RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1352/2001 **ATAS/753/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 5

du 30 août 2006

En la cause

FER CIAM 106.1, rue de St-Jean 98 à GENEVE	Demanderesse
contre	
Monsieur H_____, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître CRAUSAZ Hervé	Défendeurs
Monsieur G_____, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître CHERPILLOD Olivier	

Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Isabelle DUBOIS et Juliana BALDE, Juges

EN FAIT

1. Le 25 avril 1984, X_____SA a été inscrite au registre du commerce. Le 6 février 1996, la raison sociale de cette société a changé et celle-ci a adopté le nom d'Y_____ SA (ci-après : la société). Son but social était désormais la création de programmes informatiques pour tous secteurs confondus, la distribution et la commercialisation de produits informatiques, ainsi que des prestations de services, conseils et formations dans le domaine informatique. Le 8 février 1996, Monsieur B_____ _a succédé aux administrateurs initiaux de X_____SA. Ce dernier a été remplacé à partir du 11 avril 1997 par Monsieur G_____, devenu administrateur avec signature individuelle. Celui-ci a démissionné de cette fonction le 27 octobre 1997 et la société n'a plus eu d'administrateur inscrit au registre du commerce depuis cette date. Les pouvoirs de Monsieur G_____ ont été radiés le 12 mars 1998.

2. La société était affiliée auprès de la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des entreprises romandes (ci-après la caisse). Dès le 1er avril 1997, elle a déclaré des salaires. Dès le départ, elle a rencontré des difficultés de paiement. Le 5 décembre 1997, elle a sollicité un plan de paiement qui lui a été accordé le 9 février 1998.

3. Le 8 juin 1998, la caisse a déposé plainte pénale contre Messieurs G_____ et H_____ pour avoir omis de lui verser les cotisations sociales d'un montant de 4'380 fr. 90 afférentes aux mois de juillet 1997 à mars 1998 qui avaient été retenues sur les salaires payés aux employés de la société, ainsi que pour avoir éludé de payer les contributions en matière d'allocations familiales d'un montant de 1'549 fr. 35 pendant la même période. La totalité des cotisations paritaires dues s'élevait alors à 19'918 fr. 75.

4. Le 26 février 1999, la caisse a dénoncé à nouveau Monsieur H_____ au Procureur général pour avoir retenu sur les salaires versés les cotisations concernant les mois d'avril à décembre 1998 d'un montant de 4'999 fr. 50, sans les avoir transférées à la caisse, et avoir éludé de payer les contributions en matière d'allocations familiales de 1'485 fr. pendant la même période, ainsi que pour ne pas avoir fourni les déclarations de salaire pour les trimestres avril à juin, juillet à septembre et octobre à décembre 1998.

5. Le 1er mars 1999, le Tribunal de première Instance a prononcé la faillite de la société.

6. Par lettre du 27 septembre 1999, Monsieur H_____ a communiqué à la caisse qu'il n'avait été que le représentant de l'un des actionnaires de la société qui avait détenu 50% des actions de celle-ci dont certaines nominatives. Son travail avait consisté à être présent lors des assemblées générales et à en rendre compte à

l'actionnaire qu'il avait représenté. Il avait par ailleurs pris contact avec les actionnaires qui lui avaient demandé d'informer la caisse qu'ils allaient être en mesure de payer la somme pénale en souffrance.

7. La part pénale faisant l'objet de la dénonciation du 26 février 1999 de Monsieur H_____ ayant été payée, la procédure pénale concernant ce dernier a été classée. En ce qui concerne la dénonciation du 8 juin 1998, cette procédure a également été classée, mais semble-t-il par erreur, selon une communication téléphonique donnée par le Parquet à la caisse.

8. Par jugement du 30 mai 2000, publié le 14 juin 2000, le Tribunal de première instance a constaté le défaut d'actifs et a prononcé la suspension de la faillite.

9. Par décisions en réparation du dommage du 18 mai 2001, la caisse a réclamé à Monsieur H_____ la somme de 25'907 fr. 50 à titre de cotisations paritaires AVS-AI-APG et chômage, ainsi que de contributions d'allocations familiales, y compris les frais administratifs, intérêts moratoires, frais de poursuite et taxes de sommation, et à Monsieur G_____ la somme de 9'379 fr. 85 au même titre pour la période de mai à septembre 1997. Les destinataires de ces décisions ont tous deux formé opposition.

10. Le 13 juillet 2001, la caisse a ouvert action en réparation du dommage contre Messieurs H_____ et G_____ devant la Commission cantonale de recours en matière d'AVS (ci-après : commission de recours AVS) pour le payement des cotisations paritaires AVS-AI-APG-AC, et devant la Commission cantonale de recours en matière d'allocations familiales (ci-après : commission de recours AF) pour les payements des contributions d'allocations familiales.

11. Le 30 juin 2004, le Tribunal de céans, auquel la cause a été transmise à la suite de sa création et de son entrée en fonction en date du 1er août 2003, a admis la demande en ce sens qu'elle a levé les oppositions formées par les défendeurs contre les décisions de la caisse du 18 mai 2001.

12. Sur recours de Monsieur H_____, le Tribunal fédéral des assurances (ci-après: TFA) a annulé le jugement du Tribunal de céans et lui a renvoyé la cause pour procéder conformément aux considérants. Notre Haute Cour constate que Monsieur H_____ ne peut être considéré comme un organe de fait de la société faillie que dès le mois de mars 1998 et jusqu'à l'ouverture de la faillite et qu'il n'est ainsi responsable du paiement des cotisations accumulées avant le 1er avril 1998 que si la société n'était pas dans une situation de surendettement à ce moment. Dans le cas contraire, il répondrait, au plus, du dommage résultant de l'augmentation de la dette de cotisation envers la caisse depuis qu'il en assurait l'administration en vue de sa liquidation. Le TFA a renvoyé la cause au Tribunal de céans, afin qu'il fixe l'étendue du dommage causé par le liquidateur de fait.

13. Le 10 janvier 2006, la demanderesse s'est déterminée sur à la question de l'état de surendettement de la société à la fin du mois de mars 1998, ainsi que le montant des cotisations dues dès cette date. Elle relève qu'elle ne possède pas les comptes de la société, et que ceux-ci n'existent probablement pas, dans la mesure où son réviseur, Y_____ SA, a démissionné au motif que la société ne fournissait pas de comptabilité. L'intimée a en outre indiqué que la dette de cotisations s'élevait à fin mars 1998 à 16'127 fr. 50.

14. Monsieur G_____ a renoncé à se déterminer, par son courrier du 4 janvier 2006, tout en se demandant s'il était toujours partie à la procédure.

15. Le 13 mars 2006, Monsieur H_____ s'est déterminé, à la suite de l'arrêt du TFA du 9 novembre 2005. Il produit les pièces relatives aux poursuites concernant les dettes de la société au 31 mars 1998, pièces faisant état de dettes d'un montant de 157'077 fr. 63. Par ailleurs, il verse à la procédure le procès-verbal de saisie établi le 5 mai 1998, selon lequel les actifs de la société représentent une valeur totale de 13'050 fr., tout en précisant que la valeur réelle des actifs ne s'élèvait qu'à 9'050 fr. Le défendeur transmet également l'extrait de compte bancaire de la société au 31 mars 1998, lequel présente un solde débiteur de 3'440 fr. 85. Il fait ainsi valoir que la société était dès fin mars 1998 en situation de surendettement. Quant à la dette de cotisations, il allègue qu'il a pris personnellement en charge la somme de 3'799 fr. en 2000, représentant la part pénale faisant l'objet de la dénonciation de l'intimée du 8 juin 1998 au Procureur général. Il estime ainsi qu'il y a lieu de déduire de la différence entre les sommes de 25'097 fr. 50 (recte 25'907 fr. 50) et 16'127 fr. 50 le montant de la part pénale payée.

16. Par courrier du 21 avril 2006, le Tribunal de céans a invité la demanderesse à lui indiquer la part des intérêts moratoires afférents à la dette de cotisations au 31 mars 1998.

17. Par courrier du 16 mai 2006, la demanderesse a transmis au Tribunal de céans, un tableau indiquant la ventilation par période du montant du dommage, notamment des intérêts moratoires afférents à chaque période de cotisations.

18. Le 17 mai 2006, le Tribunal de céans a accordé à Monsieur H_____ un délai au 12 juin 2006 pour se déterminer sur les renseignements fournis par la demanderesse, délai prolongé à sa demande au 14 juillet 2006. Le défendeur a renoncé à se déterminer dans ce délai. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. En premier lieu, il convient de constater que l'arrêt du Tribunal de céans du 30 juin 2004 est devenu définitif, en ce qui concerne Monsieur G_____, dans la mesure où ce dernier n'avait pas interjeté recours contre cet arrêt. Par ailleurs, il n'était plus administrateur de la société pendant la période, pendant laquelle Monsieur H_____ en était le liquidateur, soit dès mars 1998. Toutefois, au cas où ce dernier devait être responsable du dommage résultant du non-paiement des cotisations sociales antérieures à avril 1998, une responsabilité solidaire entre Monsieur G_____ et Monsieur H_____ devrait être admise. Par conséquent, Monsieur G_____ pourrait être touché dans ses droits par le résultat de la présente procédure concernant la responsabilité de Monsieur H_____, de sorte qu'il conserve la qualité de partie.

2. Seul est encore litigieux en l'espèce le montant des cotisations sociales pour le paiement desquelles Monsieur est responsable. En effet, le TFA a retenu qu'il était, d'une part, un organe de fait de la société dès mars 1998, dans la mesure où il était le liquidateur de la société faillie. D'autre part, notre Haute Cour a admis sa responsabilité pour le non-paiement des cotisations sociales pour la période du 1er avril 1998 jusqu'au 1er mars 1999, ainsi que, dans l'hypothèse où la société n'était pas surendettée au moment de son entrée de fonction, pour les cotisations antérieures.

3. En premier lieu, il convient d'examiner si Monsieur H_____ peut être tenu responsable des dettes de la société accumulées avant le 1er avril 1998. Conformément à l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 9 novembre 2005, cela ne saurait être admis que si la société n'était pas dans une situation de surendettement au moment où le défendeur s'est chargé sa liquidation.

   Au vu des nombreuses poursuites dont la société a fait l'objet pour des créances nées avant le 1er mars 1998, ainsi qu'au vu de l'extrait du compte bancaire de la société au 31 mars 1998, faisant état d'un solde négatif de 3'440 fr. 85, et du procès-verbal de saisie du 5 mai 1998, selon lequel la société n'avait que des biens mobiliers d'une valeur de 13'050 fr., tandis que poursuites s'élevaient à 27'824 fr. 75, il y a lieu d'admettre que la société était déjà surendettée en mars 1998. Par conséquent, l'intéressé ne saurait répondre des dettes de la société accumulées à cette date.

4. Dès lors, Monsieur H_____ est tenu de réparer uniquement le dommage résultant de l'augmentation de la dette de cotisations envers la caisse depuis qu'il assurait l'administration de la société en vue de sa liquidation.

   Selon les indications de la demanderesse, la dette de cotisations au 31 mars 1998, y compris les frais de poursuite et de sommation, s'est élevée à 16'127 fr. 50. Il convient par conséquent de déduire cette somme de sa prétention initiale de 25'907

fr. 50. Par ailleurs, dans la mesure où celle-ci comprenait également des intérêts moratoires d'un montant de 1'644 fr. 85, il y a lieu d'en soustraire les intérêts moratoires relatifs à la dette au 31 mars 1998. Selon le décompte fourni par la demanderesse en annexe de son courrier du 16 mai 2006, le montant de ces intérêts moratoires est de 1'424 fr. 35.

Par conséquent, il convient d'admettre que le dommage de la demanderesse a augmenté dès le 1er avril 1998 de 8'355 fr. 65 (25'907 fr. 50 - 16'127 fr. 50 - 1'424 fr. 35).

5. Monsieur H_____ estime qu'il convient également de déduire de la prétention initiale la somme de 3'799 fr. représentant la part pénale qu'il a payée en 2000. Toutefois, cette part pénale a trait aux cotisations pour les mois de juillet 1997 à mars 1998 et non pas aux cotisations pour les mois subséquents. Le paiement de 3'799 fr. ne saurait dès lors être imputé sur ces dernières.

6. Il résulte de ce qui précède que Monsieur H_____ est responsable de l'augmentation du dommage de la caisse depuis avril 1998 d'un montant de 8'355 fr. 65.

7. Cela étant, la mainlevée d'opposition ne sera ordonnée qu'à concurrence de ce montant et la demande rejetée pour le surplus.

8. Monsieur H_____ obtenant partiellement gain de cause, une indemnité de 500 fr. lui sera accordée à titre de dépens, étant précisé que cette indemnité a été réduite en raison de l'absence de sa collaboration (absence à toutes les séances de comparution personnelle des parties convoquées par le Tribunal de céans).

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

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

Au fond :

1. Lève l'opposition formée par Monsieur H_____ contre la décision du 18 mai 2001 de la demanderesse à concurrence de 8'355 fr. 65.

2. Rejette la demande pour le surplus.

3. Condamne la demanderesse à verser à Monsieur H_____ une indemnité de 500 fr. à titre de dépens..

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	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 le