

GE_GERICHTE A/1454/2001 vom 29. August 2006

GE Cour de justice, 2006-08-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1454_2001

FR: GE_GERICHTE A/1454/2001 du 29 août 2006

IT: GE_GERICHTE A/1454/2001 del 29 agosto 2006

Regeste

; LOI FÉDÉRALE SUR L'ASSURANCE-VIEILLESSE ET SURVIVANTS ; AVS ; RESPONSABILITÉ DE L'EMPLOYEUR(AVS) ; COTISATION AVS/AI/APG ; DOMMAGE ; SURVENANCE DU DOMMAGE ; GRAVITÉ DE LA FAUTE ; FAUTE ; NÉGLIGENCE ; FAUTE PROFESSIONNELLE ; ORGANE(AVS/AI) ; ORGANE(PERSONNE MORALE) | LAVS52

Erwägungen

E. 28

Après transmission de ces documents aux parties, la cause a été gardée à juger. EN DROIT
1 . La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ). Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs. 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'assurance vieillesse notamment (cf. art. 56V LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. 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. 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 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 (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 72 consid. 3b ; 113 V 180 consid. 2; 112 V 6 consid. 4d; 108 V 50 consid. 5 ; RCC 1983 p. 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a «rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer» (FRITZSCHE, Schuldbetreibung und Konkurs II, 2 ème éd., p. 112) d'où résulte la perte de la créance de la caisse. Selon la jurisprudence, en cas de faillite, le dommage est en règle général 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 443 consid. 3a; 121 V 234 consid. 4a; 119 V 89 consid. 3 et les références citées) Le délai de péremption de cinq ans débute en revanche au moment où survient le dommage. Le dommage survient dès que l'on doit admettre que les cotisations dues ne peuvent plus être recouvrées pour des motifs juridiques ou des motifs de fait (ATF 126 V 443 consid. 3a; 121 III 382 consid. 3bb; 121 III 386 consid. 3a). Ainsi en cas de faillite, en raison de l'impossibilité pour la caisse de récupérer les cotisations dans la procédure ordinaire de recouvrement, le dommage subi par la caisse est réputé être survenu le jour de la faillite; le jour de la survenance du dommage marque celui de la naissance de la créance en réparation (ATF 123 V 12 consid. 5c) et la date à partir de laquelle court le délai de 5 ans de l'art. 82 al. 1 in fine RAVS (fait dommageable) (ATFA non publié du 4 avril 2003, H 266/02). b) Dans le cas d'espèce, FER CIAM a eu connaissance du dommage le 6 septembre 2000, date du dépôt de l'état de collocation, dûment publié dans la Feuille d'avis officielle du même jour (pièce n° 17 FER CIAM). La demanderesse a notifié le 30 août 2001 aux défendeurs sa décision en réparation du dommage. Ces notifications sont donc intervenues dans le délai d'une année prescrit par l'art. 82 al. 1 RAVS ainsi que dans le délai de cinq ans de l'art. 82 al. 1 in fine RAVS, la faillite de la société ayant été prononcée par jugement du Tribunal de Première Instance du 7 août 1998, cette date marquant la naissance du fait dommageable. En ce qui concerne plus particulièrement la question de la notification de la décision, il sied de rappeler que, selon la jurisprudence, le délai pour faire valoir une créance en réparation du dommage est sauvegardé par la remise en temps utile de la décision en réparation à un bureau de poste et non par sa notification régulière au destinataire. Du moment que le prononcé d'une décision de réparation du dommage est l'unique moyen d'éviter la péremption du droit et qu'au moment du prononcé de cette décision, il n'existe en principe aucun litige ni aucune procédure en cours entre la caisse et la personne tenue à réparation, le respect du délai de péremption dépend dès lors uniquement des mesures entreprises par la caisse et non de circonstances en rapport avec le fonctionnement de la poste ou de l'attitude du destinataire, sur lesquelles la caisse n'a aucune influence. Celle-ci fait donc valoir son droit en temps utile au sens de l'art. 82 RAVS, lorsqu'elle remet la décision en réparation du dommage à la poste dans l'année après qu'elle a eu connaissance du dommage et, en tout cas, avant l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du fait dommageable, les délais de prescription pénale plus longs étant réservés (ATFA non publié du 27 avril 2001, H 234/00 consid. 4a; ATF 119 V 89 consid. 4c). Par ailleurs, les défendeurs ont formé opposition le 28 septembre 2001, soit dans le délai imparti par l'art. 81 al. 2 RAVS, compte tenu de la date à laquelle ils ont eu connaissance de la décision les concernant, le délai pour former opposition contre la décision en réparation du dommage n'ayant commencé à courir qu'à

partir de sa notification effective. FER CIAM, pour sa part, a requis le 30 octobre 2001 la mainlevée de l'opposition auprès du Tribunal de céans (précédemment la Commission cantonale de recours en matière AVS/AI/APG/AF). Elle a ainsi respecté le délai de 30 jours prévu par l'art. 81 al. 3 RAVS et son action est par conséquent recevable. a) 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 12 consid. 5b; 122 V 65 consid. 4a; 119 V 401 consid. 2 et les références). En l'espèce, le dommage subi par FER CIAM consiste en la perte de la créance qu'elle possède contre la société, représentant les cotisations restées impayées selon le décompte contenu dans ses écritures pour un total de Frs 24'837,65. Ce montant n'est en outre pas contesté par les défendeurs qui soulignent toutefois que la société a versé à la caisse un montant supérieur à la dette générée sur la même période d'activité. 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 TFA a déclaré, à réitérées reprises, que celui qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 193 consid. 2a et les références; ATF non publié du 8 octobre 2003, H 320/01 et H 333/01 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 subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 199 consid. 3a; RCC 1985 p. 51 consid. 2a 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 29 consid. 3a; 117 II 432 consid. 2b et 570 consid. 3; 107 II 349 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 29 consid. 3a; 117 II 432 consid. 2b; 111 II 480 consid. 2a). 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 êtres désignées formellement en qualité 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, 2è 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 dirigeaient eux-mêmes celle-ci en lieu et place d'un administrateur unique nommé à titre fiduciaire (ATF 114 V 78 consid. 3; ATF 102 II 353). 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, 2è 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 des 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; ATFA non publié du 8 octobre 2003, H 320/01 et H 333/01 consid. 6.2). S'agissant plus particulièrement de fondés de procuration, la qualité d'organe responsable ne doit être admise qu'avec beaucoup de retenue; en règle ordinaire, elle doit plutôt être niée, car, en principe, un fondé de procuration n'assume pas, au plus haut niveau, la gestion et la direction de la société (ATF 117 II 570 ; 114 V 213 ; ATFA non publié du 2 mai 2001, H 193/00). 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 se 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). Enfin, il n'y a obligation de réparer le dommage, dans un cas concret, que s'il n'existe aucune circonstance justifiant le comportement fautif de l'employeur ou excluant l'intention et la négligence grave. A cet égard, 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 183 consid. 1b et 2b; RCC 1985 p. 603 consid. 2, 647 consid. 3a). Ainsi, il peut arriver qu'en retardant le paiement des 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 (ATF 108 V 183 ; RCC 1992 p. 261 consid. 4b). Il appartient à l'employeur de faire valoir des motifs justifiant ou excusant son comportement, à charge pour lui d'en rapporter la preuve en vertu de son devoir de collaborer à l'établissement des faits (art. 81 la. 2 LAVS). Il s'agit de déterminer la responsabilité des défendeurs en ce qui concerne le non-paiement des cotisations paritaires arriérées de la société. a) En l'espèce, depuis le mois d'août 1997, la qualité d'organes de la société des défendeurs, ne fait aucun doute. En effet, M. L._____ était administrateur unique de la société dès le 12 juin 1997, avec pouvoir de signature individuelle. Quant à M. R._____, même s'il n'était qu'au bénéfice d'une procuration individuelle depuis la même date, il n'en demeure pas moins qu'il contrôlait la société et influençait manifestement les décisions importantes de celle-ci. Les défendeurs ne contestent au demeurant pas leur qualité d'organes. b) Selon la jurisprudence, il est du devoir de l'organe de veiller à ce que soient payées non seulement les cotisations en cours, mais également les cotisations échues dues depuis des années. Il n'y a pas de raison de faire la différence entre les deux sortes d'obligations : il y a, dans les deux cas, un lien de cause à effet entre l'inaction de l'organe et le non paiement des cotisations dues pour la période antérieure (RCC 1992, p. 369). En l'espèce, les cotisations réclamées aux défendeurs se rapportent uniquement à la période durant laquelle ils assumaient la position d'organes de la société de sorte que la question de leur responsabilité pour les cotisations non payées pour la période antérieure ne se pose pas. A cet égard, le fait que l'un des défendeurs avait, au début de l'année 1997, réglé des arriérés de cotisations, ne saurait les exonérer de leur propre faute pour l'activité consécutive de la société. En effet, s'agissant de la sous-évaluation de la masse salariale, celle-ci aurait dû être détectée auparavant puisque le 25 mars 1997 déjà, la caisse avait adressé une facture pour Frs 67'753,45 en lieu et place de la somme de Frs 36'651,-- facturée forfaitairement pour le même exercice. Par ailleurs, les défendeurs ne démontrent, ni ne prétendent, que les difficultés de trésorerie que connaissait la société n'étaient que passagères. Ils n'expliquent pas davantage quelles mesures concrètes ils auraient envisagées pour régler les cotisations en souffrance dans un délai raisonnable. Pour se disculper, ils soutiennent essentiellement que la société aurait pu rattraper son endettement si M. L._____ avait payé les montants promis. Cette explication ne leur est toutefois d'aucun secours, dès lors que l'absence de moyens financiers ne constitue en principe pas un motif suffisant pour disculper l'employeur ou justifier son comportement (ATFA non publié du 30 janvier 2003, H 134/02, consid. 3.2). Il y a ainsi lieu de reconnaître les défendeurs responsables de la totalité des cotisations réclamées qui sont venues s'accumuler dès leur prise de fonction en qualité d'organes, et ce même si une partie de l'arriéré des cotisations échues au début 1997 a été réglée grâce à l'intervention d'un des défendeurs. Les défendeurs peuvent pour le reste être exemptés de toute responsabilité pour les cotisations antérieures à leur prise de position en qualité d'organes de la société, et ce conformément à la décision de la caisse qui a constaté l'insolvabilité de la société à la fin de l'année 1996 déjà. Au vu de ce qui précède, la demande sera admise et la mainlevée des oppositions prononcée à hauteur de Frs 24'837,65.