



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1254/1999

ATAS/64/2003

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

DU 24 SEPTEMBRE 2003

4ème Chambre

En la cause

**CAISSE CANTONALE GENEVOISE
DE COMPENSATION**

Case postale 360

1211 – G E N E V E 29

DEMANDERESSE
EN MAINLEVEE
D'OPPOSITION

Contre

Monsieur F _____

DEFENDEURS
Ancien associé

et

Monsieur S _____

Ancien associé de la
société X _____
SARL (insolvable)

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente, M. Roger LOZERON et Mme Christine
BULLIARD, juges assesseurs.

EN FAIT

La société à responsabilité limitée X_____ a été créée à Genève le 17 mars 1993 et inscrite au Registre du commerce. Elle a pour but la vente et l'usinage de produits en matière plastique. Le capital de Fr. 20'000.- a été entièrement libéré par apport en nature de machines et outillages (cf. pièce n°1 Caisse).

Etaient inscrits au Registre du commerce Monsieur F_____, en qualité d'associé-gérant au bénéfice d'une signature individuelle, pour une part de Fr. 17'000.-, Monsieur F_____, associé, pour une part de Fr. 1'000.- et Monsieur S_____, associé, pour une part de Fr. 2'000.- (cf. extrait du Registre du commerce, pièce n°1 Caisse).

La société X_____ Sàrl ne comptait qu'un seul salarié, l'associé-gérant Monsieur F_____, et était affiliée comme employeur auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la Caisse). Elle n'a cependant pas transmis à la Caisse les décomptes de salaires dans les délais, contraignant la demanderesse à lui adresser des sommations, puis des taxations d'office. Dès février 1996, la société n'a plus eu d'activité. Un plan de paiement a été sollicité par l'associé-gérant en septembre 1996, mais n'a jamais été respecté (cf. pièce n°53 Caisse).

Dès le 8 janvier 1998, l'Office des poursuites a délivré à l'intimée des actes de défaut de biens définitifs afférents au total des cotisations dues dès la création de la société X_____ Sàrl en 1993 jusqu'en février 1996.

Le 7 janvier 1999, la Caisse a notifié à Messieurs F_____, Louis F_____ et S_____, pris conjointement et solidairement entre eux, des actions en réparation d'un dommage s'élevant à Fr. 20'152,70.- représentant les cotisations paritaires impayées de juillet à décembre 1993, de janvier à décembre

1994, de janvier à décembre 1995 et de janvier à février 1996, frais et intérêts moratoires compris (cf. pièces Caisse).

Par acte du 28 janvier 1999, reçu par la Caisse le 1^{er} février 1999, Messieurs F_____ et S_____ ont formé opposition ; ils contestent leur responsabilité, alléguant que seul l'assuré-gérant était au bénéfice d'une signature individuelle et qu'aucune responsabilité ne saurait leur être imputée pour le non-paiement des cotisations paritaires.

Le 3 mars 1999, la Caisse a requis de la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants la mainlevée des oppositions formées par les anciens associés de X_____ Sàrl. Elle considère qu'en leur qualité d'associés d'une Sàrl, les associés non-gérants ont un devoir de surveillance à l'égard de l'associé-gérant tout comme les membres du conseil d'administration d'une société anonyme. Elle estime qu'ils ont fait preuve de passivité et qu'ils ont commis une faute grave, tout comme un administrateur exclu de la gestion de l'entreprise. La Caisse rappelle que la société anonyme n'a jamais versé les cotisations paritaires afférentes aux rémunérations du seul salarié de l'entreprise, à savoir l'associé-gérant, durant les années 1993 à 1996. Selon elle, la responsabilité des associés est engagée, dès lors qu'ils connaissaient la situation de la société de 1993 à 1996 et qu'ils ont prêté leur nom pour donner la possibilité à Monsieur F_____ d'exercer sa profession en tant que salarié d'un employeur, sans se préoccuper de leurs obligations en matière d'AVS.

Dans leur réponse, les défendeurs contestent leur responsabilité, alléguant que le montant réclamé ne correspond pas à la réalité, de même que les revenus perçus en 1995 par Monsieur F_____. Ils s'étonnent d'autre part que la Caisse n'ait eu connaissance du dommage qu'à partir de la délivrance des actes de défaut de biens, dès lors qu'elle était au courant depuis 1993 déjà des difficultés que connaissait la société. Ils considèrent que la Caisse a commis une négligence. Ils contestent encore leur responsabilité, rappelant qu'ils possédaient une part symbolique dans l'entreprise et que leur volonté était d'aider à développer une activité qui leur aurait permis d'avoir un emploi dans la société, ce qui ne s'est pas

fait. Ils se sont impliqués pour aider le gérant dans ses relations commerciales. Ils considèrent qu'ils ne sont pas responsables des cotisations sociales du gérant. Selon les défendeurs, leur responsabilité ne saurait être engagée, dès lors que seules les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle répondent ; or, ils n'étaient pas associés gérant de la Sàrl.

Invitée à se déterminer, la Caisse a persisté dans ses conclusions. Pour le surplus, les divers allégués des parties seront repris, en tant que de besoin, dans la partie « en droit » ci-après.

EN DROIT

A la forme :

Préalablement, il y a lieu de préciser que la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ E 2 05) a été modifiée par la loi du 14 novembre 2002 et qu'un Tribunal cantonal des assurances sociales a été institué dès le 1^{er} août 2003, statuant en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance- vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (cf. articles 1, lettre r et 56V alinéa 1, lettre a), chiffre 1 LOJ). Selon l'article 3, alinéa 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi précitée et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance- vieillesse et survivants sont transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales. La compétence du Tribunal de céans est dès lors établie pour juger du présent litige.

Il sied de rappeler d'autre part que la loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'article 52 de la loi

fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS – RS 831.10). 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 (RAVS – RS 831.101) 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, alinéa 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; 118 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'art. 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 sa classe. 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, la société X_____ Sàrl n'a pas été mise en faillite, mais la Caisse demanderesse, après avoir intenté des poursuites, s'est vu délivrer plusieurs procès verbaux de saisie (cf. pièces n° 17,25,29,35,38 Caisse).

La procédure ordinaire de perception des cotisations relève des règles applicables dans le cadre des articles 14 et ss. LAVS. Selon l'article 15 al. 1 LAVS, les cotisations non versées après sommation sont perçues sans délai par voie de poursuite, 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 al. 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 bien 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 al. 1 LP ; Gilliéron, Poursuite 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, al. 1 en relation avec l'article 149 LP ; ATF 113 V 258, consid. 3c ; RCC 1988, p. 137 ; Gilliéron, op. cit. p. 179, 224).

En l'espèce, plusieurs procès-verbaux de saisie ont été établis par l'Office des poursuites en date du 5 janvier 1998 et délivrés à la Caisse à partir du 8 janvier 1998 (cf. pièces n° 17, 29, 25, 35, 38, 47 Caisse). Ces procès-verbaux mentionnent que la société n'a plus d'activité depuis février 1996, plus de locaux, ni

de matériel et qu'ils servent au créancier d'actes de défaut de biens dans le sens des articles 115 alinéa 1 et 149 LP (cf. pièces précitées).

Dans ces circonstances, c'est au moment où la Caisse a reçu ces actes de défaut de biens, à compter du 8 janvier 1998, qu'elle a su qu'elle subirait un dommage. Cet événement l'autorise à agir contre les organes de la société insolvable et fait courir le délai de péremption d'une année de l'article 82 alinéa 1 RAVS. Le délai annuel a commencé à courir dès le 9 janvier 1998 et échéait le 8 janvier 1999. En notifiant ses demandes en réparation du dommage à l'encontre des défendeurs le 8 janvier 1999, date à laquelle le pli a été remis au guichet postal, la Caisse a respecté le délai péremptoire d'un an (cf. VSI 1993 page 110).

Les défendeurs ont formé opposition auprès de la demanderesse le 28 janvier 1999, reçue par cette dernière le 1^{er} février 1999, et la Caisse en a requis la mainlevée par acte du 3 mars 1999 ; il s'ensuit que tant l'opposition que la requête en mainlevée sont recevables en la forme (art. 81 et 82 RAVS).

Au fond :

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'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la Caisse en raison de l'insolvabilité de la société X_____ Sàrl, pour un montant de Fr. 20'152,70.-, représentant les cotisations paritaires impayées de juillet à décembre 1993, de janvier à décembre 1994, de janvier à décembre 1995 et de janvier à février 1996, frais et intérêts moratoires compris (cf. pièces Caisse).

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).

En l'espèce, les défendeurs étaient inscrits au Registre du commerce en qualité d'associés : Monsieur F_____ pour une part de Fr. 1'000.- et Monsieur S_____ pour une part de Fr. 2'000.- (cf. extrait du Registre du commerce, pièce 1 Caisse). Ni l'un ni l'autre ne disposaient d'un droit de signature. Les défendeurs contestent avoir eu la qualité d'organe de la société à responsabilité limitée et rappellent que seul l'associé-gérant, Monsieur F_____, travaillait dans la société et assumait toute la gestion, ce que sa signature individuelle et son statut d'associé-gérant lui conféraient. Les défendeurs exposent que leur part au capital social était tout à fait symbolique dans cette affaire, qu'ils avaient consenti à la création d'une société pour aider Monsieur F_____ à développer une activité qui leur permettrait également d'avoir un emploi au sein de l'entreprise par la suite, mais que la conjoncture en a décidé autrement. Ils ont certes été impliqués à l'extérieur pour aider le gérant dans ses relations commerciales, à titre gracieux, mais contestent avoir eu la responsabilité et la gestion financière de la société.

Le Tribunal de céans constate que d'après l'inscription au Registre du commerce, les défendeurs n'étaient pas chargés de la gestion de la société à responsabilité limitée et ne disposaient d'aucun pouvoir de représentation à l'égard des tiers. D'autre part, rien dans le dossier ne permet d'admettre que les défendeurs disposaient du pouvoir de gestion, ni qu'ils aient pris des décisions relevant des organes ou exercé une influence prépondérante et déterminante sur la formation de la volonté au sein de l'entreprise (RCC 1989 page 180 consid. 4 e, RCC 1988 page 631 ; Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., pages 209 et ss). Dans ces circonstances, le Tribunal cantonal des assurances sociales considère que la position des défendeurs ne saurait être assimilée à celle d'un associé-gérant, de sorte qu'ils ne répondent pas du dommage au sens de l'article 52 LAVS.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Reçoit la requête en mainlevée des oppositions ;

Au fond :

1. La rejette ;
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).

Le greffier ;

Walid BEN AMER

La Présidente :

Juliana BALDE

Le présent arrêt est communiqué pour notification à la Caisse cantonale genevoise de compensation et à Messieurs F_____ et S_____, ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales
