RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1344/2001 **ATAS/707/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

5ème Chambre

du 8 septembre 2004

En la cause

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, route de Chêne 54, case postale 360, 1211 GENEVE 29,	Demanderesse en mainlevée d'opposition

contre

Monsieur M_____, comparant par Maître Adrian HOLLOWAY, en l'étude duquel il élit domicile.	Défendeurs
Monsieur B_____, comparant par Maître Adrian HOLLOWAY, en l'étude duquel il élit domicile.	Anciens administrateurs de X_____SA
Monsieur P_____,	Appelé en cause

Siégeant : Mme Maya CRAMER, Présidente, Mme Juliana BALDE et Mme Karine STECK, juges.

EN FAIT

1. L'établissement M_____ SA (ci-après la société) a été fondé à Genève en 1987 et avait pour but social notamment l'exploitation d'un commerce d'appareils électroménagers.

2. La société était notamment administrée du 21 août 1996 jusqu'à sa faillite par Monsieur P_____, président avec signature individuelle, du 11 novembre 1992 jusqu'au 27 septembre 1999 par Monsieur B_____, avec signature collective à deux, et du 11 novembre 1992 au 3 août 1999 par Monsieur M_____, avec signature collective à deux également.

3. Depuis novembre 1998, la société a cessé de verser des cotisations, de fournir les renseignements nécessaires pour établir des décomptes et a omis de retourner l'attestation des salaires 1999.

4. Les procédures de poursuites entamées à son encontre n'ont pas permis de recouvrer les cotisations.

5. Le 25 octobre 1999, la faillite de la société a été prononcée.

6. En date du 13 mars 2000, la liquidation de cette faillite a été suspendue pour défaut d'actif.

7. Le 20 février 2001, la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la caisse) a réclamé à titre de réparation de son dommage, en application de l'art. 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS), à Monsieur P_____ la somme de 26'481 fr. 20 représentant les cotisations paritaires impayées au 30 septembre 1999, y compris les frais et les intérêts moratoires, à Monsieur B_____ la somme de 17'610 fr. 20 pour les cotisations impayées au 31 août 1999 et à Monsieur M_____ la somme de 16'094 fr. 40 pour les cotisations impayées au 31 juillet 1999. Dans ses décisions, la caisse a déclaré ces derniers solidairement responsables à concurrence de la somme due.

8. Par actes parvenus à la caisse le 13 mars 2001, Messieurs B_____ et M_____ ont formé opposition. Ils ont fait valoir que Monsieur P_____ avait provoqué une faillite frauduleuse et estimaient dès lors qu'il appartenait à la caisse d'intervenir directement auprès de ce dernier.

9. Le 10 avril 2001, la caisse a ouvert devant la Commission cantonale de recours AVS-AI-APG-PCF-PCC-RMCAS (ci-après : commission de recours) une action en

responsabilité selon l'art. 52 LAVS contre Monsieur M_____ et Monsieur B_____ en concluant à la levée des oppositions formées par ces derniers contre ses décisions de réparation du dommage du 20 février 2001. Elle a fait valoir que les intimés avaient causé un préjudice à la caisse par un comportement dénotant une négligence grave, de sorte que leur responsabilité selon l'art. 52 LAVS était engagée.

10. Dans leur détermination du 28 mai 2001, Messieurs B_____ et M_____ concluent, par l'intermédiaire de leur conseil, préalablement, à l'apport du dossier de la faillite de l'X_____ SA et principalement à la constatation que l'action en responsabilité de la caisse est prescrite. Ils allèguent que Monsieur P_____ était le principal animateur de la société depuis 1992 et qu'aucun des autres administrateurs n'avaient d'activités dans la société. Quant à Monsieur M_____, il a accepté le poste d'administrateur à la demande de son père et en raison de la nationalité française de Monsieur P_____, qui était à l'époque administrateur de la société. Par la suite, la gestion de l'entreprise a été reprise par le fils de ce dernier, Monsieur P_____, gestion qui s'est révélée calamiteuse. Celui-ci n'a jamais tenu informés les autres administrateurs de la situation financière de la société qu'il gérait et n'a pas non plus convoqué le conseil d'administration ni présenté le bilan à ceux-ci. Monsieur M_____ s'est adressé à Monsieur P_____ à de nombreuses reprises afin d'être renseigné sur la situation financière de la société. Devant l'impossibilité d'obtenir ces informations, il a démissionné de son poste d'administrateur et requis le 23 août 1999 la radiation de ses pouvoirs inscrits au registre du commerce. En outre, les intimés font valoir que la caisse a eu connaissance de son dommage déjà à l'ouverture de la faillite en date du 12 novembre 1999, dans la mesure où la société était insolvable. Par conséquent, dès lors que le délai pour intenter une action en responsabilité n'est que d'une année, ils estiment que la demande formée dans ce sens par la caisse en date du 10 avril 2001 est prescrite. Pour le surplus, ils allèguent avoir commis ni faute intentionnelle ni négligence grave, dans la mesure où la gestion de l'entreprise était confiée à Monsieur P_____.

11. Par lettre du 19 janvier 2002, la caisse a communiqué à Monsieur M_____ qu'elle avait revu les cotisations 1999, afin qu'elles correspondent aux montants des salaires réellement versés, et que sa part due et échue au 30 juin 1999 s'élevait à 8'150 fr. 75. Elle a ainsi réduit sa prétention contre ce dernier pour les années 1998-1999 à 14'768 fr. 80.

12. Entendu en audience de comparution personnelle en date du 22 octobre 2003 par le Tribunal de céans, auquel les causes pendantes devant la Commission de recours ont été transmises à la suite de sa création et de son entrée en fonction en date du 1er

août 2003, Monsieur B_____ a déclaré n'avoir jamais réussi à joindre Monsieur P_____, ni par téléphone, ni en se rendant directement dans le magasin. Celui-ci ne lui avait pas non plus soumis les bilans de 1997 et 1998. Il a admis n'avoir exercé aucun contrôle sur les activités de Monsieur P_____ et qu'il se considérait comme un administrateur sur papier uniquement. Dans le courant de l'été 1999, Monsieur M_____ l'avait averti que les affaires de la société allaient mal et lui avait conseillé de se retirer en tant qu'administrateur.

Quant à Monsieur M_____, il ne s'est pas présenté à l'audience de comparution personnelle à laquelle il a également été convoqué. Son conseil n'a toutefois pas contesté que son mandant ne s'était jamais préoccupé réellement et activement de la situation financière de la société.

13. La caisse a déclaré qu'elle n'était pas opposée à accorder des facilités de payements pour les cotisations dues et qu'elle était d'accord de limiter sa demande de mainlevée de l'opposition formée par Monsieur M_____ au montant de 14'768 fr. 80. Elle s'est engagée à l'audience à faire parvenir au Tribunal de céans un décompte détaillé de sa créance contre Monsieur B_____, après éventuelles rectifications sur la base des fiches de salaires qui lui étaient parvenues ultérieurement.

14. Par son courrier du 7 janvier 2004, la caisse a communiqué au Tribunal de céans que les cotisations paritaires dues au 31 août 1999, y compris les frais de sommation et de poursuite ainsi que les intérêts moratoires, s'élevaient à 18'306 fr. 80.

15. Interpellée au sujet de la différence entre les différents calculs effectués par la caisse, celle-ci a communiqué le 9 février 2004 que les sommes dues pour 1998 s'élevaient à 6'781 fr. 10 et au 30 juin 1999 à 8'150 fr. 75. La différence provenait du fait qu'une partie des frais n'avait pas été prise en compte en 1998 et que les calculs avaient été effectués, dans un premier temps, par déduction du total des périodes non prises en compte.

16. Par courrier du 13 mars 2004, le conseil des intimés s'est prononcé sur les dernières explications de la caisse et s'est contenté de relever que les calculs de celle-ci étaient bien approximatifs.

17. Par ordonnance du 9 juin 2004, le Tribunal de céans a ordonné l'appel en cause de Monsieur P_____ et lui a fixé un délai au 16 août 2004 pour se déterminer. Celui-ci n'a ni fait recours contre cette décision, ni pris des conclusions dans la présente procédure.

EN DROIT

1. 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, 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 1er 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. 3 al. 3 des dispositions transitoires de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la LOJ, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi précitée et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'AVS ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales. La compétence du Tribunal de céans est dès lors établie pour connaître du présent litige.

3. 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).

4. Conformément à l'art. 80 al. 3 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS), la caisse de compensation qui maintient sa décision en réparation du dommage doit porter le cas par écrit devant l'autorité de recours compétente dans un délai de trente jours à compter du moment où elle a eu connaissance de l'opposition des parties mises en cause.

   En l'occurrence, les oppositions des défendeurs sont parvenues à la caisse le 13 mars 2001. La demande que celle-ci a déposée le 10 juillet 2001 est par conséquent recevable.

5. a) Aux termes de l'art. 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. 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 128 V 12 consid. 5a, 17 consid. 2a, 126 V 451 consid. 2a, 121 III 388 consid. 3b**)**. 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.

   Lorsque la liquidation de la faillite a été suspendue faute d'actif, le moment de la connaissance du dommage au sens de la loi coïncide avec celui auquel la liquidation de la faillite est suspendue pour défaut actif, selon la jurisprudence constante en la matière (ATF 128 V 10 12 consid. 5a ; Josée QUENET, La procédure en réparation du dommage : un outil juridique efficace, dans Aspects de la sécurité sociale 2003, p. 46 ; RCC 1990 p. 305 s).

   b) En l'occurrence, la liquidation de la faillite a été suspendue pour défaut d'actif en date du 13 mars 2000. Par conséquent, la demande du 10 avril 2001 de la démanderesse en réparation de son dommage respecte le délai d'un an de l'art. 82 al. 1 RAVS.

6. 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 (cf. RCC 1989, page 117).

   En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse, en raison de la faillite de M_____ SA. La caisse a limité sa créance, en ce qui concerne Monsieur M_____ au montant de 14'768 fr. 80, représentant les cotisations paritaires impayées au 30 juin 1999, y compris les frais et les intérêts moratoires. Ce montant n'est pas contesté par ce dernier.

   S'agissant de Monsieur B_____, la caisse lui a réclamé la somme de 17'610 fr. 20, représentant les cotisations paritaires impayées au 31 août 1999. Le Tribunal de céans constate à cet égard que le dommage réclamé par la caisse représentait une estimation, dès lors qu'elle n'avait pas reçu les attestations de salaires versés durant 1999 par la société faillie. En réalité, le dommage est supérieur au montant réclamé ; en effet, la masse salariale pour 1998 et au 31 août 1999 se montait à 219'113 fr. 30, de sorte que les cotisations impayées s'élevaient, y compris les frais et intérêts moratoires, à 18'306 fr. 80. Toutefois, la caisse ne peut pas augmenter les montants réclamés en cours de procédure (Josée QUENET, op.cit., p. 47), de sorte qu'il convient de se tenir au montant de 17'610 fr. 20 faisant l'objet de la demande de la caisse.

7. L'art. 14 al. 1 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, page 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, 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).

De jurisprudence constante, 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).

Le Tribunal de céans rappelle que l'art. 716 a) al. 1 CO, en vigueur depuis le 1er juillet 1992, énumère les attributions intransmissibles et inaliénables des membres du conseil d'administration. En font partie l'exercice de la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les règlements et les instructions données. Dans le cadre de l'exercice de cette haute surveillance, l'administrateur répond, comme sous le régime de l'ancien droit de la société anonyme, de la cura in custodiendo (Adrian KAMMERER, Die unübertragbaren und-unentziebaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Thèse Zurich, 1997 p. 226). C'est ainsi qu'il a non seulement le devoir d'assister aux séances du conseil d'administration, mais également l'obligation de se faire renseigner périodiquement sur la marche des affaires (KAMMERER, op. cit., p. 186). Il est tenu de prendre les mesures appropriées lorsqu'il a connaissance ou aurait dû avoir connaissance d'irrégularités commises dans la gestion de la société (FORSTMOSER/MEYER-HAYOZ/KNOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, § 30 note 49).

Le fait que l'administrateur ne soit pas en mesure d'exercer ses fonctions, parce que la société est dirigée en fait par d'autres personnes, ou qu'il ait accepté son mandat à titre fiduciaire dans le seul but de permettre au conseil d'administration de satisfaire aux exigences de l'art. 708 al. 1 CO, selon lequel la majorité des membres du conseil d'administration doivent être de nationalité suisse et avoir le domicile en Suisse, n'est pas un motif de suppression ou d'atténuation de la faute commise (Jean-François EGLI, Aperçu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative à la responsabilité des administrateurs de société anonyme, in Publication Cedidac 8 1997, p. 32).

Les difficultés financières, même si l'administrateur de la société n'en est pas responsable, ne le déchargent en principe pas de sa responsabilité, dès lors que, selon la jurisprudence, l'entreprise doit payer seulement les salaires à concurrence

du montant qui lui permet de verser parallèlement les cotisations paritaires nées ex lege (cf. ATF non publié du 4 mars 2004 en la cause H34/02 consid. 5.2).La disculpation de l'employeur pourrait toutefois être admise, s'il avait des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter des cotisations dans un délai raisonnable.

Selon la jurisprudence constante, la responsabilité des administrateurs d'une société anonyme est à apprécier avec plus de sévérité, compte tenu de l'organisation juridique et des devoirs de diligence auxquels sont astreints les membres du conseil d'administration.

Le fait d'accepter ou de conserver un mandat d'administrateur, alors même qu'on n'a pas les compétences suffisantes, est considéré comme une faute, voire une faute grave. En effet, l'homme ou la femme de paille qui omet d'exercer ses droits de contrôle agit par négligence grave (ATF 122 III 200 consid. 3b ; ATF 112 V 3 consid. 2b).

8. En l'occurrence, aussi bien Monsieur B_____ que Monsieur M_____ ont admis de ne pas s'être préoccupés réellement et activement de la situation financière de la société. Ils n'ont exercé aucun contrôle sur les activités de Monsieur P_____ qui était chargé exclusivement de la gestion de l'entreprise.

   Cela étant, en vertu de la jurisprudence précitée, il convient d'admettre qu'ils ont gravement négligé leur devoir d'administrateur d'une société anonyme. Par conséquent, leur responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS doit être admise.

9. Au vu de ce qui précède, il convient de lever l'opposition formée par Monsieur B_____. Celle formée Monsieur M_____ sera levée à concurrence de 14'768 fr. 80.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

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

A la forme :

Déclare recevable la demande de la Caisse cantonale genevoise de compensation de lever les oppositions formées par Messieurs M_____ et B_____ ;

Au fond :

1. L'admet ;

2. Lève l'opposition formée par Monsieur B_____ ;

3. Lève l'opposition formée par Monsieur M_____ à concurrence de 14'768 fr. 80 ;

4. Dit que la procédure est gratuite ;

5. 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 :
Yaël BENZ	Maya CRAMER

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