RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1345/2001 **ATAS/690/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 25 août 2004

5ème Chambre

En la cause

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'AVS DE LA FEDERATION ROMANDE DES SYNDICATS PATRONAUX (FER CIAM), rue de Saint-Jean 98, case postale 5278, 1211 Genève 11	**Demanderesse en mainlevée d'opposition**

Contre

Monsieur C_____, , (ex-administrateur de X_____ SA, Equipements sportifs C_____, en liquidation).	**Défendeur**

Siégeant : **Monsieur Jean-Louis-BERARDI, Président, Madame Juliana BALDE et Madame Isabelle DUBOIS, Juges.**

EN FAIT

1. X_____ SA, EQUIPEMENTS SPORTIFS C_____ (jusqu'au 21 janvier 1991 : Y_____ SA) était affiliée en qualité d'employeur à la Caisse interprofessionnelle d'assurance-vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux (aujourd'hui : Fédération des entreprises romandes Genève, ci-après : FER CIAM) dès le 31 mai 1989.

   La société employait cinq personnes, dont Monsieur C_____ et son épouse (pièce 4, dem.)

2. Du 24 janvier 1991 au 21 mars 1998, date du prononcé de la faillite, Monsieur C_____ en a été l'administrateur unique, avec signature individuelle.

3. L'état de collocation a été publié dès le 13 septembre 2000. Lors de son passage auprès de l'office des faillites (27 septembre 2000), le représentant de la FER CIAM a constaté qu'aucun dividende ne serait attribué aux créanciers de 3ème classe.

4. Par décision du 30 août 2001, la FER CIAM a informé Monsieur C_____ de ce qu'elle le rendait responsable du préjudice qu'elle avait subi dans la faillite, soit Fr. 6'830.25. Ce montant se rapporte aux cotisations sociales arriérées dues en application de l'art. 52 LAVS, pour les périodes d'avril à décembre 1997 et complément janvier à décembre 1997, y compris les intérêts moratoires, les frais de gestion et les taxes de sommation arrêtés au jour de la faillite.

5. Dans son opposition du 22 septembre 2001 (postée le 25 septembre suivant, et reçue par la caisse le lendemain), Monsieur C_____ s'est étonné de recevoir la décision litigieuse, au motif qu'il n'avait à aucun moment été reconnu comme responsable de cette faillite et n'avait jusqu'alors jamais reçu un quelconque document relatif à celle-ci. Il indiquait par ailleurs se trouver au chômage depuis le 1er novembre 1997.

6. Par lettre du 8 octobre 2001, la FER CIAM a demandé à Monsieur C_____ de lui communiquer divers documents utiles à l'examen de sa situation financière, cela afin de se déterminer quant au maintien, ou non, de sa décision en réparation du dommage.

   L'intéressé n'a pas réagi à cette invitation.

7. Par acte du 24 octobre 2001, la FER CIAM a saisi la Commission cantonale genevoise de recours en matière d'AVS (aujourd'hui : Tribunal cantonal des assurances sociales), en concluant à la mainlevée de l'opposition formée par le prénommé. La demanderesse a exposé que X_____ SA, EQUIPEMENTS SPORTIFS C_____ était dès le début en difficulté financière, puisque, dès le trimestre de cotisations d'avril à juin 1992, la société n'avait pu régler les cotisations dans les délais légaux ; les créances des trois derniers trimestres de l'année 1992 avaient été remises à contentieux ; le trimestre de cotisations d'octobre à décembre 1992 avait fait l'objet d'une procédure de poursuite. En 1994 et 1995, deux trimestres de cotisations avaient été payés tardivement. Dès 1996, les créances de cotisations trimestrielles avaient été remises à contentieux en vue de recouvrement. Dès le trimestre de cotisations d'avril à juin 1997, plus aucune cotisation n'avait été payée, - à l'exception des cotisations retenues aux salariés et celles dues au régime des allocations familiales pouvant faire l'objet d'une procédure pénale. Par ailleurs, à plusieurs reprises, entre 1994 et 1996, X_____ SA avait sollicité et obtenu de la caisse des délais de paiement, invoquant à chaque fois des difficultés financières (Note du Tribunal : cf. requêtes des 24 avril, 25 juillet et 12 décembre 1994, des 18 juillet et 24 octobre 1995, ainsi que des 18 et 31 janvier 1996 : pièces 22 à 27, dem.). Enfin, estimant que le défendeur aurait dû se rendre compte que lesdites difficultés étaient « *plutôt* » de nature à l'empêcher de remplir ses obligations d'employeur en matière d'assurances sociales, la caisse a estimé que celui-ci avait commis une négligence grave dès lors qu'il savait que l'entreprise courait à la faillite et qu'il ne pourrait pas respecter le règlement des cotisations AVS. Au surplus, l'intéressé n'avait fait état d'aucun motif de nature à le dégager de sa responsabilité, ni donné aucune

explication pouvant justifier qu'il pourrait s'acquitter ultérieurement, dans des délais prévisibles, des cotisations dues.

8. Dans sa détermination du 13 novembre 2001, Monsieur C_____ a précisé que la société l'avait engagé comme administrateur/directeur au début 1991. A l'époque, les affaires étaient dures et l'étaient devenues de plus en plus. L'arrivée de concurrents étrangers, qui n'employaient pas de personnel et n'avaient ni charges sociales ni impôts à payer, ne permettait plus de « *continuer la lutte* ». Aussi, à fin 1997, tout le personnel avait été licencié et, une fois le bilan et compte de résultats de l'exercice 1997/1998 établi, il avait requis la mise en faillite de la société au printemps 1998.

9. Par envoi du 2 juin 2004, la FER CIAM a transmis au Tribunal de céans un acte de défaut de biens du 3 juin 2004, d'où il ressort que le failli reconnaît la créance de la caisse correspondant au « solde cotisations 1997 ».

10. A la demande du Tribunal, Monsieur C_____ a versé à la procédure les bilans comptables et les comptes de pertes et profits de X_____ SA pour les exercices 1995 à 1998, ainsi que les rapports correspondants de l'organe de révision. Selon le rapport du réviseur du 29 mai 1996, le déficit cumulé au 31 janvier 1996 dépasse la moitié du capital-actions, si bien que l'art. 725. al. 1 CO devenait applicable. Toutefois, l'actionnaire unique ayant établi une remise conditionnelle de dette en faveur de la société (débitrice de ce dernier à hauteur de Fr. 200'000.- environ), le réviseur a recommandé d'approuver les comptes annuels, lesquels présentaient un déficit au bilan de Fr. 178'539.35. Par ailleurs, au 31 janvier 1997, ce déficit était passé à Fr. 211'378.25, situation qui requérait l'avis au juge. Le réviseur accordait en outre à l'administrateur un délai au 31 octobre 1997 pour la mise en liquidation de la société (rapport du 19 septembre 1997).

11. Lors de l'audience de comparution personnelle du 10 juin 2004, Monsieur C_____ a précisé avoir été également actionnaire unique de la société et s'être s'occupé seul de la gestion des cotisations sociales. Afin de pouvoir s'acquitter des cotisations sociales en souffrance, il avait régulièrement sollicité, et obtenu, des délais de paiement. Entre fin 1995 et fin 1997, les salaires des

employés avaient été en partie payés par l'assurance-chômage dans le cadre de la réduction de l'horaire du travail. Suite au refus de la caisse de chômage de prolonger le versement des indemnités pour perte de gain, le défendeur avait dû se résoudre à licencier le personnel pour la fin de l'année 1997. Avec la faillite de l'entreprise, il avait perdu Fr. 200'000.- environ, montant qu'il avait prêté à X_____ SA. A sa connaissance, enfin, les cotisations litigieuses avaient été réglées. Il n'avait toutefois pas pu obtenir les justificatifs auprès de l'Office des faillites.

A l'issue de cette audience, d'entente entre les parties, le Tribunal a invité le défendeur à communiquer à la caisse les renseignements demandés dans sa lettre du 8 octobre 2001 (cf. supra, § 6), afin que celle-ci puisse se déterminer quant à un éventuel retrait de son action en réparation du dommage. Après avoir reçu les documents requis, la FER CIAM, par courrier du 16 juillet 2004, a indiqué qu'elle maintenait ses prétentions.

12. Les autres faits et moyens de la cause seront examinés, en tant que de besoin, dans les considérants juridiques qui suivent.

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. Entrée en vigueur le 1er janvier 2003, la LPGA a entraîné la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'art. 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS : RS 831.10) et les art. 81 et 82 du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS : RS 831.101) 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 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 du 30 août 2001 (ATF 127 V 467 consid.1, 121 V 366 consid. 1b ; cf. également dispositions transitoires : art. 82 al. 1 LPGA).

3. Aux termes de l'art. 82 al. 1 RAVS, le droit de demander la réparation du 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 (al. 1). 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 (al. 2). En dépit de la terminologie dont use l'art. 82 RAVS, les délais institués par cette norme ont un caractère péremptoire, si bien qu'il convient d'examiner d'office la question de leur respect (ATF 126 V 451 consid. 2a, 121 III 388 consid. 3b et les références).

   Par moment de la «connaissance du dommage» au sens de l'art. 82 al. 1 RAVS, il faut entendre, en règle générale, le moment où la caisse de compensation aurait dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances effectives ne permettaient plus d'exiger le paiement des cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (ATF 126 V 444 consid. 3a).

   En cas de faillite, la jurisprudence admet généralement qu'il existe une connaissance suffisante du dommage lorsque les créanciers ont été avisés de la collocation des créances ou que l'état de collocation peut être consulté (VSI 2003 p. 99 ; ATF 126 V 444 consid. 3a).

4. En l'espèce, l'état de collocation a été déposé le 13 septembre 2001 et la FER CIAM l'a consulté le 27 septembre suivant. A cette occasion, la caisse a pu constater que sa créance avait été admise et qu'aucun dividende n'était prévisible pour les créances de 3ème classe (pièce 13, dem.). Force est ainsi d'admettre que la décision en réparation de dommage du 30 août 2001 a été envoyée au défendeur dans le délai annuel prévu par l'art. 82 al. 1 RAVS.

Monsieur C_____ a fait opposition par courrier du 22 septembre 2001, posté le 25 septembre et reçu le lendemain. La demanderesse en a requis la mainlevée par acte du 24 octobre 2001.

Formées dans le délai légal de trente jours (art. 81 al. 2 et 3 RAVS), tant l'opposition que la requête en mainlevée sont donc recevables.

5. En vertu de l'art. 52 LAVS, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse de compensation est tenu à réparation. Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom (ATF 123 V 15 consid. 5b, 122 V 66 consid. 4a, 119 V 405 consid. 2 et les références).

5.1 L'art. 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 ss RAVS, prescrit que l'employeur doit déduire, lors de chaque paie, la cotisation du salarié et verser celle-ci à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation. Les employeurs doivent remettre périodiquement aux caisses les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances a déclaré, à réitérées reprises, que celui qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 195 consid. 2a et les références).

5.2 Selon la jurisprudence, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui manque de l'attention qu'une personne raisonnable aurait observée dans la même situation et dans les mêmes circonstances. La mesure de la diligence requise s'apprécie d'après le devoir de diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie que celle de l'intéressé. En présence d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions. 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).

5.3 Il n'y a obligation de réparer le dommage, dans un cas concret, que s'il n'existe aucune circonstance justifiant le comportement fautif de l'employeur ou excluant l'intention et la négligence grave. A cet égard, on peut envisager qu'un employeur cause un dommage à la caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions en matière d'AVS, sans que cela entraîne pour autant une obligation de réparer le préjudice. Tel est le cas lorsque l'inobservation des prescriptions apparaît, au vu des circonstances, comme légitime et non fautive (ATF 108 V 186 consid. 1b, 193 consid. 2b; RCC 1985 p. 603 consid. 2, 647 consid. 3a). Ainsi, il peut arriver qu'en retardant le paiement de cotisations, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie, par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie. Mais il faut alors, pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'art. 52 LAVS, que l'on puisse admettre que l' employeur avait, au moment où il a pris sa décision, des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable (ATF 108 V 188; RCC 1992 p. 261 consid. 4b).

5.4 Il appartient à l'employeur de faire valoir des motifs justifiant ou excusant son comportement, à charge pour lui d'en rapporter la preuve en vertu de son devoir de collaborer à l'établissement des faits (art. 81 al. 2 LAVS). Pour sa part, la caisse de compensation examinera, en application du principe de l'instruction d'office, les moyens soulevés par l'employeur (ATF 108 V 189 consid. 2c).

6. En l'espèce, Monsieur C_____ a reconnu - à juste titre - sa qualité d'organe (cf. art. 754 al. 1 CO), et avoir retenu, en cette qualité, le paiement des cotisations sociales litigieuses, contrairement à ses obligations légales. Il prétend néanmoins avoir finalement réglés lesdites cotisations. Toutefois, le défendeur n'établit pas ce fait à satisfaction de droit, - qui ne ressort d'ailleurs pas du dossier -, si bien qu'il convient de rejeter son objection à cet égard. Au demeurant, il résulte de l'acte de défaut biens du 3 juin 2004 que l'administrateur a reconnu la créance de la caisse correspondant au « solde cotisations 1997 ».

6.1 Comme l'a relevé la caisse, l'intéressé n'a invoqué aucun motif de nature à le dégager de sa responsabilité selon l'art. 52 LAVS. En particulier, il n'a donné aucune explication pouvant justifier qu'il pourrait s'acquitter ultérieurement, dans des délais prévisibles, des cotisations dues. D'ailleurs, au vu en particulier des divers délais de paiement sollicités par Monsieur C_____ dès le 24 avril 1994, ainsi que des pertes cumulées de Fr. 211'378.25 au 31 janvier 1997, les difficultés de trésorerie que connaissait la société n'étaient manifestement pas passagères, mais durables, si bien que la jurisprudence précitée (supra, consid. 5.3) ne saurait s'appliquer en faveur du défendeur.

6.2 Le fait que celui-ci ait personnellement consenti de grands sacrifices financiers (investissement personnel de près de Fr. 200'000.-) atteste tout au plus que, subjectivement, il croyait à la reprise des affaires et au redressement de la société; ce fait n'établit toutefois en rien qu'il avait, au moment où il a pris la décision de différer le paiement des cotisations sociales, des raisons suffisantes de penser que la société pourrait rembourser celles-ci dans un délai raisonnable (cf. ATF 108 V 188; RCC 1992 p. 261 consid. 4b)

De surcroît, Monsieur C_____ a laissé en souffrance la créance de la caisse au profit en particulier de son salaire d'administrateur et celui de son épouse. Or, dans des situations de ce genre, c'est-à-dire lorsqu'un administrateur sauvegarde en priorité ses intérêts, sa responsabilité doit s'apprécier avec une extrême rigueur (ATF 113 II 57, RCC 1992, p. 259, consid. 4b).

A cela s'ajoute que, selon les explications du défendeur, il a poursuivi l'exploitation de son entreprise grâce aux indemnités versées en faveur du personnel, par l'assurance-chômage, au titre de la réduction de l'horaire de travail, durant deux années, de fin 1995 à fin 1997, et plus particulièrement pendant la période afférente aux cotisations litigieuses (avril à décembre 1997). Or, en pareille situation, la loi impose expressément à l'employeur de continuer à payer intégralement les cotisations aux assurances sociales prévues par les dispositions légales comme si la durée de travail était normale (art. 37 let. c de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité, RS : 837.0).

Enfin, il est indifférent que les cotisations réclamées par la caisse se rapportent, pour une partie d'entre elles, uniquement à la part patronale. En effet, il est de jurisprudence constante que la responsabilité de l'employeur porte aussi bien sur la part salariale que sur la part patronale des cotisations impayées (ATFA du 22 août 2000, H 154/00, consid. 2c ; VSI 1994, p. 108 sv. consid. 7a).

Sur le vu des considérations qui précèdent, force est ainsi de constater que le défendeur a enfreint gravement ses devoirs au sens où l'entend l'art. 52 LAVS.

6.3 Pour le reste, il est incontestable que les manquements de l'intéressé sont en relation de causalité avec le dommage subi par la FER CIAM, dommage dont le défendeur n'a par ailleurs pas contesté la quotité. Le calcul de la caisse apparaît au surplus conformes aux pièces du dossier, de sorte qu'il n'est pas discutable.

Partant, il lui appartient de supporter le dommage qu'il a causé fautivement à la demanderesse.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

A la forme :

1. Reçoit la requête en mainlevée déposée par la FER CIAM le 24 octobre 2001 ;

Au fond :

2. Lève l'opposition formée par Monsieur C_____ à concurrence de Fr. 6'830.25 ;

3. Dit que la procédure est gratuite ;

4. 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 : Le président :

Yaël BENZ Jean-Louis BERARDI

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