RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1252/1999 **ATAS/251/2003**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 25 novembre 2003

1ère Chambre

En la cause

CIAM Caisse interprofessionnelle d'AVS de la fédération romande des syndicats patronaux Case postale 5278 1211 GENEVE 11	demanderesse
contre	
Monsieur M_____ Représenté par Maître Jean-Pierre OBERSON Rue de la Terrassière 9 1207 GENEVE	défendeur ex-gérant de la Société X_____ Sàrl (faillie)

Siégeant : **Mme Doris WANGELER, Présidente**
Mme Giovanna DESCLOUX et Mr Pierre GUERINI, Juges assesseurs

EN FAIT

1. La société X_____ Sàrl, ayant pour but la pose d'armatures ainsi que toute opération s'y rapportant, a été créée à Genève en septembre 1994. Messieurs A_____ et B_____ sont associés de la société pour une part de respectivement Fr. 8'000,-- et Fr. 12'000,-- ; Monsieur M_____ est gérant, titulaire de la signature individuelle.

La faillite de la société a été prononcée par jugement du Tribunal de première instance le 7 septembre 1998. La Caisse s'est vu délivrer des procès-verbaux de saisie valant actes de défaut de biens les 4 et 30 juin, 10 juillet et 1er septembre 1998. La faillite a été suspendue pour défauts d'actifs le 31 mai 1999.

2. Par décisions du 2 juin 1999, la Caisse interprofessionnelle de la fédération romande des syndicats patronaux (ci-après la Caisse) a réclamé à Messieurs M_____, A_____ et B_____ le paiement de la somme de Fr. 51'438,--, représentant le dommage subi en raison du non-paiement du solde des cotisations AVS-AI, y compris les frais administratifs, les intérêts moratoires, les frais de poursuites et les taxes de sommation, dû pour les années 1994 à 1997.

3. Monsieur M_____ a formé opposition le 25 juin 1999 à ladite décision. Il soutient qu'il n'a commis aucune négligence, l'administration de la société étant assurée par une fiduciaire. Il souligne par ailleurs qu'il a personnellement injecté environ Fr. 70'000.-- pour payer les salaires et les charges sociales, « espérant ainsi assurer la continuité de la société ». Il déclare que « la conjoncture économique actuelle a eu raison de notre société malgré mes efforts financiers. La concurrence nous obligeait à toujours revoir à la baisse nos devis et c'est cette situation qui nous a entraînés à la faillite en dépit de mes efforts pour la maintenir en activité ».

4. Monsieur A_____, représenté par Maître Claude ULMANN, ainsi que Monsieur B_____, représenté par Maître Roger MOCK, ont fait

opposition, respectivement les 28 juin 1999 et 2 juillet 1999. Ils font principalement valoir qu'ils ne pouvaient être considérés comme des employeurs au sens de l'art. 52 LAVS, Monsieur M_____ étant le gérant unique de la société.

5. Par courrier du 14 juillet 1999, la Caisse a informé Messieurs A_____ et B_____ qu'elle annulait sa décision du 2 juin 1999 à eux notifiée.

6. Le 15 juillet 1999, la Caisse a déposé auprès de la Commission cantonale de recours AVS/AI une requête visant à la levée de l'opposition formée par Monsieur M_____. Elle considère qu'il reste le seul responsable de la gestion de la société, même s'il avait mandaté un tiers pour l'exécution de certaines des tâches administratives. Elle rappelle qu'elle a déposé contre Monsieur M_____ deux dénonciations pénales auprès du Procureur général de la République, le 18 septembre 1998, pour infractions aux articles 87 et 88 LAVS, et le 15 février 1999, pour défaut de renseignements.

7. Invité à se déterminer, Monsieur M_____, représenté par Maître Jean-Pierre OBERSON, soutient que la responsabilité des associés Messieurs A_____ et B_____ est engagée puisqu'ils n'ont en tous les cas pas exercé une surveillance suffisante dans la gestion du paiement des salaires des employés de la société. Il rappelle que la gestion avait été confiée à une fiduciaire par les associés eux-mêmes et considère dès lors qu'il ne saurait avoir commis de faute ou de négligence grave pour une tâche qui précisément ne figurait pas parmi celles qui lui avaient été confiées. A la demande du greffier-juriste alors en charge du dossier, Maître OBERSON a produit le 7 octobre 2002 copie des bilans, comptes de résultats et comptes de pertes et profits au 31 décembre 1995 et au 31 décembre 1996. Il résulte de ces documents que la société a subi une perte de Fr. 25'166,05 en 1995 compte tenu de recettes faibles (Fr. 24'000,--) alors qu'un bénéfice de Fr. 232,-- a été réalisé l'année suivante avec une augmentation sensible des recettes (Fr. 456'984,--). Aucune pièce comptable concernant les exercices 1997 et 1998 n'a cependant pu être versée au dossier.

8. La Caisse a pris connaissance des comptes 1995 et 1996 et a déclaré maintenir les termes de sa demande de mainlevée.

9. Enfin Monsieur M_____ a tenu à préciser que:

> « Avant de créer la Sàrl X_____, Monsieur M_____ travaillait dans le même secteur d'activité, seul.
>
> A l'occasion d'une rencontre due au hasard, Monsieur M_____ a rencontré Monsieur C_____, associé de la société fiduciaire Y_____ Sàrl et c'est lui qui lui a suggéré de créer une société à responsabilité limitée, c'est également lui qui l'a mis en contact avec Messieurs A_____ et B_____. C'est dans ces circonstances qu'a été créée la société dont il est question dans le cadre de cette affaire. Tout naturellement, du fait que Messieurs A_____ et B_____ connaissaient très bien Monsieur C_____, ce sont eux et eux seuls qui faisaient le lien entre la société et la fiduciaire, raison pour laquelle Monsieur M_____ ne s'est pas occupé de cette partie de la gestion. Dans ces circonstances, si responsabilité il y a, elle devrait être également partagée entre tous les associés » (cf. courrier du 20 juin 2003).

EN DROIT

1. 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'article 52 LAVS. 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 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 déterminant se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1).

2. Aux termes de l'article 82, alinéa 1 du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (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 (cf. 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 (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 116 II 161 consid. 4a; 116 V 75, consid 3b = RCC 1990, p. 415, ATF 113 V 182 consid. 2 avec réf. = RCC 1987, p. 607).

Selon la jurisprudence, le dommage est réputé survenu lorsque les cotisations dues ne peuvent plus être perçues, pour des motifs juridiques ou de fait (ATF 113 V 258, consid. 3c; RCC 1988, p. 137; BGE 109 V 92, consid. 9 et les arrêts cités; RCC 1983, p. 477). Lorsque les cotisations demeurent impayées en raison de l'insolvabilité de l'employeur (personne morale), le dommage est réputé survenu au moment où les créances de cotisations sont irrécouvrables, c'est-à-dire au moment où, eu égard à l'insolvabilité de l'employeur, les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire (ATF 112 V 157, consid. 2; *Maurer*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, volume II, p. 69).

La procédure ordinaire de perception des cotisations relève des règles applicables dans le cadre des articles 14 et suivants LAVS. Selon l'article 15, alinéa 1 LAVS, les cotisations non versées après sommation sont perçues sans délai par voie de poursuites, à moins qu'elles ne puissent être compensées avec des rentes échues. Les cotisations seront, en règle générale, recouvrées par voie de saisie également contre un débiteur soumis à la poursuite par voie de faillite (cf. article 15, alinéa 2 LAVS; article 43 LP).

Lors de poursuites par voie de saisie, le créancier qui n'a pas été payé intégralement sur le produit de la réalisation reçoit un acte de défaut de biens définitif après saisie - lequel est fondé sur le résultat de la réalisation - à la différence de l'acte de défaut de biens provisoire après saisie, qui est fondé sur l'estimation de l'office - pour le montant impayé, c'est-à-dire pour le montant de son découvert (cf. article 149, alinéa 1 LP;*Gilliéron,* Poursuites pour dettes, faillite et concordat, in Collection juridique romande, Lausanne 1985, p. 224). Il peut arriver qu'un acte de défaut de biens définitif après saisie soit délivré sans réalisation préalable. Ainsi, le procès-verbal de saisie vaut acte de défaut de biens définitif, lorsqu'il indique que les biens saisissables font entièrement défaut (article 115, alinéa 1 en relation avec

l'article 149 LP; ATF 113 V 258, consid. 3 c), RCC 1988, p. 137; *Gilliéron,* op. cit. pages 179, 224).

3. En l'espèce, la Caisse s'est vue délivrer des procès-verbaux de saisie valant actes de défaut de biens les 4 et 30 juin, 10 juillet et 1er septembre 1998. En notifiant à Monsieur M_____ le 2 juin 1999 une décision en réparation du dommage, la Caisse a agi dans le délai prévu à l'article 82 al. 1 RAVS. Monsieur M_____ a formé opposition le 25 juin 1999 à ladite décision, soit en temps utile (article 81 al. 2 RAVS). La Caisse a déposé sa requête en mainlevée de l'opposition auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI le 15 juillet 1999, soit dans le délai de 30 jours, de sorte que celle-ci est recevable à la forme (article 81 al. 3 RAVS).

La cause a été transmise d'office au présent Tribunal conformément à l'article 3, al. 3 de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ).

4. 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 (RCC 1989 p. 117).

5. En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la Caisse dans la faillite de la société X_____ Sàrl pour un montant de Fr. 46'989,90 représentant les cotisations AVS-AI restées impayées. Le dommage subi en raison du non-paiement des contributions AF (Fr. 4'448,10) fera l'objet d'un arrêt distinct.

6. L'art 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 et ss. 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 des décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) 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 p. 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 ; 180 V 186, consid. 1a, 192 consid. 2a ; RCC 1985 p. 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, p. 259 ; RCC 1972, p. 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, p. 101).

7. 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 aktienrechtlische Verantwortlichkeit, 2ème éd., pages 209 et ss).

8. Il résulte de l'extrait du Registre de commerce que Monsieur M_____ était gérant de la société, titulaire de la signature individuelle. Dans le cas de la Sàrl, le TFA a jugé que la position d'associé simple n'entraîne pas à elle seule des obligations de contrôle et de surveillance. Cela résulte de l'article 819 al. 1 CO qui ne concède qu'un droit de regard pour les associés non-gérants (VSI 2000, p. 227). En conséquence, l'article 827 CO ne prévoit de responsabilité du fait de la violation d'obligation que 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 sont soumises aux règles prescrites pour la société anonyme. Monsieur M_____ a dès lors indiscutablement la qualité d'organe formel de la société et sa responsabilité doit être examinée selon les principes applicables dans la SA.

9. 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). La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard doit donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité et de gestion, d'un employeur de

la même catégorie que l'intéressé-e. Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, on peut, par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions (cf. RCC 1972, p. 690 ; RCC 1978, p. 261). Une différenciation semblable s'impose également, lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985, p. 51, consid. 2a et p. 648, consid. 3b).

10. Monsieur M_____ considère qu'il n'a commis aucune faute ni négligence grave puisque la gestion avait été confiée à une fiduciaire par Messieurs A_____ et B_____. Selon la jurisprudence du TFA, cependant, lorsque l'administration d'une petite société anonyme se compose d'un seul membre, on peut en règle générale exiger de ce dernier, dans la mesure où il assume à lui seul l'administration de la société en qualité d'organe, qu'il contrôle toutes les activités importantes de l'entreprise et cela quand bien même il a confié l'essentiel de la gestion à un directeur : par cette délégation de compétence, il ne peut en même temps se décharger de ses responsabilités d'administrateur unique (RCC 1983, p. 106). Dans les entreprises de petite taille et de grandeur moyenne le devoir de surveillance concernant l'accomplissement de l'obligation légale de payer des cotisations ne saurait être abandonnée à des tiers (ATF 114 V 223 consid. 4). Dès lors, même si l'on retenait que Monsieur M_____ n'était pas personnellement chargé du règlement des comptes avec l'administration de l'AVS, il devait néanmoins veiller à ce que la gestion faite par la fiduciaire fût conforme à la loi.

11. Monsieur M_____ souligne qu'il s'est efforcé de faire en sorte que les salaires et les charges sociales soient payés afin d'assurer la survie de la société. Selon la jurisprudence du TFA, pour admettre l'existence d'un comportement intentionnel, il suffit que l'administration d'une société en difficulté ait fait passer avant le paiement des cotisations d'autres dépenses qu'elle jugeait – à tort ou à raison – absolument indispensables à la survie de l'entreprise cela même si elle a été chargée d'intervenir dans une situation déjà compromise qu'il s'agissait de redresser et qu'elle a dû parer au plus pressé pour éviter la faillite. On doit admettre dans ces conditions que l'administration a commis une faute ou à tout le moins une négligence grave lorsqu'au moment où elle a pris en mains la gestion puis tout au

long de son activité la survie de la société n'était pas raisonnablement envisageable (cf. ATFA non publié A.SA. du 21.04.1988). 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. Il faut pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'article 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 de sa dette dans un délai raisonnable (RCC 1985, p. 604). Le TFA a jugé que ce n'était pas le cas lorsque l'exercice de la première année concernée s'est soldé par une perte et que la situation n'a fait que s'aggraver. Le TFA a en effet considéré qu'on ne peut parler dans ces conditions d'une absence momentanée de ressources qui ferait apparaître comme non-fautive une violation des prescriptions en matière d'AVS (cf. ATFA non publié M.W. du 20.05.1988). Force est de constater en l'espèce que Monsieur M_____ a poursuivi l'exploitation d'une entreprise dont il y avait tout lieu de craindre qu'elle périclite. Il est vrai qu'en 1996, le montant des recettes augmente très sensiblement, il n'en est pas moins vrai que les charges sont très élevées et ne permettent aucunement de dégager un bénéfice appréciable.

12. L'administrateur qui consent à un prêt relativement important à la société pour lui permettre de faire face à des engagements pressants, mais qui ne prend aucune mesure en vue de mettre réellement fin à la gestion illicite, commet une faute grave (RCC 1983, p.102).

13. Monsieur M_____ se plaint enfin de ce que la Caisse ait renoncé à diriger son action contre Messieurs A_____ et B_____. Le juge des assurances sociales ne peut toutefois pas juger le cas d'un employeur si la caisse de compensation n'a pas ouvert contre lui l'action prévue à l'article 81 al. 3 RAVS (RCC 1983, p. 102).

14. On doit dès lors admettre que Monsieur M_____ répond du dommage causé à la Caisse, à concurrence de Fr. 46'989,90.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Reçoit la requête de la Caisse visant à obtenir la levée de l'opposition formée par Monsieur M_____ ;

Au fond :

1. L'admet, à concurrence de Fr. 46'989,90;

2. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement qu'elle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière :	La présidente :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

Le présent arrêt est communiqué pour notification aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe