager un nouveau comptable et de trouver et nommer un responsable administratif, outre d'autres mesures immédiates à prendre telles qu'établir la liste détaillée des créanciers ou édicter un règlement d'organisation (pièce 12 G \_\_\_\_\_). Ces mesures se sont concrétisées, puisque le 8 novembre 1996 déjà, il a proposé un nouveau règlement d'organisation (pièce 14 G \_\_\_\_\_) et a pris contact avec PUBLICITAS afin qu'une annonce soit insérée dans la presse pour trouver un comptable expérimenté (pièce 15 G \_\_\_\_\_). Il a également demandé le 11 novembre à l'organe de révision d'effectuer un contrôle très serré notamment des créanciers, dont la CCGC sur les comptes 1996 (pièce 16 G \_\_\_\_\_). Le 19 novembre 1996, il a menacé Monsieur S \_\_\_\_\_ de démissionner si ce dernier continuait à lui dissimuler certains faits à propos de la société et s'il ne se décidait pas à lui communiquer les informations demandées (pièce 18 G \_\_\_\_\_). Finalement, il a encore requis le 28 février 1997 que l'AVS prélevée aux employées soit réglée régulièrement et qu'une priorité soit accordée au paiement des cotisations sociales arriérées (pièce 20.2 G \_\_\_\_\_). Il a continué de tenter de surveiller les faits et gestes de Monsieur S \_\_\_\_\_, en vain, jusqu'au 11 décembre 1997, date de sa démission (pièces 21 et 22 G \_\_\_\_\_). On relèvera encore qu'il ne disposait que de la signature collective à deux avec Madame S \_\_\_\_\_, l'administratrice présidente, sur les comptes de la société depuis le début de son mandat, et

ce jusqu'au 21 mars 1997, date à laquelle il la partageait ensuite avec Monsieur V\_\_\_\_\_. Il ne pouvait dès lors que difficilement agir seul. Ainsi, à la lumière de ces explications et de la jurisprudence précitée, il apparaît qu'aucune négligence grave ni passivité ne peut lui être reprochée. Au contraire, à l'analyse des pièces fournies, on constate que Monsieur G\_\_\_\_\_ s'est intéressé au fonctionnement de la société dès l'ouverture de son mandat et qu'il n'a découvert qu'après quelque temps avoir été manipulé par Monsieur S\_\_\_\_\_, lequel dirigeait la société en omettant et dissimulant des informations financières de premier ordre nécessaires au bon fonctionnement de la société. A ce moment, il a vainement tenté d'influer sur la société en surveillant sa direction, en demandant régulièrement des comptes et des rapports à l'organe de révision et à la direction et en engageant des personnes chargées de démêler l'écheveau des comptes de la société. Malgré cette surveillance constante et ces divers contrôles, il apparaît que les époux S\_\_\_\_\_ ont continué à gérer la société de façon à ne pas pouvoir rendre de comptes, raison pour laquelle Monsieur G\_\_\_\_\_ a finalement été contraint de démissionner. Au vu de ses éléments, il ne peut être tenu pour responsable du dommage causé à la CCGC.

c) La situation est fort différente en ce qui concerne tant Madame que Monsieur S\_\_\_\_\_. La CCGC a relevé à juste titre à propos de la première qu'elle avait eu une attitude passive et qu'elle n'avait jamais tenté une restructuration ni pris aucune mesure afin que la société puisse s'acquitter des charges sociales en souffrance. S'il est vrai que plusieurs plans de paiement ont été demandés, et obtenus, depuis 1994, la situation de la société appelait une prise en charge plus importante et une surveillance plus accrue du fait notamment des difficultés financières rencontrées par celle-ci. Malgré ces problèmes, Madame S\_\_\_\_\_ n'a rien entrepris afin de tenter de redresser la situation et son attitude passive peut lui être reprochée aujourd'hui dans la mesure où son mandat d'administratrice présidente lui commandait précisément de veiller tant à la bonne marche des affaires qu'au paiement régulier des cotisations sociales. En conséquence, son comportement tombe à l'évidence sous le coup de l'art. 52 LAVS et elle doit être tenue pour responsable de l'ensemble du dommage subi par la demanderesse. Le montant du dommage n'est pour le reste ni contesté ni sujet à discussion et représente les cotisations d'assurances sociales impayées en 1995. Madame S\_\_\_\_\_ a par ailleurs reconnu le montant de la dette de cotisations sociales demeuré en souffrance.

d) Quant à Monsieur S\_\_\_\_\_, actionnaire unique de la société, il doit également lui être reconnu une pleine responsabilité pour le dommage subi par la CCGC. Il apparaît en effet à la simple lecture des documents produits par les défendeurs, dont notamment ceux produits par Messieurs M\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_, qu'il est en grande partie responsable non seulement du non-paiement des cotisations sociales arriérées, mais également à l'origine des problèmes financiers rencontrés par la société. Ainsi, il a délibérément maintenu un certain flou quant à la gestion et à l'administration de la société, en omettant de produire les comptes ou en dissimulant certains montants (cf. notamment pièces 12 et 17 G\_\_\_\_\_). Il a jonglé avec les comptes de deux autres sociétés (X\_\_\_\_\_ Y\_\_\_\_\_ SA et Z\_\_\_\_\_ SA) appartenant au groupe dont faisait partie la société, groupe qui lui appartenait, et ne s'est pas préoccupé d'une saine gestion de la société, ce qui a d'ailleurs conduit cette dernière à la faillite. Comme l'a souligné à juste titre la CCGC, il détenait une position d'organe de fait de la société bien avant sa nomination en tant qu'administrateur. Au vu de ces explications, son comportement tombe à l'évidence sous le coup de l'art. 52 LAVS, raison pour laquelle il doit être reconnu solidairement responsable pour l'ensemble du dommage subi par la CCGC.

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