RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1289/1999 **ATAS/862/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 27 octobre 2004

4ème Chambre

En la cause

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES – FER CIAM, Rue de Saint-Jean 98, Genève	demanderesse en mainlevée d'opposition

contre

Monsieur H_____	
Monsieur R_____	
ex-administrateurs de la société X_____ SA, faillie	défendeurs

---

Siégeant : Madame Juliana BALDE, Présidente, Mesdames Isabelle DUBOIS et Doris WANGELER, juges

---

EN FAIT

1. La société X_____ SA a crée à Genève le 16 décembre 1991. Elle avait pour but social le commerce d'articles d'appareils radio-TV, l'installation et la réparation desdits appareils. Etaient inscrits au Registre du commerce Monsieur H_____, administrateur avec signature individuelle, de décembre 1991 à avril 1996, et Monsieur R_____, administrateur, au bénéfice d'une signature individuelle, d'avril 1996 jusqu'à la dissolution de la société (cf. pièces N° 1 et 2 CIAM).

2. La société était affiliée auprès de la Caisse interprofessionnelle d'assurance-vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux FRSP-CIAM (actuellement Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des Entreprises Romandes FER CIAM – ci-après la CIAM) pour son personnel salarié. L'entreprise ne s'étant pas acquittée des cotisations paritaires régulièrement en 1994, 1995 et 1996, la CIAM a dû engager des poursuites. Le 13 mars 1998, l'Office des poursuites a délivré à la CIAM des actes de défaut de biens pour un montant global impayé de Fr. 28'357.55, correspondant aux cotisations paritaires d'octobre à décembre 1994, juillet et août 1995, un complément pour l'année 1995 et les cotisations de janvier à décembre 1996 (cf. pièces N° 3, 11 et 12 CIAM).

3. Par jugement du 10 mars 1998, le Tribunal de première instance de la République et canton de Genève a prononcé la faillite de la société. La liquidation de la faillite a été suspendue par constatation de défaut d'actifs le 28 avril 1998 et clôturée le 22 septembre 1998 (cf. pièces N° 68 et suivantes CIAM).

4. Le 25 février 1999, la CIAM a réclamé à Monsieur H_____, en sa qualité d'administrateur, le paiement de la somme de 13'206 fr. 80 à titre de réparation du dommage qu'elle avait subi en raison de la faillite de la société X_____ SA, correspondant aux cotisations paritaires impayées de décembre 1991 à avril 1996. Par décision notifiée le même jour, elle a réclamé à l'autre administrateur, Monsieur R_____, le paiement de la somme de 28'357 fr. 55, représentant la totalité du dommage qu'elle avait subi en raison du non paiement des cotisations paritaires.

5. Le 10 mars 1999, Messieurs H_____ et R_____ ont formé opposition auprès de la CIAM, en lui demandant de leur faire parvenir le détail des

cotisations ainsi que les paiements enregistrés pour les années 1994 à 1998. Le 18 mars 1999, la CIAM a accusé réception des oppositions des administrateurs et a remis à chacun d'eux un relevé de compte détaillé. Elle les a invités à lui faire savoir s'ils maintenaient ou non leur opposition.

6. Par courrier du 25 mars 1999, les administrateurs ont maintenu leur opposition, alléguant que la CIAM n'avait pas comptabilisé tous les paiements effectués durant l'année 1997.

7. Par requête du 14 avril 1999, la CIAM 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 formées par Messieurs H_____ et R_____, au motif qu'ils avaient commis une négligence grave dans le non-paiement des cotisations paritaires, engageant par là leur responsabilité.

8. Un délai a été imparti aux défendeurs pour déposer leur réponse. Après un rappel, Monsieur H_____ a déclaré, par courrier du 11 mai 2000, ne pas contester sa responsabilité en tant qu'administrateur, mais il pensait que certaines circonstances pourraient la réduire. Il a allégué que lors de son mandat, la personne en charge de la gestion de la société, Monsieur R_____, lui avait toujours assuré que les paiements relatifs à l'AVS étaient effectués régulièrement. D'autre part, après analyse des imputations des versements enregistrés par la CIAM, il avait constaté qu'un montant de Fr. 3'116.30 avait été porté sur la période de mai à août 1996, soit après sa démission, alors qu'il aurait dû couvrir l'arriéré, ainsi qu'il en avait été convenu avec la CIAM. Il proposait en conséquence de payer la somme de Fr. 5'301.45, pour solde de tout compte.

9. Dans sa réplique du 19 juin 2000, la CIAM a exposé que suite aux dénonciations pénales du 10 octobre 1996, Monsieur R_____ avait sollicité un arrangement de paiement pour couvrir en priorité la part pénale des cotisations, de sorte que ces paiements avaient été attribués pour couvrir en priorité la part salariale ainsi que les cotisations dues au régime des allocations familiales. Mis à part les acomptes versés entre novembre 1996 et février 1997 par Monsieur R_____, tous les autres acomptes versés par la suite avaient été dûment attribués aux périodes recouvrant la durée du mandat de Monsieur H_____, ainsi qu'un relevé de compte le démontrait. Pour le surplus, elle estimait que la responsabilité de Monsieur H_____ était engagée jusqu'à fin mars 1996, dès lors qu'en tant qu'administrateur unique de la société, il avait laissé la gestion de la société à Monsieur R_____, qu'il était tenu de surveiller.

10. En cours de procédure, la CIAM a informé l'autorité de recours que Monsieur R_____, qui se trouvait dans une situation financière précaire, avait toutefois proposé le versement d'acomptes de Fr. 200.- pendant trois mois. Quant à Monsieur H_____, il n'a proposé aucun versement, estimant avoir suffisamment payé pour la société. La demanderesse demandait à ce que la cause soit gardée en attente, un arrangement pouvant intervenir au mois de septembre 2003.

11. La cause a été transmise d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales le 1er août 2003.

12. Le 14 janvier 2004, Monsieur R_____ a informé le Tribunal de céans qu'il n'avait pas pu respecter l'arrangement pris avec la CIAM au motif que sa situation financière ne s'était pas améliorée.

13. Par courrier du 28 janvier 2004, Monsieur H_____ a proposé à la CIAM de régler le montant de 8'417 fr. 75 pour solde de tout compte.

14. Le 19 avril 2004, la CIAM a fait savoir au Tribunal de céans qu'une transaction était intervenue et que Monsieur H_____ avait payé la somme de 10'801 fr. 15 pour solde de tout compte, de sorte que l'action en responsabilité intentée à son encontre était devenue sans objet. Le solde du dommage restant dû par Monsieur R_____ s'élevait désormais à 17'556 fr. 40.

15. Monsieur R_____ a été invité à se déterminer, en vain, et la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

   Statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 1er juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (ATF 130 I 226).

   Conformément à l'art. 3 al.3 des dispositions transitoires de la loi modifiant la loi sur l'organisation judiciaire du 14 novembre 2002, la présente cause, introduite avant l'entrée en vigueur de la loi et pendante devant la Commission cantonale de recours a été transmise d'office au Tribunal cantonal des assurance sociales, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'assurance-vieillesse et survivants notamment (cf. art. 56V LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

   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 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (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 les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467, consid. 1).

2. Aux termes de l'article 82, al. 1 RAVS, le droit de demander la réparation d'un dommage se prescrit lorsque la Caisse de compensation ne le fait pas valoir par une décision de réparation dans l'année après qu'elle a eu connaissance du dommage. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit en l'occurrence d'un délai de péremption à considérer d'office (ATF 113 V 181 = RCC 1987, p. 607, ATF 112 V

8, consid. 4 c = RCC 1986, p. 493). Lorsque ce droit dérive d'un acte punissable soumis par le code pénal à un délai de prescription de plus longue durée, ce délai est applicable (cf. article 82, alinéa 2 RAVS).

Le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a posé le principe qu'une caisse de compensation a « connaissance du dommage » au sens de la disposition précitée, à partir du moment où elle doit reconnaître, en y prêtant l'attention qu'on est en droit d'attendre d'elle et en tenant compte de la pratique, que les circonstances ne lui permettent plus de recouvrer les cotisations, mais pourraient justifier une obligation de réparer le dommage (ATF 128 V 17 consid. 2a, 126 V 444 consid. 3a, 452 consid. 2a, 121 III 388 cosid. 3b, 116 V 75, consid. 3b ; 113 V 181, consid. 2 ; 112 V 8 consid. 4d, 158 ; 108 V 52, consid. 5 ; RCC 1983, p. 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a « rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer » (cf. Fritsche : « Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd. p. 112), d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

En cas de faillite ou de concordat par abandon d'actifs, la caisse n'a pas nécessairement connaissance du dommage au moment seulement où elle peut consulter le tableau de distribution et le compte final établis par l'Office des faillites ou le liquidateur, ou à la date à laquelle elle reçoit un acte de défaut de biens. En effet, celui qui subit une perte dans une faillite ou dans une procédure concordataire et veut intenter une action en dommages-intérêts a, en général, selon la pratique des tribunaux, déjà suffisamment connaissance du dommage, au moment où la collocation des créances lui est notifiée, ou à celui où l'état de collocation et l'inventaire ont été déposés et peuvent être consultés. A ce moment-là, le créancier est, ou devrait être en général, en mesure de connaître l'état des actifs, la collocation de sa créance et le dividende probable (cf. ATF 119 V 92 consid. 3 ; 108 V 196 consid. 3a ; VSI 1995, p. 169-170, consid. 2 ; ATF 116 II 161, consid. 4a ; 116 V 75, consid. 3b = RCC 1990, p. 415).

Les termes « en règle ordinaire » signifient que, en principe, la caisse de compensation est en mesure d'estimer suffisamment l'étendue de son dommage au moment du dépôt de l'état de collocation. Il se peut toutefois que cette estimation ne soit possible que dans une phase ultérieure de la liquidation, par exemple parce que le montant des actifs dépend du produit de la vente de biens immobiliers et que l'administration de la faillite ne peut fournir aucune indication à propos du dividende prévisible (RCC 1992, p. 266, consid. 5c ; Nussbaumer, les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'article 52 LAVS, RCC 1991, p. 406). Inversement, la partie lésée peut exceptionnellement, en raison de circonstances spéciales, acquérir la connaissance

nécessaire avant le dépôt de l'état de collocation ; c'est en particulier le cas lorsqu'elle apprend de l'administration de la faillite, à l'occasion d'une assemblée des créanciers, qu'aucun dividende ne pourra être distribué aux créanciers de la caisse. L'existence de telles circonstances ne sera cependant admise qu'avec retenue : de simples rumeurs ou des renseignements provenant de personnes non autorisées ne permettent pas encore de fonder et de motiver une demande en justice (ATF 118 V 196 consid. 3b).

Par ailleurs, s'il faut, à juste titre, se montrer sévère dans l'appréciation de la responsabilité d'un employeur – et, par extension, de celle de ses organes s'il s'agit d'une personne morale – qui occasionne un dommage à la caisse de compensation en n'observant pas, intentionnellement ou par négligence grave, des prescriptions de la LAVS (ATF 114 V 220 sv.), il faut de même se montrer exigeant à l'égard de l'administration en ce qui concerne le respect des conditions formelles de l'action en responsabilité fondée sur l'art. 52 LAVS (ATF 119 V 96 = VSI 1993 p. 110).

En l'espèce, la faillite de la société X_____ SA, prononcée le 10 mars 1998, a été suspendue pour défaut d'actifs le 28 avril 1998 (cf. pièce N° 69 CIAM). La demanderesse avait auparavant obtenu, le 13 mars 1998, des actes de défaut de biens après saisie, ayant tous les effets prévus par l'art. 149 LP, pour les cotisations impayées de juillet et août 1995, et de janvier 1996 à avril 1996 (cf. pièce N° 3 CIAM). Dans ces conditions, c'est au plus tôt lors de la délivrance des actes de défaut de biens le 13 mars 1998 que la CIAM a su que l'employeur était insolvable et qu'elle subirait incontestablement un dommage (ATF 113 V 256 consid. 3).

En notifiant ses actions en réparation du dommage à l'encontre des défendeurs en date du 5 février 1999, la CIAM a agi dans le délai péremptoire d'un an prescrit par l'article 82, al. 1 RAVS et de cinq ans à compter du fait dommageable (ATF 129 V 193 ; 112 V 156). Les défendeurs ont formé opposition par courrier du 10 mars 1999, reçu par la CIAM le 12 mars 1999. La caisse a requis la mainlevée des oppositions formées par les défendeurs par acte du 14 avril 1999 ; compte tenu du fait que le délai de 30 jours est suspendu du 7ème jour avant Pâques au 7ème jour après Pâques inclusivement conformément à l'article 22a PA - étant établi que le 5 avril 1999 était le lundi de Pâques - force est de constater que la CIAM a saisi l'autorité de recours en temps utile (cf. art. 81, al. 3 RAVS).

3. 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).

Le Tribunal de céans prend acte, préalablement, de ce qu'une transaction est intervenue entre la demanderesse et le défendeur H_____ ; la CIAM a renoncé aux frais administratifs, aux taxes de sommation et aux intérêts moratoires et le défendeur a payé la somme de 10'801 fr. 15 pour solde de tout compte. Le Tribunal de céans constate que cette transaction concorde avec l'état de fait de la cause est qu'elle est conforme à la loi, de sorte qu'elle peut être entérinée (VSI 1999 p. 215 consid. 2b). Il s'ensuit que le litige opposant la demanderesse au défendeur H_____ devient sans objet.

4. Le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la CIAM en raison de la faillite de la société X_____ SA ; compte tenu du paiement effectué par Monsieur H_____, il s'élève actuellement à 17'556 fr. 40 et recouvre les cotisations paritaires impayées pour la période d'octobre à décembre 1994, juillet et août 1995, un complément de l'année 1995, et janvier à décembre 1996 (cf. pièces N° 11 et 12, CIAM ; courrier CIAM du 19 avril 2004).

   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; 108 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).

5. En l'espèce, Monsieur R_____ était inscrit au registre du commerce en qualité d'administrateur, au bénéfice d'une signature individuelle, dès le 12 avril 1996, jusqu'à la date de la faillite (cf. pièce N° 73, CIAM). Il avait ainsi indiscutablement la qualité d'organe de la société faillie.

   Le défendeur n'a pas contesté sa responsabilité, ni sa qualité d'organe de la société faillie. Tout au plus, dans le cadre de la présente procédure s'est-il borné à indiquer qu'il n'avait pu respecter l'engagement pris avec la caisse CIAM en juin 2003, sa situation financière étant plus que précaire. Ses allégués ne sauraient toutefois exclure sa faute au sens de l'article 52 LAVS.

   Le Tribunal de céans constate que le défendeur a fait l'objet de plusieurs menaces de dénonciation pénale avant d'être condamné, par ordonnance du Procureur général du 22 juillet 1998, à la peine de 20 jours d'emprisonnement, pour infraction

aux article 87, al. 3 LAVS et 26, let. b LAF (cf. pièce N° 66). Les divers plans de paiement consentis par la demanderesse n'ont pas été respectés. Force est de constater que le défendeur n'avait aucune raison objective et sérieuse de penser que son entreprise pourrait s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable. La longue période durant laquelle les cotisations paritaires ont été impayées démontre en effet que les difficultés de trésorerie de la société n'étaient pas que passagères. Pour le surplus, le défendeur n'a fait valoir aucun motif à l'appui de son opposition. Il n'a pas démontré non plus quelles mesures il aurait prises, propres à garantir la déclaration et le paiement des cotisations, alors qu'il en avait le devoir. En n'observant pas les obligations que lui imposait sa charge d'administrateur, il a agi par négligence grave. La responsabilité du défendeur au sens de l'article 52 LAVS est ainsi engagée et il répond du dommage.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :
statuant conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ

A la forme :

1. Reçoit la requête en mainlevée déposée par la demanderesse le 14 avril 1999 ;

Au fond :

2. Entérine la transaction passée entre la demanderesse et Monsieur H_____ ;

3. Constate en conséquence que le litige est devenu sans objet pour ce qui le concerne ;

4. Lève l'opposition formée par Monsieur R_____, à concurrence de la somme de 17'556 fr. 40 ;

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

6. Dit que la procédure est gratuite ;

7. 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: La Présidente :

Walid BEN AMER Juliana BALDE

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