RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1274/1999 **ATAS/602/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

3ème chambre

du 15 juillet 2004

En la cause

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, 54, route de Chêne, 1208 Genève

Demanderesse

contre

Messieurs G_____,
P_____, c/o Mme M_____,

et
Hoirie de feu B_____, p.a. Mme B_____

ex-associés de la société X_____ Sàrl

Défendeurs

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,

Mesdames Juliana BALDE et Doris WANGELER, juges

EN FAIT

1. La société à responsabilité limitée X_____ Sàrl (ci-après : la société) a été inscrite au Registre du commerce de Genève (ci-après : RC) en date du 16 juillet 1996 et avait pour but d'exercer des activités dans les domaines de la communication et de la publicité. Dès l'origine, Monsieur G_____ a été inscrit en tant qu'associé-gérant pour une part de Fr. 19'000.--. Monsieur P_____ était associé (non gérant) pour une part de Fr. 1'000.--.

2. La faillite de la société a été prononcée par le Tribunal de première instance en date du 24 mars 1998. La liquidation a été suspendue, faute d'actifs, le 5 mai 1998.

3. Par courrier du 24 juin 1998, la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la caisse), constatant que ses démarches pour recouvrer la créance de cotisations pour l'année 1997 - d'un montant de Fr. 7'503.75 - étaient restées infructueuses, a informé Messieurs P_____ et G_____ qu'à moins que la part pénale (Fr. 3'684.40) ne soit payée, elle déposerait plainte auprès du Procureur Général.

4. Le 22 octobre 1998, la caisse a notifié aux deux associés une décision en réparation du dommage leur réclamant solidairement la somme de Fr. 9'539.45, représentant les cotisations sociales des années 1996 et 1997.

5. Les associés ont formé opposition le 20 novembre 1998, en alléguant que la comptabilité avait été tenue avec soin et les documents renvoyés à temps à la caisse. Selon eux, aucune passivité, négligence ou faute intentionnelle ne pouvait leur être imputée. Ils ont enfin fait valoir que les salaires versés étaient modiques, que la société avait connu des difficultés de paiement, que Monsieur P_____ n'avait assumé aucune fonction de dirigeant de la société et que Monsieur G_____, seul à diriger la société, n'aurait pu agir autrement.

6. Le 23 décembre 1998, la caisse a requis de la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants (ci-après : la Commission de recours) la mainlevée des oppositions. Elle a relevé que la société n'avait jamais versé la moindre cotisation et que seul le paiement des contributions pour allocations familiales avait permis de réduire quelque peu la dette. Qui plus est, la société n'avait jamais pris contact avec elle pour solliciter des délais de paiement ou faire part de ses difficultés.

7. Dans leur détermination du 12 février 1999, les défendeurs ont fait valoir que le capital de la société était réparti de la manière suivante : dix-sept parts à Monsieur B_____, deux parts à Monsieur G_____ et une part à Monsieur P_____. Ils ont expliqué que c'était parce que Monsieur

B_____ connaissait des difficultés financières qu'il avait été décidé que Monsieur G_____ servirait de prête-nom comme gérant. De par sa fonction directoriale et d'entente avec Monsieur B_____, ce dernier était prêt à assumer l'entière responsabilité du litige avec la caisse. Il a été allégué que les décomptes et la comptabilité de l'entreprise avaient été tenus avec soin et qu'aucune négligence n'avait été commise par la direction, que les ressources de la société avaient été insuffisantes pour faire face aux charges et que cela ne pouvait être considéré comme une faute intentionnelle ou par négligence grave. Par ailleurs, les défendeurs ont contesté tous les montants ne consistant pas en des cotisations, à savoir les frais, amendes, émoluments et intérêts. Pour solder ce litige, les défendeurs ont proposé d'indemniser la caisse des montants pénaux, soit Fr. 3'684.40, sous déduction d'un versement de Fr. 105.— intervenu le 24 février 1997 et d'un autre, de Fr. 1'850.—, effectué en novembre 1997. Les défendeurs ont assuré vouloir apporter la preuve de ces paiements ultérieurement.

8. Dans son préavis du 5 mars 1999, la caisse a indiqué avoir appris que Monsieur B_____ avait également pris des décision relevant des organes de la société et qu'il avait influencé de manière déterminante la formation de la volonté, agissant en tant qu'organe de fait, de sorte qu'une décision en réparation du dommage lui avait été notifiée le même jour. La caisse a par ailleurs assuré que, vérification faite, la société n'avait effectué aucun versement de cotisations. Elle a relevé que la période durant laquelle les cotisations n'avaient pas été versées était longue, ce qui excluait toute excuse au comportement de l'employeur, ce d'autant que la situation financière de la société avait été difficile depuis le début.

9. Par courrier du 1er avril 2000 - adressé par erreur à la Commission de recours et transmis par cette dernière à la caisse de compensation - Monsieur B_____ a formé opposition à son tour et a corroboré les propos tenus par Messieurs G_____ et P_____. Il a expliqué que le projet « fabuleux » que constituait la société s'était très vite retrouvé en grandes difficultés financières, que les retards de paiement concernaient tous les créanciers et qu'en sa qualité de chef d'entreprise, il avait délégué la plupart des tâches de direction à Monsieur G_____. Il s'est par ailleurs étonné que la caisse n'ait pas trace du versement de Fr. 1'800.-- environ que les associés étaient presque certains d'avoir effectué.

10. Le 10 mars 2000, la caisse a requis auprès de la Commission de recours la mainlevée de l'opposition de Monsieur B_____ pour les mêmes motifs que ceux invoqués contre les autres associés de la société. Elle a rappelé que l'attention exigée de l'employeur se mesurait d'après le comportement habituel des employeurs de la catégorie à laquelle il appartenait et que, la société étant de très petite taille (deux ou trois employés), son contrôle devait donc être d'autant plus attentif.

EN DROIT

1. a) La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 1 let. r LOJ).

   Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après TA) a constaté d'office la nullité de l'art. 1 let. r LOJ, considérant que le TCAS avait été créé en violation de l'art. 131 de la Constitution genevoise - Cst GE -.

   b) Force est de constater que cette conclusion ne saurait lier le tribunal de céans, aux motifs suivants :

   - elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, et non ses motifs. L'autorité de la chose jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ; KNAPP, Précis de droit administratif, 4ème édition, 1991, p. 248ss ; HABSCHEID, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313 et ss.).

   - l'autorité de la chose jugée ne vaut quoi qu'il en soit que pour les moyens que le tribunal pouvait examiner (cf. KNAPP, op. cit. p. 251). Or, il apparaît en l'espèce douteux que le TA devait, et même pouvait, à l'occasion d'un recours interjeté pour violation des droits politiques contre un arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de l'élection des juges assesseurs au TCAS, contrôler la constitutionnalité de la loi instituant cette juridiction.

   - une loi inconstitutionnelle ne saurait être déclarée nulle. Seul, l'acte pris en application de celle-ci est annulable (cf. AUBERT, Bundesstaatsrecht der Schweiz, vol. I, 1991, p. 178, note 430). Il convient au surplus de relever qu'un tribunal se doit en règle générale d'agir avec retenue, plus particulièrement lorsque les conséquences de l'annulation bouleverseraient tout un régime juridique (ATF 112 Ia 313). Tel est manifestement le cas ici, dès lors que le considérant topique de l'arrêt du TA revient à nier l'existence d'une juridiction qui fonctionne depuis le 1er août 2003 déjà, et dont les juges titulaires, ainsi que les juges suppléants, ont été régulièrement élus.

   c) Le TCAS examine d'office sa compétence ; vu l'arrêt du TA du 30 mars 2004 niant jusqu'à son existence, il a également à vérifier la conformité à l'art. 131 Cst GE de la loi l'instituant.

   Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon

l'art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales -LPGA-, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

Selon l'art. 131 al. 1 Cst GE, « La loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales ; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence ». Lors de la création du TA en 1971, la disposition constitutionnelle a été complétée par un alinéa 2, libellé comme suit : «Un tribunal administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit ».

La Constitution s'interprète selon les mêmes principes que les lois ordinaires. Les règles d'interprétation permettant au juge de dégager le sens d'une disposition sont connues : ce dernier peut recourir à une interprétation littérale, historique, téléologique ou systématique de la norme. Le juge devra partir prioritairement du texte clair de la loi. Le TA, dans son arrêt du 30 mars 2004, a considéré que le texte de l'art. 131 al. 2 Cst GE ne laissait pas de place pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif ; il a interprété « un tribunal » comme signifiant « un seul tribunal ». Or, l'art. 131 al. 2 Cst GE précise que ce tribunal administratif est institué « dans les cas où la loi le prévoit ». C'est dire que nécessairement le reste du contentieux administratif relève d'autres juridictions. Ainsi l'interprétation littérale permet à elle seule de conclure que le terme « un » doit être qualifié, grammaticalement, d'article indéterminé.

Une telle analyse est du reste confirmée par les interprétations historique et téléologique. Il résulte des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil – MGC - 1970, p. 554 ss.) que le législateur en 1970 entendait créer, aux côtés des juridictions civiles et pénales existantes prévues à l'art. 131 al. 1 Cst GE, un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif. Ce tribunal était destiné à remplacer les autres autorités – Conseil d'Etat, commissions de recours, etc. qui avaient à connaître des recours contre les décisions des départements. Il n'était cependant pas question que ce remplacement soit général, raison pour laquelle ce tribunal s'était vu doté de compétences d'attribution. Il était évident que certaines commissions spéciales devaient subsister, notamment en raison de leur composition particulière (composition paritaire, experts…). Selon le Mémorial du Grand Conseil, p. 557, « dans le système envisagé, le TA, le Conseil d'Etat et les commissions spécialisées dont le maintien aura été décidé, constitueront autant de juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

Dès le 1er janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d'une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de ces juridictions n'a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d'assurances sociales, jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l'occurrence.

Si l'on devait suivre l'interprétation du TA dans son arrêt du 30 mars 2004, non seulement le TCAS, mais également toutes les autres commissions de recours spéciales, y compris celles rattachées au TA lui-même seraient inconstitutionnels. Tel n'a manifestement pas été le but visé par le législateur.

Au vu de ce qui précède, la création du TCAS en application de la LPGA est conforme à la Constitution genevoise.

L'élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004, le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire permettant au TCAS de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

2. 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, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (ci-après : LAVS ; art. 1er let. r et 56V al. 1er let. a ch. 1 LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (ci-après : LPGA) est entrée en vigueur le premier janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales, 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 du règlement sur l'assurance vieillesse et survivants, du 31 octobre 1947 (ci-après : RAVS) 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 le juge des assurances sociales n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 127 V 467, consid. 1 ; 121 V 386, consid. 1b ; également dispositions transitoires, art. 82 al. 1 LPGA).

4. a) Aux termes de l'art. 82 al. 1er 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 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 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 (art. 82 al. 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 » (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 (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). Si la faillite n'est liquidée ni selon la procédure ordinaire ni selon la procédure sommaire, il faut admettre que la connaissance du dommage – né au moment de l'ouverture de la faillite – intervient en règle générale au moment de la suspension de la faillite faute d'actifs, la date de la publication de cette mesure dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) étant déterminante (ATF 123 V 16 consid. 5c.). Aussi n'y a-t-il plus lieu de préciser dans ces cas-là, comme cela était la règle selon la jurisprudence antérieure (RCC 1990 p. 302ss ATF 128 V 12) que la connaissance et la survenance du dommage interviennent en même temps (ATF 129 V 193 consid. 2.3).

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 220ss), 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).

b) En l'espèce, la caisse allègue avoir eu connaissance du dommage au plus tôt lorsque la suspension de la faillite est parue dans la Feuille d'avis officielle, le 18 mai 1998.

Il résulte des pièces du dossier que par jugement du 24 mars 1998, le Tribunal de première instance de la République et canton de Genève (ci-après : TPI) a prononcé la faillite de la société. Par jugement du 5 mai 1998, constatant qu'il était probable que la masse ne suffirait pas à couvrir les frais de la liquidation sommaire, il a prononcé la suspension de la faillite. Enfin, aucun créancier n'ayant requis la liquidation et effectué l'avance de frais requise, il a prononcé la clôture de la faillite par jugement du 3 novembre 1998.

Conformément à la jurisprudence, la caisse n'a donc pu avoir connaissance de son dommage qu'au moment de la publication de la suspension de la faillite faute d'actifs, soit quelques jours après le 5 mai 1998. En notifiant ses décisions en réparation du dommage à l'encontre des défendeurs en date des 22 octobre 1998 et 5 mars 1999, la caisse a donc bien agi dans le délai péremptoire d'un an prescrit par l'art. 82 al. 1er RAVS. Dans la mesure où la société a commencé à accuser des retards de cotisations à partir de l'année 1996 et que la caisse a rendu sa décision en 1998, elle respecte également le délai péremptoire de cinq ans.

En formant opposition par actes respectifs des 20 novembre 1998 et 1er avril 1999, les défendeurs ont pour leur part également agi en temps utile. La caisse ayant déposé ses requêtes en mainlevée contre les associés G_____ et P_____ le 23 décembre 1998, il s'ensuit que tant les oppositions que la requête en mainlevée sont recevables en la forme (art. 81 al. 3 et 82 al. 2 RAVS). S'agissant de Monsieur B_____, il sied de relever que son opposition, adressée par erreur à la Commission de recours, n'a été transmise à la caisse qu'en date du 1er mars 2000. L'action en responsabilité contre ce dernier ayant été déposée le 10 mars 2000, il s'ensuit que dans ce cas également, tant l'opposition que la requête en mainlevée sont recevables à la forme.

5. 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).

En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse en raison de la faillite de X_____ Sàrl, pour un montant de Fr. 9'539.45.

6. L'art. 14 al. 1er LAVS en corrélation avec les art. 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'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; 108 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'assurance-vieillesse et survivants (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 (ATFA du 28 juin 1982, RCC 1983, p. 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 (No 6003 des directives de l'Office fédéral des assurances sociales sur la perception des cotisations, ci-après : DP; ATF 114 V 79, consid. 3; 113 V 256, consid. 3c; RCC 1988, p. 136, consid. 3c; ATF 111 V 173, RCC 1985, p. 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 (no 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le TFA s'est toujours référé à l'art. 754 al. 1er CO, en corrélation avec l'art. 759 al 1er 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'art. 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., p. 209 et ss).

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, Scheizerisches Aktienrecht, § 37, p. 443 note 17, BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2e 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 de ses 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 ; ATF non publié H 320/01 et H 333/01 du 8 octobre 2003 consid. 6.2).

Sont assimilées aux gérants non seulement les personnes qui ont été expressément nommées en tant que tels (c'est-à-dire les organes formels), mais aussi les personnes qui assument de fait la fonction d'un gérant, soit en prenant des décisions réservées à un gérant, soit en assumant la direction effective de l'entreprise et en exerçant ainsi une influence déterminante sur la formation de la volonté de la société (organes matériels ou de fait; ATF 117 II 441 cons. 2, 571 cons. 3, 114 V 78 = RCC 1988 p. 631, ATF 114 V 213 = RCC 1989 p. 176). En font typiquement partie les personnes qui, de par la force de leur position (associé majoritaire par exemple), donnent au gérant formel des instructions sur la conduite des affaires de la société (ATFA du 29 mai 2000 publié in VSI 5/2000 p. 226)

Les gérants d'une Sàrl qui ont été formellement désignés en cette qualité, ainsi que les personnes qui exercent cette fonction en fait répondent 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 (ATF 126 V 238; VSI 2002 p. 176 s. consid. 3b et d). Dès lors, les règles sur la responsabilité des organes d'une société anonyme s'appliquent aux associés gérants.

7. a) En l'espèce, il s'agit en premier lieu de déterminer si les défendeurs avaient ou non la qualité d'organes de la société.

Monsieur G_____ était inscrit au RC en qualité d'associé gérant de la société faillie, au bénéfice d'une signature individuelle dès l'origine de la société. Il avait ainsi indiscutablement la qualité d'organe de la société faillie, ce qu'il ne conteste au demeurant pas.

b) Au sein de la société, Monsieur G_____, inscrit comme associé-gérant pour une part de Fr. 19'000.--, assumait la fonction de directeur de la société et responsable commercial. Il prenait les décisions administratives d'entente avec Monsieur B_____, qui s'est décrit lui-même comme chef d'entreprise pouvant déléguer les tâches. Dans les faits, Monsieur B_____ possédait dix-sept parts de la société, contre deux à Monsieur G_____ et une à Monsieur P_____. Cette construction juridique faisant apparaître Monsieur G_____ comme prête-nom était justifiée par le fait que Monsieur B_____ connaissait à cette époque des difficultés financières. Participant à la formation de la volonté et prenant des décisions quant à la direction de la société de concert avec Monsieur G_____, Monsieur B_____ est indéniablement également organe de la société, au même titre l'associé que gérant inscrit au RC.

c) Quant à Monsieur P_____, il a été inscrit au RC en tant que simple associé dès l'origine de la société, mais n'était pas associé gérant.

aa) Dans le cas d'une société à responsabilité limitée, la position d'associé simple, n'entraîne pas à elle seule des obligations de contrôle ou de surveillance. Ceci résulte de l'art. 819 al. 1er CO qui ne prévoit pour l'associé non gérant qu'un droit de regard. Par ailleurs, si le législateur avait voulu imposer aux simples associés des tâches de contrôle et de surveillance de la gestion, ceci aurait indubitablement trouvé son reflet dans la loi, alors que tel n'est pas le cas. En conséquence, l'art. 827 CO ne prévoit de norme en matière de responsabilité du fait de la violation d'obligations que pour les personnes participant à la fondation de la société et chargées de la conduite des affaires et du contrôle, ainsi que pour les liquidateurs.

En conséquence, 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 (art. 14 al. 1 LAVS, art. 34ss RAVS), il ne saurait être rendu responsable par la caisse du dommage résultant du non paiement des cotisations.

Si les statuts lui imposent de contrôler ou de surveiller l'activité des gérants de l'entreprise (ce qui ne doit pas être confondu avec l'intervention d'un organe de révision externe selon l'art. 819 al. 2 CO), il peut être rendu responsable comme dans le cas où il ne prendrait aucune mesure après avoir pris connaissance d'insuffisances de la part de la direction (dans ce contexte: jugement A. non publié du 17 septembre 1999, H 136/99).

S'il occupe toutefois au sein de la Sàrl une position correspondant à celle d'un gérant, il est alors soumis à des obligations plus étendues (pour plus de détails à ce sujet, voir: AMSTUTZ/WATTER, Basler Kommentar, N 16 sur l'art. 811 CO avec renvoi à N 3ss sur l'art. 717 CO; STEIGER, Zürcher Kommentar, N 33 sur l'art. 811 OR; Handschin, loc. cit., § 19 N 40ss; WOHLMANN, Die GmbH, SPR VIII/2 S. 419ss; id., GmbH-Recht, Bâle 1997, p. 112ss) dont le non-respect peut engager sa responsabilité (art. 827 en relation avec l'art. 754 CO).

Même si cette solution légale peut être qualifiée de peu heureuse, car l'organe de contrôle n'agit pas seulement dans l'intérêts des associés, mais aussi dans celui des créanciers et du droit (AMSTUTZ, loc. cit.; WOHLMANN, loc. cit.), il n'y a pas de raison impérieuse de s'écarter de la réglementation instaurée par le législateur voir ATF 125 II 196 cons. 3a, 244 cons. 5a, 125 V 130 cons. 5, avec renvois). Dans la mesure où la caisse, dans le contexte de l'article 814 al. 1 CO désire en tirer d'autres conclusions, ceci n'est pas admissible car la disposition ne concerne que le droit de représentation des gérants.

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. 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).

bb) En l'espèce, il est établi que la position d'associé simple de Monsieur P_____ au sein de la société ne lui imposait pas de procéder à des vérifications et contrôles. Cela n'a d'ailleurs jamais été allégué au cours de la procédure. On ignore par exemple s'il avait été dûment mis au courant des sommations de la caisse en ce qui concernait le versement des cotisations sociales. N'étant pas lui-même salarié de la société - contrairement à Monsieur G_____ - il n'avait pas de raison particulière de s'intéresser à d'éventuelles insuffisances de la part de la direction. Il n'est pas établi non plus qu'il occupait au sein de la société une position correspondant à celle d'un gérant. Les courriers, communications et formulaires émanant de la société étaient toujours signés par Monsieur G_____ uniquement. Dans les faits, la procédure a permis de découvrir que la société était dirigée par Messieurs G_____ et B_____. Enfin, Monsieur P_____ ne possédait qu'une seule part sociale de Fr. 1'000.-. Conformément à la jurisprudence, il ne peut donc être tenu responsable du contrôle

ou de la surveillance de la société et en conséquence, du comportement fautif de celle-ci. Sa position de simple associé n'entraînait pas à elle seule des obligations de contrôle ou de surveillance. Il ne saurait donc se voir reconnaître la qualité d'organe de la société. Eu égard aux considérations qui précèdent, la demande de mainlevée de son opposition sera rejetée.

8. Reste à présent à déterminer si Messieurs G_____ et B_____ peuvent être tenus pour responsables du dommage. La demanderesse soutient qu'ils n'ont pas rempli leurs obligations, dès lors qu'ils n'ont jamais versé de cotisations et qu'ils n'ont jamais pris contact avec elle pour tenter de régler leur situation ou trouver un arrangement. La situation a constamment empiré, sans que les défendeurs n'interviennent. Un tel comportement dénoterait une négligence grave qui engage leur responsabilité.

   Les défendeurs relèvent avoir dressé tous les décomptes en bonne et due forme et dans les délais, ce que Monsieur B_____ assure avoir contrôlé lui-même.

   Les défendeurs connaissaient la situation financière difficile de l'entreprise dès l'origine. Ils ne semblent cependant pas s'être inquiétés de la situation, alors même que la caisse leur a envoyé des sommations les 17 janvier, 22 avril, 18 juillet et 22 octobre 1997 en raison du non paiement des cotisations sociales sur les salaires soumis. Malgré tout, ils ont continué à exploiter la société en espérant une amélioration de la trésorerie, alors même qu'aucun indice objectif ne le leur permettait. Force est donc de constater qu'ils ont retenu les paiements des cotisations paritaires pour maintenir l'entreprise en vie. Refusant de reconnaître que les difficultés traversées n'étaient pas de simples problèmes de trésorerie et qu'il leur serait vraisemblablement impossible d'en sortir, ils ont continué l'exploitation de l'entreprise, alors qu'un organe diligent se serait inquiété de la capacité de la société à rembourser ses dettes exigibles, qui augmentaient au fur et à mesure de l'écoulement du temps. De plus, à la lecture des comptes, on remarque que la société a privilégié durant près de deux ans certains créanciers.

   Eu égard à ces considérations, le Tribunal considère que les défendeurs n'ont pas pris les mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre d'eux, vu l'état de surendettement de la société, causant ainsi un dommage à la caisse au sens de l'art. 52 LAVS, raison pour laquelle la demande de mainlevée de l'opposition les concernant sera admise.

9. S'agissant du montant du dommage, les défendeurs disent être pratiquement certains d'avoir effectué un versement de Fr. 1'800.-- environ au mois de novembre 1997. Le dossier ne contient cependant aucun élément confirmant ces dires. Bien au contraire, les comptes de la société, en possession du Tribunal de céans, prouvent qu'aucun versement n'a été effectué en faveur de la caisse par la société en 1996 et 1997 (compte de charges sociales 1997 p. 55 et 1996 p. 28). Les défendeurs n'ont pas non plus versé à la procédure de pièce prouvant leurs

assertions, de sorte qu'il y a lieu de retenir qu'aucune cotisation n'a jamais été versée.

Par ailleurs, les défendeurs contestent tout montant qui ne consisterait pas en des cotisations, soit les frais, amendes, intérêts moratoires et autres émoluments.

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, il y a dommage, au sens de l'art. 52 LAVS, dès qu'un montant appartenant ou revenant à une caisse de compensation, en sa qualité d'organe de l'AVS, lui échappe. L'ampleur du dommage est alors égale au capital dont la caisse se trouve frustrée.

Le montant des amendes ne doit pas être compris dans le montant du dommage (ATF du 19 août 2003 en la cause H 142/03).

Enfin, s'agissant plus précisément du montant du dommage, la créance en réparation du dommage concerne en partie des cotisations sociales qui ont fait l'objet de décisions rendues avant la faillite et qui sont entrées en force. Dans la mesure où le dossier ne contient aucun indice permettant de conclure que ces décisions sont sans nul doute erronées, le juge saisi d'une action en réparation du dommage selon l'art. 52 LAVS n'a pas à examiner l'exactitude du montant réclamé de ce chef (RCC 1991 p. 133 s. consid. II/1b).

En l'espèce, le montant réclamé est basé sur des décisions de cotisations entrées en force et ne tient pas compte des amendes ayant été infligées à la société ; le Tribunal de céans ne peut que confirmer que le dommage subi par la caisse équivaut effectivement à la somme de Fr. 9'539.45. C'est donc sur la totalité du montant que sera accordée la mainlevée de l'opposition en ce qui concerne ces deux défendeurs.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant,

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

A la forme :

1. Déclare recevables les demandes en mainlevée des oppositions ;

Au fond :

2. Rejette la demande en mainlevée de l'opposition de Monsieur P_____ ;

3. Prononce la mainlevée des oppositions de Messieurs G_____ et B_____ ;

4. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions ;

5. Dit que la procédure est gratuite ;

6. 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:	La Présidente :
Janine BOFFI	Karine STECK

Le secrétaire-juriste : Marius HAEMMIG

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