



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1292/1998

ATAS/671/2004

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

2^{ème} chambre

du 31 août 2004

En la cause

CAISSE INTERPROFESIONNELLE D'AVS DE LA demanderesse
FEDERATION ROMANDE DES SYNDICATS PATRONAUX,
Rue de Saint-Jean 98, 1201 Genève

contre

H_____, Vers l'Eglise à **B**_____, comparant par Me Marc _____ défenseurs
FISCHER en l'étude duquel il élit domicile

J_____ **JP**_____, comparant par Me Olivier PECLARD en
l'étude duquel il élit domicile

J_____ **P**_____, comparant par Me Olivier PECLARD en
l'étude duquel il élit domicile

V_____, comparant par Me Roger MOCK en l'étude duquel il élit
domicile

Siégeant : Mme Isabelle Dubois, Présidente, Mmes Juliana BALDE et Maya CRAMER, juges.

EN FAIT

1. La société X_____ SA (anciennement Y_____ SA jusqu'en 1995) a été inscrite au registre du commerce du canton de Genève en 1988 avec comme but l'importation et l'exportation de matières premières et de produits manufacturés. Elle a été affiliée dès cette date auprès de la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des entreprises romandes FER-CIAM (ci-après la caisse) pour son personnel salarié, jusqu'à sa faillite, prononcée par jugement du Tribunal de première instance le 8 janvier 1996.
2. A cette date, la société était débitrice d'un montant de cotisations arriérées de 26'168 fr 05, correspondant aux cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC d'avril à juin, septembre à décembre 1993, un complément pour les années 1992 et 1993, frais administratifs, intérêts moratoires, frais de poursuite et taxe de sommation.
3. La liquidation de la faillite a été suspendue pour défaut d'actifs en date du 11 juillet 1997, suspension publiée dans la Feuille d'avis officielle du 30 juillet 1997. La clôture de la faillite a été prononcée le 30 septembre 1997.
4. Par décisions datées du 24 juin 1998, la caisse a réclamé la réparation de son dommage à Monsieur H_____, administrateur-président avec signature individuelle de novembre 1988 jusqu'à la dissolution de la société, JP_____, J_____, administrateur-secrétaire avec signature collective à deux, de novembre 1988 à septembre 1994, puis liquidateur jusqu'en décembre 1994, P_____, J_____, administrateur avec signature collective à deux, d'avril 1993 à avril 1994, Claude H_____, administrateur avec signature collective à deux, de décembre 1994 à février 1996, et V_____, administrateur avec signature collective à deux, de décembre 1994 jusqu'à la dissolution de la société.
5. Monsieur H_____ a fait opposition en date du 26 juin 1998, et Messieurs J_____ ont fait opposition, par l'intermédiaire de Z_____ SA, par pli du 3 juillet 1998.
6. La caisse a introduit en date du 3 août 1998 une action en réparation du dommage, demandant la mainlevée des oppositions formées par Messieurs H_____ et J_____.
7. Monsieur V_____ a fait opposition par pli postal du 7 septembre 1998. La caisse a introduit action à son encontre en date du 24 septembre 1998 concluant avant tout à l'irrecevabilité de l'opposition pour tardiveté, le délai étant échu au plus tard en date du 3 septembre 1998.

8. Les actions en demande de mainlevée ont été jointes sous le numéro de cause A/1292/1998.
9. Dans leur réponse du 8 septembre 1998, Messieurs J_____ demandent le déboutement de la caisse au motif que l'action serait prescrite au sens de l'article 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (ci-après RAVS), se fondant en cela sur un avis de droit de l'étude BONNANT WARLUZEL & ASSOCIES, joint à la réponse.

Dans sa réponse du 25 septembre 1998, Monsieur H_____ allègue préalablement que l'action de la caisse serait tardive, la suspension des délais ne s'appliquant pas à son action. Elle serait en outre prescrite selon l'article 82 RAVS, le délai partant en tout cas de la faillite de la société en janvier 1996. Sur le fond, il conclut à l'absence de toute responsabilité.

Dans sa réponse du 20 octobre 1998, Monsieur V_____ demande que son opposition soit déclarée recevable, au motif qu'il serait abusif d'en constater la tardiveté, car n'étant pas juriste, il ne pouvait apprécier la portée des délais de procédure. Sur le fond, il allègue que la société était déjà insolvable lorsqu'il est devenu administrateur, ce qui l'exculpe de toute responsabilité.

10. Vu la modification de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire, la procédure a été transmise d'office au Tribunal de céans, avec effet au 1^{er} août 2003.
11. Le Tribunal s'est adressé aux parties par pli du 3 mai 2004, vu l'ancienneté de la procédure, pour actualiser, cas échéant, le dommage de la caisse, et faire confirmer les différentes élections de domicile. Les parties ont répondu dans le courant du mois de mai. Monsieur V_____ a, par ailleurs, par pli du 17 mai 2004, allégué que la créance en réparation du dommage de la caisse était aujourd'hui prescrite puisqu'il s'était écoulé plus de 5 ans entre son écriture du 20 octobre 1998 à l'ancienne commission de recours, et l'instruction par le Tribunal de céans.
12. Le Tribunal a procédé à une audience de comparution des mandataires, en date du 22 juin 2004. Les mandataires des défendeurs ont indiqué soulever plusieurs questions de recevabilité, et, principalement, la péremption de l'action, puisqu'entre son dépôt le 3 août 1998 et la convocation du Tribunal, il s'était écoulé plus de 5 ans. Un délai a été fixé aux parties au 15 août 2004 pour écritures sur les questions de recevabilité, la cause devant être gardée à juger sur ces questions à cette date, une nouvelle comparution des mandataires étant à prévoir sur le fond.
13. Par écriture du 16 août 2004, les défendeurs se sont déterminés comme suit :
 - Monsieur V_____ a confirmé que selon lui l'action en réparation du dommage était prescrite, sans indiquer les bases sur lesquelles reposent son

argumentation. Il a conclu à la constatation de la péremption de l'action avec suite de dépens.

- Monsieur H_____ a repris son argumentation selon laquelle la caisse aurait pu se rendre compte en tout cas au moment de la faillite de ce que la société n'était plus en mesure de régler l'arriéré de cotisations, de sorte qu'elle aurait dû agir au plus tard le 1^{er} mars 1997. Il allègue que les cotisations concernées sont également atteintes de prescription puisqu'elles concernent des périodes échelonnées entre 1992 et fin décembre 1993. Il conclut à ce que l'action de la caisse soit déclarée irrecevable.
- Messieurs J_____ concluent à ce que l'action soit déclarée irrecevable pour tardiveté au sens de l'article 82 a RAVS, ou si mieux n'aime le Tribunal à ce que la caisse soit déboutée au motif de la prescription de sa créance, selon l'article 128, ch. 1 du code des obligations (ci-après CO), avec suite de dépens. S'agissant de l'article 82 RAVS, ils reprennent l'argumentation des autres défendeurs, selon laquelle la caisse connaissait son dommage, en tout cas au moment de la faillite, de sorte qu'elle n'a pas respecté le délai d'un an prescrit. Cela étant, la créance de cotisations paritaires étant une créance de droit public, et en l'absence d'une prescription positive particulière, le délai de prescription des créances de droit public devait être fixé selon la réglementation prévue pour les actions de droit civil, de sorte que les articles 127 et suivants du CO étaient applicables. Les cotisations paritaires de l'employeur étant dues mensuellement, il s'agit de redevances périodiques au sens de l'article 128, ch. 1 *in fine*, de sorte que la prescription est de 5 ans. La prescription court dès le jour de l'exigibilité du premier terme demeuré impayé, soit en l'espèce le 15 juillet 1994, échéant au 15 juillet 1999. Les articles 135 et 138 CO précisent certes que la prescription peut être interrompue, notamment à chaque nouvel acte judiciaire. Mais, aucun acte judiciaire n'étant intervenu entre le 3 août 1998 et le 3 mai 2004, il y a prescription définitive de la créance.

14. La caisse ne s'est pas déterminée sur la question dans le délai imparti.

15. Le Tribunal a adressé à chaque partie, par pli du 20 août 2004, un exemplaire des écritures de ses parties adverses, l'informant que la cause était gardée à juger sur incident.

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, composé de 5 juges,

dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T 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 1^{er} juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (arrêt 1P. 183/2004).

Egalement saisi de la question de l'inconstitutionnalité du Tribunal cantonal des assurances sociales, il a déclaré que la création de ce tribunal ne pouvait être remise en cause, vu la force dérogatoire du droit fédéral, soit en l'occurrence l'art. 57 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA).

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch.1 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946.

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. Le présent arrêt vise à trancher, préalablement à l'examen au fond et sur incident, les différentes questions soulevées par les parties en matière de recevabilité, de péremption et de prescription de l'action. Le Tribunal de céans examinera par conséquent successivement les questions suivantes : le respect par la caisse du délai d'un an de l'article 82, al. 1 RAVS (A), respectivement, du délai absolu de 5 ans à compter du fait dommageable (B); la recevabilité des oppositions de Messieurs J_____ et H_____ d'une part (C), et V_____ d'autre part (D); la recevabilité des actions en responsabilité/demande de mainlevée des oppositions de la caisse au regard de l'article 81, al. 3 RAVS (E); la péremption de l'action et/ou de la créance de la caisse (F).

A. Respect du délai d'un an de l'article 82 RAVS

L'article 82 RAVS, applicable à la présente cause à titre d'ancien droit (cf. ATF 127 V, page 467 et dispositions transitoires, art. 82, al. 1 LPGA), prévoit à son alinéa 1 ce qui suit : " 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 ait eu connaissance du dommage et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de 5 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 (RCC 1987, page 607, et RCC 1986 page 493). Le Tribunal fédéral des assurances (ci-après 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 page 75, RCC 1983 page 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer" (cf. FRITSCH : Schuldbetreibung und Konkurs, partie 2, 2^{ème} édition, page 112) d'où résulte la perte de la créance de la caisse. En cas de faillite, la connaissance du dommage ne remonte pas, sauf circonstances particulières, au jugement ordonnant la faillite, mais au moment où la collocation des créances lui est notifiée ou au moment où l'état de collocation et l'inventaire ont été déposés et peuvent être consultés (cf. ATF 119 V page 92; RCC 1990, page 415). Par ailleurs, il est de jurisprudence constante que lorsque la liquidation de la faillite est suspendue pour défaut d'actifs, le dommage est réputé survenu lors de la publication de la liquidation de la faillite (soit la publication de la suspension)(VSI 6 2003, page 435 et suivantes), car c'est à ce moment que la faillite est déclarée infructueuse de manière officielle (cf. également RCC 1990, page 302, et RCC 1978, page 260).

C'est donc à tort que les défendeurs allèguent que la caisse a agi tardivement, puisqu'en l'espèce, la liquidation de la faillite a précisément été suspendue pour défaut d'actifs, selon publication dans la FAO du 30 juillet 1997. Les décisions notifiées en date du 24 juin 1998 respectent donc le délai d'un an.

B. Respect du délai absolu de 5 ans de l'article 82 RAVS

De jurisprudence constante, le délai de péremption de 5 ans commence avec la réalisation du dommage. Le dommage est considéré comme subi aussitôt que l'on peut admettre que, pour des raisons juridiques ou de fait, les cotisations ne pourront plus être exigées. Ainsi, le jour où le dommage est causé correspond à celui de l'ouverture de la faillite de l'employeur, car dès ce moment, les cotisations en souffrance ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire (cf. ATF 123 V page 16, RCC 1991, page 404 et suivantes, les références citées).

La faillite ayant été déclarée en janvier 1996, le délai de 5 ans a été respecté par la prise d'une décision en réparation du dommage au mois de juin 1998. En outre, les cotisations n'étaient pas prescrites selon l'art. 16 LAVS.

C. Recevabilité des oppositions de Messieurs J_____ et H_____

Aux termes de l'article 81, al. 2 RAVS, l'employeur peut, dans les 30 jours dès la notification de la décision en réparation du dommage, former opposition auprès de la caisse de compensation contre ladite décision. De jurisprudence constante, les suspensions de délai prévues par la procédure administrative (22a PA) s'appliquent à ce délai d'opposition, de même qu'à celui de l'action de la caisse selon l'article 81, al. 3 RAVS (cf. ATFA du 27 février 1996, cause R.H. et ATFA du 12 juin 1998, cause MM; ATF 122 V, page 65).

Les oppositions déposées par Monsieur H_____ le 26 juin 1998 et Messieurs J_____ le 3 juillet 1998 respectent ce délai de 30 jours.

D. Recevabilité de l'opposition de M. V_____

Tel n'est en revanche pas le cas de l'opposition de Monsieur V_____, postée en date du 7 septembre 1998, alors que la décision en réparation du dommage lui a été notifiée par pli recommandé en date du 24 juin 1998. En effet, lorsque le destinataire d'un pli recommandé n'a pu être atteint, une invitation à retirer l'envoi est déposée dans sa boîte aux lettres. Le pli recommandé est alors réputé notifié au moment où il est retiré de l'office de poste, et s'il n'est pas retiré, au dernier jour du délai de garde de 7 jours. Le pli du 24 juin, notifié le lendemain, a donné lieu à un délai de garde de 7 jours partant le 26 juin, et échéant le 1^{er} juillet. Le délai a donc commencé à courir le 2 juillet, pour s'interrompre du 15 juillet au 15 août en application de l'article 22a PA et est échu au 1^{er} septembre. L'acte du 7 septembre est donc tardif, ce que Monsieur V_____ ne conteste d'ailleurs pas. Il considère cependant qu'il ne peut lui être reproché de ne pas avoir saisi l'importance du délai, puisqu'il n'est pas juriste. Cet argument ne saurait être retenu. Le délai d'opposition est indiqué sur la décision et ne suppose pas une argumentation juridique complexe, mais un simple courrier, voire une opposition orale. Par conséquent, l'opposition de Monsieur V_____ du 7 septembre 1998 sera déclarée irrecevable. Partant, l'action de la caisse à son encontre, du 24 septembre 1998, devient sans objet.

E. Respect du délai de 30 jours pour le dépôt de l'action de la caisse selon l'article 81, al. 3 RAVS :

Pour les motifs exposés ci-dessus, les actions de la caisse, respectivement des 3 août 1998 suite aux oppositions des 26 juin et 3 juillet 1998, et 24 septembre 1998 suite à l'opposition du 7 septembre 1998, ont été faites dans les délais. Les actions sont donc recevables à la forme.

F. De la péremption de l'action et/ou de la créance sur 5 ans :

Selon l'argument soulevé par Monsieur V_____, et repris par Messieurs J_____, l'action de la caisse, ou la créance en cotisations de la caisse, serait prescrite dans la mesure où un délai de plus de 5 ans s'est écoulé entre le dépôt de l'action d'une part, et l'instruction par le Tribunal de céans. Ce point de vue est manifestement erroné. Certes, le Tribunal fédéral a-t-il décidé, comme le relèvent les défendeurs, qu'en l'absence d'une prescription positive particulière, le délai de prescription des créances de droit public devait être fixé en s'inspirant de la réglementation prévue pour les actions de droit civil (JDT 1960, partie 1, page 59 et suivantes). De même a-t-il eu l'occasion de rappeler qu'en l'absence de toute disposition légale au sujet du temps dans lequel se prescrivent certaines réclamations de droit public, les articles 127 et suivants CO s'appliquaient de sorte que la prescription est de 10 ans lorsque l'action tend au remboursement de prestations non périodiques et de 5 ans lorsqu'elle vise la restitution de contributions périodiques (ATF 83 I 212).

Mais si ces prémisses sont correctement énoncées, force est de constater que les défendeurs en tirent des conclusions, en l'espèce, erronées. Car précisément, la condition première énoncée par le Tribunal fédéral à l'application des règles de prescriptions susmentionnées est l'absence d'une prescription positive particulière. Or, le droit fédéral en matière d'assurance-vieillesse, survivants prévoit précisément une telle disposition légale à l'article 81 RAVS, qui règle exhaustivement la question de la prescription du droit de demander la réparation. La jurisprudence a eu l'occasion de confirmer qu'en conséquence, "en faisant valoir à temps la demande de réparation (i.e. selon l'article 82 RAVS), le droit reste garanti une fois pour toute pendant que la plainte est en instance. Ce n'est qu'après la conclusion passée en force de la procédure qu'intervient la prescription de l'exécution, l'article 16, al. 2 LAVS étant applicable par analogie" (RCC 1991, page 136 et références citées). Ainsi, l'article 138, al. 1 CO, selon lequel la prescription interrompue par l'effet d'une action ou d'une exception recommence à courir durant l'instance, à compter de chaque acte judiciaire des parties et de chaque ordonnance ou décision du juge, n'est pas applicable s'agissant d'un délai de péremption qui, précisément, n'est pas susceptible d'être interrompu par la volonté des parties. Les délais de l'article 82 RAVS sont respectés par le seul prononcé d'une décision en réparation (RCC 1991, page 457 et ATFA du 7 avril 1993, cause CB, DD).

A noter par ailleurs que contrairement à ce qu'indiquent les défendeurs, ce n'est pas la créance de cotisations qui fait l'objet du présent litige, mais une créance en réparation du dommage pour non paiement de ces cotisations et les frais y relatifs, créance qui n'est donc pas de la nature des prestations périodiques mentionnées par l'article 128 CO.

En conclusion, par sa décision en réparation du dommage du 24 juin 1998, puis par son action du 3 août 1998, la caisse a définitivement interrompu la prescription relative à sa créance.

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

STATUANT SUR INCIDENT

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

1. Constate que la caisse a agi dans les délais prévus par l'article 82 RAVS.
2. Déclare recevable les oppositions de Messieurs J _____ du 3 juillet 1998 et de Monsieur H _____ du 26 juin 1998.
3. Déclare irrecevable pour cause de tardiveté l'opposition de Monsieur V _____ du 7 septembre 1998.
4. Constate que l'action en responsabilité déposée par la caisse le 3 août 1998 en mainlevée des oppositions de Messieurs J _____ et H _____ est recevable.
5. Constate que l'action en responsabilité déposée par la caisse le 24 septembre 1998 en mainlevée de l'opposition de Monsieur V _____ est devenue sans objet.
6. En conséquence, la raye du rôle.
7. Rejette l'incident de péremption de l'action et/ou de la créance de la caisse au sens des articles 127 et suivants CO.
8. Réserve la suite de la procédure.
9. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 10 jours dès sa notification par plis 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 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 :

Pierre Ries

Isabelle Dubois

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