

## **GE\_GERICHTE A/1843/2002 vom 16. Juni 2004**

GE Cour de justice, 2004-06-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_1843\\_2002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1843_2002)

FR: GE\_GERICHTE A/1843/2002 du 16 juin 2004

IT: GE\_GERICHTE A/1843/2002 del 16 giugno 2004

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

Conformément à l'article 3 alinéa 3 des dispositions transitoires de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la LOJ, la présente cause, introduite avant l'entrée en vigueur de la loi et pendante devant la Commission cantonale de recours en matière d'allocations familiales, a été transmise d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique, notamment sur les contestations prévues à l'art. 38 de la loi cantonale sur les allocations familiales, du 1er mars 1996 (cf. article 56V alinéa 2 lettre e) LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

#### **E. 3**

Les dispositions de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), entrée en vigueur le 1er janvier 2003, sont applicables aux assurances régies par la législation fédérale, si et dans la mesure où les lois spéciales sur les assurances sociales le prévoient (art. 2 LPGA). L'article 52 LAVS s'applique par analogie à l'action en réparation du dommage intentée par la caisse d'allocations familiales à l'encontre d'un employeur (art. 30 al. 3 LAF). Cette disposition a subi des modifications du fait de l'entrée en vigueur de la LPGA. Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'article 52 LAVS et les articles 81 et 82 du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants ont été abrogés. Le cas d'espèce reste néanmoins 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). Aux termes de l'article 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 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. article 82, alinéa 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 116 V 75, consid. 3b ; 113 V 181, consid. 2 ; 112 V 8 consid. 4d, 158 ; 108 V 52, 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 » (cf. Fritsche : « Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd. p. 112), d'où résulte la perte de la créance de la Caisse. En cas de faillite ou de concordat par abandon

d'actifs, la caisse n'a pas nécessairement connaissance du dommage au moment seulement où elle peut consulter le tableau de distribution et le compte final établis par l'Office des faillites ou le liquidateur, ou à la date à laquelle elle reçoit un acte de défaut de biens. En effet, celui qui subit une perte dans une faillite ou dans une procédure concordataire et veut intenter une action en dommages-intérêts a, en général, selon la pratique des tribunaux, déjà suffisamment connaissance du dommage, au moment où la collocation des créances lui est notifiée, ou à celui où l'état de collocation et l'inventaire ont été déposés et peuvent être consultés. A ce moment-là, le créancier est, ou devrait être en général, en mesure de connaître l'état des actifs, la collocation de sa créance et le dividende probable (cf. ATF 119 V 92 consid. 3 ; 108 V 196 consid. 3a ; VSI 1995, p. 169-170, consid. 2 ; ATF 116 II 161 , consid. 4a ; 116 V 75 , consid. 3b = RCC 1990, p. 415). Les termes « en règle ordinaire » signifient que, en principe, la caisse de compensation est en mesure d'estimer suffisamment l'étendue de son dommage au moment du dépôt de l'état de collocation. Il se peut toutefois que cette estimation ne soit possible que dans une phase ultérieure de la liquidation, par exemple parce que le montant des actifs dépend du produit de la vente de biens immobiliers et que l'administration de la faillite ne peut fournir aucune indication à propos du dividende prévisible (RCC 1992, p. 266, consid. 5c ; Nussbaumer , les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'article 52 LAVS, RCC 1991, p. 406). Inversement, la partie lésée peut exceptionnellement, en raison de circonstances spéciales, acquérir la connaissance nécessaire avant le dépôt de l'état de collocation ; c'est en particulier le cas lorsqu'elle apprend de l'administration de la faillite, à l'occasion d'une assemblée des créanciers, qu'aucun dividende ne pourra être distribué aux créanciers de la caisse. L'existence de telles circonstances ne sera cependant admise qu'avec retenue : de simples rumeurs ou des renseignements provenant de personnes non autorisées ne permettent pas encore de fonder et de motiver une demande en justice (ATF 118 V 196 consid. 3b). Par ailleurs, s'il faut, à juste titre, se montrer sévère dans l'appréciation de la responsabilité d'un employeur – et, par extension, de celle de ses organes s'il s'agit d'une personne morale – qui occasionne un dommage à la caisse de compensation en n'observant pas, intentionnellement ou par négligence grave, des prescriptions de la LAVS (ATF 114 V 220 sv.), il faut de même se montrer exigeant à l'égard de l'administration en ce qui concerne le respect des conditions formelles de l'action en responsabilité fondée sur l'art. 52 LAVS (ATF 119 V 96 = VSI 1993 p. 110). En l'espèce, l'état de collocation a été déposé le 28 novembre 2001 et le 23 janvier 2002, l'Office des poursuites et faillites a informé l'intimé qu'aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers chirographaires. C'est en conséquence en novembre 2001 au plus tôt que l'intimé a eu connaissance de son dommage et que le délai de péremption d'un an a commencé à courir (ATF 129 V 193 ; 112 V 156 ). En notifiant son action en réparation du dommage à l'encontre du défendeur en date du 23 mai 2003, le SCAF a respecté le délai précité. Le défendeur a formé opposition en temps utile auprès de l'intimé et ce dernier a saisi l'autorité compétente dans le délai de 30 jours ; la requête est dès lors recevable à la forme (art. 81 al. 2 et 3 RAVS ; art. 38 al. 1 et 41 LAF).

#### **E. 4**

Aux termes de l'article 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'article 52 LAVS est une disposition spéciale (cf. RCC 1989, page 117). En l'occurrence, le dommage consiste en la perte de la créance de contributions subie par le SCAF en raison de la faillite de la société X\_\_\_\_\_ (SWITZERLAND) Sàrl, pour un montant de Fr.

3'949,60, représentant les contributions impayées des mois d'avril et mai 2001, ainsi qu'un solde relatif à l'année 1999, frais de sommations compris (cf. pièces SCAF ; PV de comparution personnelle des parties). L'article 14, alinéa 1 LAVS en corrélation avec les articles 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'article 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'article 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (ATF 111 V 173 , consid. 2; 180 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). 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. No 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, page 136, consid. 3c; ATF 111 V 173 , RCC 1985, page 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. no 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le TFA s'est toujours référé à l'article 754, 1er alinéa, en corrélation avec l'article 759, 1er alinéa du CO. Conformément à ces articles, 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'elle leur cause en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Sont réputés chargés de l'administration ou de la gestion au sens de l'article 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 1985 et l'arrêt du 21 avril 1988 en la cause A; Forstmoser , Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., pages 209 et ss). Cependant, les principes de la responsabilité dans la SA ne sauraient être appliqués tels quels à la Sàrl. En effet, il y a lieu de distinguer entre les associés non-gérants et les associés gérants : à teneur de l'article 819 al. 1 CO, les associés non-gérants ne disposent que d'un droit de regard (cf. VSI 2000 p. 227 consid. 4). L'article 827 CO prévoit une responsabilité du fait de la violation d'obligations pour les personnes

qui, ayant coopéré à la fondation de la société, sont chargées de la conduite des affaires et du contrôle ainsi que pour les liquidateurs, ces personnes étant soumises aux règles prescrites pour la société anonyme. Le TFA a ainsi jugé que si un associé non-gérant ne contrôle pas le respect par l'entreprise de ses obligations de décompte et de paiement des cotisations relevant du droit des assurances sociales, il ne saurait être rendu responsable, par la caisse, du dommage résultant du non-paiement des cotisations. Toutefois, si les statuts lui imposent de contrôler ou de surveiller l'activité des gérants, il doit répondre de l'omission ou de l'insuffisance de contrôle comme dans le cas où il ne prendrait aucune mesure après avoir pris connaissance d'insuffisances de la part de la direction. S'il occupe, au sein de la Sàrl, une position correspondant à celle d'un gérant, il est soumis à des devoirs plus étendus, dont la violation peut également donner lieu à une action en responsabilité (article 827 en corrélation avec l'article 754 CO ; ATF 126 V 239 = VSI 2000 p. 227 ; VSI 2002 p. 176 consid. 3b). Le gérant d'une Sàrl formellement désigné en cette qualité répond selon les mêmes principes que les organes d'une société anonyme pour le dommage causé à une caisse de compensation ensuite du non-paiement de cotisations d'assurances sociales (ATFA du 23 janvier 2003, cause H 337/01). Le défendeur était inscrit au Registre du commerce en qualité de gérant de la Sàrl, titulaire d'une signature individuelle (cf. pièce no. 14 SCAF). Sa qualité d'organe formel de la société est ainsi établie. Dans son opposition, le défendeur invoque le fait qu'il était gérant à titre fiduciaire seulement, afin que la société soit conforme aux exigences du droit suisse. Il allègue n'avoir été qu'un employé de la société, sans pouvoir de gestion réel. Toute la gestion administrative et financière s'effectuait depuis la filiale allemande du groupe à Francfort, lui-même se chargeant de transmettre toutes les factures relatives aux charges notamment. Les ordres de paiements de la société genevoise étaient ensuite donnés par la fiduciaire Z \_\_\_\_\_, à Zurich. Toutes les décisions relatives à la gestion de la société suisse étaient prises par le responsable de la société à Francfort, soit Monsieur K \_\_\_\_\_ (cf. PV de comparution personnelle). Ces arguments ne résistent pas à l'examen. Le Tribunal de céans rappelle que selon la jurisprudence, commet une faute grave l'administrateur qui se fait élire au conseil d'administration sans vouloir assumer les pouvoirs et les obligations qui découlent de cette charge (cf. ATFA du 7 avril 1993, en la cause C.B., D.D.). D'autre part, l'article 716 alinéa 1 CO énumère les obligations inaliénables et intransmissibles 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 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 aussi 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, parag. 30 note 49). Ces règles étant applicables aux gérants de la Sàrl, le défendeur ne saurait ainsi se dégager de ses responsabilités pour ce motif. Le Tribunal de céans constate que le défendeur était responsable du bureau suisse de la société X \_\_\_\_\_. Il a reconnu s'être rendu régulièrement à Francfort pour discuter des affaires courantes de la société avec Monsieur K \_\_\_\_\_, responsable de la société allemande, lequel, bien que non gérant, disposait d'une signature individuelle dans la Sàrl genevoise (cf. extrait du Registre du

commerce, pièce no. 14 SCAF). Il a aussi admis n'avoir pas contrôlé, ni cherché à savoir si les contributions dues à l'intimé étaient régulièrement payées ou non. Il n'a pris aucune mesure concrète en vue de surveiller de près la gestion de la société, ainsi qu'il aurait dû le faire. Ce comportement constitue une violation grave des devoirs de l'employeur, de sorte que sa responsabilité est engagée au sens de l'article 52 LAVS. Le montant du dommage se compose d'un solde de contributions impayées pour l'année 1999, y compris les frais de sommations, de Fr. 2'416,95, ainsi que des contributions dues pour les mois d'avril et mai 2001 pour Fr. 1'532,65 (cf. pièces nos. 6, 7 SCAF). Le défendeur répond sans aucun doute des contributions impayées relatives à l'année 1999. S'agissant en revanche des contributions dues pour les mois d'avril et mai 2001, le Tribunal considère que l'on ne saurait reprocher au défendeur une négligence grave. En effet, les contributions de l'année 2001 étaient payées sous forme de forfaits trimestriels : la facture du premier trimestre 2001, soit Fr. 2'973, a été payée par la société (cf. relevé informatique, pièce SCAF ; PV de comparution personnelle des parties, p. 2). Les contributions dues pour le deuxième trimestre 2001 n'ont pu être fixées par le SCAF, en raison de la faillite intervenue en date du 11 juin 2001, et n'étaient en conséquence pas exigibles. Dans ces conditions, le défendeur répondra du dommage à concurrence du montant dû pour le solde des contributions de l'année 1999, soit Fr. 2'416,95.

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