

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1267/1999

ATAS/347/2004

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Du 13 mai 2004

3^{ème} chambre

En la cause

**Fédération interprofessionnelle AVS de la Fédération des
entreprises romandes**, rue de Saint-Jean 98, 1201 Genève

demanderesse

contre

Monsieur A_____, , représenté par Monsieur Jean-Jacques
FREZIER, FIDU-SERVICE

défendeur

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,

Mesdames Isabelle DUBOIS et Doris WANGELER, Juges

EN FAIT

1. Monsieur A _____ a exploité une carrosserie en raison individuelle, inscrite au registre du commerce le 13 août 1968 sous l'enseigne « X ». L'entreprise a été remise à la société X SA en date du 26 juillet 1996, laquelle n'a pas repris l'actif et le passif de la raison individuelle.
2. L'employeur a été affilié à la Caisse de compensation de la Caisse interprofessionnelle d'assurance-vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux (actuellement la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des Entreprises romandes, ci-après la FER CIAM) du 1^{er} août 1968 au 31 octobre 1996.
3. En raison du non-paiement des cotisations sociales, la FER CIAM a dû initier des poursuites à l'encontre de Monsieur A _____, seul débiteur à l'égard de celle-ci, qui ont abouti à la délivrance d'actes de défaut de biens après saisie pour des cotisations non payées de juin, juillet, octobre, novembre et décembre 1995 ainsi que pour les mois de janvier à août 1996. La FER CIAM a également dû le dénoncer au Procureur général pour soustraction de cotisations en date des 2 juillet 1996 et 18 mars 1997. Suite à l'arrangement de paiement convenu entre débiteur et créancier, les procédures pénales ont été suspendues. Une nouvelle plainte pénale a été déposée le 1^{er} avril 1998 et un nouveau sursis au paiement octroyé suite à l'acceptation par la FER CIAM d'un plan de paiement par mensualités de 500 fr.
4. La faillite personnelle de Monsieur A _____ a été prononcée par jugement du Tribunal de première instance du 2 février 1998 et la liquidation suspendue le 31 mars 1998. Par jugement du Tribunal de première instance du 19 mai 1998, la faillite a été clôturée ensuite de constatation de défaut d'actif.
5. La faillite de Monsieur A _____ a été prononcée une nouvelle fois le 29 septembre 1998. La liquidation sommaire a été ordonnée le 10 novembre 1998 et un délai pour les productions fixé au 18 décembre 1998.
6. Le 1^{er} décembre 1998, la FER CIAM a produit une créance de 54'596 fr. 10 correspondant au solde dû pour des cotisations sur salaires versées entre juin 1995 et août 1996.
7. En date du 25 janvier 1999, la créancière a notifié au débiteur une décision en réparation de dommage à hauteur de 42'443 fr. 50 en raison du non-paiement des cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC des périodes de juin, juillet, octobre à décembre 1995, janvier à août 1996, complément janvier à octobre 1996 et rapport de contrôle sur les années 1992 à 1996.
8. Par courrier du 4 février 1999, le débiteur s'est opposé à cette décision alléguant ne posséder ni fortune ni revenus suffisants pour lui permettre de payer les montants

réclamés et ne pas vouloir privilégier un créancier au détriment des autres. Il a par ailleurs allégué que ce n'était ni intentionnellement ni par négligence grave qu'il n'avait pas payé les cotisations.

9. Par courrier du 17 février 1999, l'Office des poursuites et des faillites Rive-droite a avisé la FER CIAM du dépôt de l'état de collocation de la faillite de l'intéressé, du fait que la créance était admise en 3^{ème} classe pour la somme de 54'596 fr. 10 et qu'aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers chirographaires.
10. Le 11 mars 1999, la FER CIAM a requis de la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants (ci-après la Commission de recours) la mainlevée de l'opposition formée par l'intéressé à concurrence de 42'443 fr. 50.
11. Dans ses écritures du 26 avril 1999, le défendeur indique que la faillite prononcée par jugement du 29 septembre 1998 n'est toujours pas liquidée. Il en conclut que la décision de la FER CIAM est prématurée car un nouveau jugement devrait intervenir et des nouveaux actes de défaut de biens devraient être délivrés.

Il conteste par ailleurs le montant retenu par la créancière, car il considère que le montant réclamé à titre de réparation du dommage ne doit pas englober tous les frais et intérêts qui en découlent, soit en l'espèce 10'146 fr. 50.

Le défendeur relève encore que la demanderesse a rendu le 19 juin 1998 une décision d'octroi au sursis lui laissant ainsi entendre que toute procédure à son encontre était suspendue tant qu'il honorerait le plan de paiement. Il estime qu'en demandant la réparation du dommage, la FER CIAM est revenue unilatéralement sur sa décision alors même qu'il payait régulièrement les montants convenus. De juin 1998 à avril 1999, l'intéressé avait déjà payé 5'500 fr.

Enfin, il produit un courrier daté du 27 juillet 1998 au Président du Tribunal de première instance, par lequel il a demandé que sa faillite personnelle soit prononcée. Il précisait dans sa requête qu'il avait exploité la X pendant plus de vingt ans, que les sept à huit dernières années, ses affaires s'étaient détériorées, de sorte qu'il avait dû apporter des fonds propres pour continuer son exploitation, notamment pour payer les salaires, et, qu'à fin 1997, il avait injecté dans son commerce le solde du bénéfice de la vente de sa maison de 50'000 fr. qu'il avait été contraint de vendre car il n'arrivait plus à faire face aux charges hypothécaires.

Il conclut en relevant qu'en payant la part pénale, d'un montant de 12'000 fr. 55, il a démontré qu'il avait fait son possible pour payer une partie de sa dette.

12. Par courrier du 22 janvier 2002, la Commission de recours a accordé un délai au 19 février 2002 à la FER CIAM pour lui faire part de ses observations au sujet de la réponse du défendeur.

13. Dans ses écritures du 11 décembre 2002, la demanderesse soutient que son action en réparation de dommage n'était pas prématurée puisque sa créance est née le jour même de la faillite de l'intéressé, qu'elle était en possession d'actes de défaut de biens délivrés suite aux procès-verbaux constatant le non-versement du gain saisi et que les poursuites n'avaient pas été reprises pour une nouvelle saisie de gain du fait que le débiteur avait été déclaré en faillite. Elle précise que la faillite a été clôturée et qu'un acte de défaut de biens lui a été délivré, aucun dividende n'ayant été versé aux créanciers colloqués en 3^{ème} classe.

Elle confirme que le débiteur avait sollicité un plan de paiement suite à la procédure pénale initiée en raison du non-paiement des cotisations AVS/AI/APG retenues aux salariés, les cotisations dues au régime des allocations familiales ainsi que les cotisations retenues aux salariés pour la prévoyance sociale selon la convention collective de travail de l'Union genevoise des carrossiers. En outre, le défendeur devait s'acquitter chaque mois auprès de l'Office des poursuites du montant fixé par le procès-verbal de saisie, soit 1'000 fr. Comme il ne s'était pas exécuté, un procès-verbal constatant le non-versement du gain saisi avait été délivré à la demanderesse donnant ainsi lieu à une deuxième procédure pénale. Le débiteur s'est alors acquitté également par acomptes de la part pénale.

La demanderesse précise que l'arrangement avait été convenu avant la décision en réparation du dommage et qu'en conséquence, les acomptes versés par le débiteur avant ladite décision avaient été pris en compte. En revanche, il y a lieu de déduire les acomptes versés par l'intéressé après l'envoi de la décision du 25 janvier 1999, soit au total une somme de 10'300 fr. 55 dont 1'950 fr. 10 ont été attribués aux cotisations dues au régime des allocations familiales et aux cotisations prévoyance sociale retenues aux salariés selon la convention collective de travail de l'Union genevoise des carrossiers, montant qui n'était pas inclus dans la réparation du dommage.

Le montant du dommage se présente donc de la manière suivante : 15'485 fr. 50 pour les cotisations AVS-AI-APG ; 8'364 fr. 50 pour les cotisations chômage ; 703 fr. 20 de frais administratifs ; 6'823 fr. 85 d'intérêts moratoires ; 1'296 fr. de frais de poursuite et 420 fr. de taxes de sommation.

Enfin, la FER CIAM relève que l'intéressé s'est effectivement acquitté de quelques montants couvrant la part pénale des périodes de juin à décembre 1995 dans le courant de 1997, mais que les cotisations dues datent de 1995 et 1996, soit bien avant que le défendeur réinvestisse le bénéfice sur la vente de sa maison.

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. 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 (cf. article 56V LOJ). La compétence du Tribunal de céans est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.
2. 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'art. 52 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 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 déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid.1).
3. L'art. 81 RAVS (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002) énonce les règles particulières auxquelles est soumise la procédure en réparation du dommage. D'après cette disposition, si la caisse de compensation décide de la réparation d'un dommage causé par l'employeur, elle doit notifier à celui-ci une décision contre laquelle il peut former opposition dans les trente jours, auprès de la caisse (al. 1 et 2). Si la caisse de compensation maintient sa décision, elle doit, dans les trente jours également et sous peine de déchéance de ses droits, porter le cas devant l'autorité de recours du canton dans lequel l'employeur a son domicile (al. 3) (ATF 122 V 67 consid. 4a).
4. La question à résoudre au préalable en l'espèce est celle de savoir si le débiteur avait, en raison de ses faillites successives, qualité pour recevoir la décision en réparation du dommage et, partant, pour former opposition puis défendre dans la présente procédure.
5. En effet, l'ouverture de la faillite fait perdre au failli - en faveur de l'administration de la faillite (GILLIÉRON, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, 3e éd., Lausanne 1993, p. 290, ch. II § 1) - le droit de disposer des biens appartenant à la masse (art. 204 al. 1 LP; ATF 114 III 60 consid. 2b p. 61 et les références). Par biens appartenant à la masse, il faut entendre l'ensemble des éléments actifs et passifs, de sorte que le dessaisissement prive également le failli du droit de passer des actes juridiques se rapportant à des créances contre lui (JÄGER, Commentaire de la LP, n. 4 ad art. 204 LP). Le failli ne perd pas le droit de procéder comme tel; il n'a simplement pas la qualité pour agir dans les procès concernant les biens de la masse (JÄGER, op.cit., n. 5 ad art. 204; FAVRE, Droit des poursuites, 3e éd.,

p. 297 ch. I). La capacité d'ester en justice de l'administration de la faillite (art. 240 LP) comporte pour sa part le droit de faire toutes les démarches juridiques requises par la liquidation, notamment le droit de reconnaître des prétentions ou de renoncer à celles-ci au nom de la masse (GILLIÉRON, op.cit., p. 330 ch. II; FRITZSCHE/WALDER, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, vol II, 3e éd., Zurich 1993, § 48 n. 3).

6. Dans un arrêt paru au VSI 1997 p. 77 consid. 3a, le Tribunal fédéral des assurances a considéré que la faillite du recourant qui, comme la faillite du défendeur en l'espèce, était survenue avant la date à laquelle l'intimée avait rendu sa décision en réparation du dommage, est un élément qui doit nécessairement être pris en considération pour décider, à titre préalable, s'il avait encore qualité pour former opposition à la décision en réparation du dommage, voire pour défendre à la demande en réparation du dommage. Selon la jurisprudence, lorsqu'un assuré se trouve en faillite, l'administration de la faillite est habilitée à le représenter dans une procédure en matière d'AVS (ATFA 1951 p. 190 consid. 1 et les références = RCC 1951 p. 345). Par ailleurs, dans l'hypothèse où une décision portant sur le paiement de cotisations arriérées a été rendue après l'ouverture de la faillite du débiteur de celles-ci, le débiteur n'est plus habilité à contester cette décision (VSI 1993 p. 182 consid. 1b), sauf si son intervention demeure nécessaire dans le cadre de la liquidation de la faillite.
7. Selon la jurisprudence, le titulaire d'une raison de commerce individuelle peut faire l'objet d'une action en réparation du dommage au sens de l'art. 52 LAVS, car bien qu'il y ait identité du débiteur des cotisations et du responsable du dommage, le fondement de la créance est tout à fait différent puisque la créance non couverte dans la faillite de l'employeur concerne des cotisations échues, tandis que la prétention de la caisse en réparation du dommage se fonde sur la responsabilité telle qu'elle est définie à l'art. 52 LAVS (cf. ATF 123 V 168 consid. 3a).
8. Si la créance en réparation du dommage de la FER CIAM existait déjà au moment de l'ouverture de la deuxième faillite du débiteur, le 29 septembre 1998, elle faisait partie de la masse en faillite. Dans cette hypothèse, la décision de la FER CIAM en réparation du dommage aurait dû être notifiée à l'administration de la faillite et produite dans la faillite, car le débiteur était dessaisi des biens appartenant à la masse et n'avait plus la qualité pour recevoir ladite décision.
9. Il convient donc de déterminer à quel moment est née la créance en réparation du dommage. Selon l'art. 52 LAVS, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse de compensation est tenu à réparation. En matière de cotisations, qui représente le champ d'application principal de cette disposition légale, un dommage 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 (ATF 121 III 384 consid. 3bb, 388 consid. 3a, 113 V 257 sv., 112 V 157 consid. 2). Dans la première éventualité, le dommage est réputé survenu au moment de l'avènement de la péremption (ATF 123 V 12 consid. 5b, 112 V 157 consid. 2, 108 V 194 consid. 2d et les arrêts cités); 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 consid. 5b, 121 III 384 consid. 3bb, 113 V 256, 112 V 157 consid. 2).

10. 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 444 consid. 3a, 121 III 384 consid. 3bb, 388 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 129 V 193 consid. 2.2 ; ATF 123 V 16 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). Il ne ressort en effet nullement du texte de l'art. 52 LAVS, ni de ceux des dispositions réglementaires d'application (art. 81, 82 et 138 RAVS), que l'existence d'une créance en réparation du dommage dépende d'une décision de la caisse de compensation ou d'une manifestation de volonté quelconque émanant de l'administration de l'AVS. Il serait en tout cas singulier que la caisse puisse différer le moment de la naissance de sa créance jusqu'à ce que les circonstances lui soient plus favorables, telles que le retour à meilleure fortune de la personne qu'elle entend rechercher (ATF 123 V 12 consid. 5c).
11. En l'espèce, la faillite du défendeur a été prononcée le 2 février 1998. C'est donc ce jour-là que, conformément à la jurisprudence, est née la créance de la FER CIAM en réparation du dommage.
12. Le fait que la faillite ait été suspendue en raison du défaut d'actif n'a pas d'incidence sur la date de la naissance de la créance, mais seulement sur la détermination du moment de la connaissance du dommage, moment à partir duquel le délai de péremption d'une année commence à courir et qui intervient, en règle générale, au moment de la suspension de la faillite (ATF 129 V 193 consid. 2.3 in fine).
13. Il résulte des pièces du dossier que la FER CIAM a produit, dans la faillite du défendeur prononcée par jugement du Tribunal de première instance du 29 septembre 1998, les arriérés des cotisations sur salaires versés dues par l'employeur, mais non pas sa créance en réparation du dommage, laquelle avait pris naissance au moment du jugement de faillite du 2 février 1998.
14. La demanderesse aurait donc dû produire sa créance en réparation du dommage dans la faillite du débiteur ouverte le 29 septembre 1998 et notifier sa décision de

réparation du dommage du 25 janvier 1999 à l'administration de la faillite, seule compétente pour la recevoir, et non au débiteur qui avait perdu, au moment de l'ouverture de la faillite, le droit de disposer des biens appartenant à la masse.

15. En conséquence, le Tribunal de céans constate la nullité de la décision du 25 janvier 1999, notifiée à une personne qui n'avait pas qualité pour la recevoir, et rejette la demande en mainlevée de l'opposition de la FER CIAM.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant,

conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ

1. Constate la nullité de la décision de la FER CIAM du 25 janvier 1999.
2. Rejette la demande de mainlevée d'opposition du 11 mars 1999.
3. 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 quelle 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:

Janine BOFFI

La Présidente :

Karine STECK

La greffière-juriste : Catherine VERNIER BESSON

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe

le