RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1359/01/2/AVS **ATAS/741/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du mardi 21 septembre 2004

2ème Chambre

En la cause

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION (CCGC), 54, rte de Chêne à Genève

Demanderesse

contre

Madame A_____, représentée par Monsieur Michel MARQUIS, clerc d'avocat, 41, rue du 31 décembre à Genève

Défenderesse

(ancien organe de la société X_____ SARL, faillie)

Siégeant : Mme Isabelle Dubois, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Juliana BALDE, juges.

EN FAIT

1. La société X_____ SARL a été créée à Genève en férier 1998, et inscrite au Registre du Commerce à cette date. Son but était le conseil en personnel stable et temporaire. Madame A_____ (ci-après la défenderesse) en a été, dès l'origine, associée gérante avec signature individuelle.

2. En avril 1999, la défenderesse écrivit à la Caisse pour l'informer de que qu'elle souhaitait s'aquitter des cotisations mensuellement dès mai 2000, et prévoyait un plan de paiement pour le solde des cotisations 1998 et les cotisations du premier trimestre 1999. En date du 23 juillet 1999, le bureau fiduciaire de la société s'adressait à la Caisse pour lui indiquer la façon dont les cotisations au 30 juin 1999 serait payées, soit en six versements mensuels. En réponse, la Caisse lui accordait des délais extraordinaires en date du 9 août 1999.

3. La société a dû mettre fin à son activité au 31 octobre 1999.

4. Par courrier du 11 novembre 1999, l'étude d'agents d'affaires Michel MARQUIS et Laurence CHOUET (ci-après l'étude) indiqua à la Caisse être chargée des intérêts de la société, plus particulièrement de l'apurement de sa situation, précisant « ma cliente ayant cessé toute activité au 31 octobre, n'ayant plus d'employés à son service depuis cette date, et n'ayant plus de chiffre d'affaires à compter du 15 septembre 1999 ».

5. En date du 18 janvier 2000, l'étude écrivit ce qui suit à la Caisse :

   « Vous me savez chargée de l'apurement de la situation de la société X_____ SARL. A la suite de l'appel lancé aux créanciers, la situation de X_____ SARL se présente de la manière suivante :

   - passif, en capital au 31.12.99 : 129'250 fr. 65

   -actifs estimés : mobiliers : Frs. 23'000.

   -créance : Frs. 50'000.-- (exigible à fin septembre 2000)

   En l'état, ma mandante dispose d'un premier montant de Frs. 6'000.-- à répartir dans l'immédiat entre ses divers créanciers, un deuxième montant, de Frs. 5'000.-- cette fois, devant être disponible à fin février 2000. Avec ce premier montant de Frs. 6'000.-- le dividende de chacun d'entre vous s'élèverait au 0,046% de sa créance. Si l'accord de l'intégralité d'entre vous me parvient sans tarder, ce

premier versement pourra être effectué immédiatement. A défaut d'accord unanime, ma mandante se verra malheureusement contrainte de se laisser mettre en faillite, n'ayant pas d'autre alternative à offrir à ses créanciers.

(…).

Concernant la créance de Frs. 50'000.-- que possède X_____ SARL, il s'agit d'une caution déposée en main de l'Office cantonal de l'Emploi et bloquée par celui-ci jusqu'en septembre 2000. A restitution de cette caution, son montant sera naturellement réparti entre les différents créanciers de X_____ SARL. Entre temps et chaque mois les administrateurs de ma mandante s'efforceront de verser un montant régulier à répartir entre les créanciers de la société. (…). »

6. Par courrier du 27 janvier 2000, la Caisse répondit par la production provisoire pour un montant de 25'000.--, en indiquant qu'elle produirait à titre définitif dès qu'elle « sera en possession de tous les éléments nécessaires ».

7. Par courrier du 1er février 2000, l'étude informa la Caisse que le dividende était porté à 0,078% en raison de l'abandon de créances de deux créanciers.

8. Le 7 février 2000, la défenderesse transmettait à la Caisse l'attestation de salaire pour l'année 1999.

9. Le 15 mai 2000, l'étude informa la Caisse que la société n'était plus en mesure de poursuivre le versement de dividendes et la laissait libre d'entreprendre les démarches qu'elle jugerait utiles.

10. La Caisse envoya une sommation à la société le 12 juillet 2000 pour les cotisations 1999, entrepris les poursuites ad hoc et reçut, le 6 octobre 2000, deux procès-verbaux de saisie valant actes de défaut de biens.

11. Par décision du 13 février 2001, la Caisse réclama à la défenderesse le paiement des cotisations impayées et les frais, soit un dommage de 34'801 fr. 10, en application de l'art. 52 de la loi sur l'assurance vieillesse et survivants (ci-après LAVS).

12. Suite à l'opposition formée en son nom par l'étude, en date du 5 mars 2001, la Caisse introduit une action en responsabilité à son encontre le 30 mars 2001.

Elle considère avoir agi dans l'année dès la connaissance de son dommage, le délai partant du lendemain de la notification des actes de défaut de biens. Sur le fond, elle allègue que la responsabilité de la défenderesse est engagée car elle a

commis une faute grave en ne payant aucune cotisation avant août 2000 et en payant ensuite des montants bien trop bas au vu de la masse salariale.

13. Dans sa réponse du 3 mai 2001, la défenderesse relève préalablement que la société n'est pas en faillite, bien que l'avis au juge selon l'art. 725 CO ait été donné en date du 11 avril 2001. Elle conclut à ce qu'il soit constaté que la décision a été donnée en temps prescrit, qu'en conséquence elle soit annulée, la demanderesse déboutée de toutes ses conclusions et que des dépens lui soient alloués

14. S'agissant du respect du délai de l'art. 82 al. 1 du règlement sur l'assurance vieillesse et survivants (ci-après RAVS), elle considère qu'au vu de la jurisprudence le délai part en l'espèce de son courrier du 18 janvier 2000, qui établit clairement sa situation financière et le fait que plus du 45% de son passif restera impayé.

15. En date du 24 mars 2003, la Caisse informait l'autorité compétente de ce qu'un dividende de 48,60% était prévu pour elle.

16. La cause a été transmise au Tribunal de céans en date du 1er août 2003, en application de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire, modifiée avec effet à cette date (art. 56 V LOJ).

17. Interpellée par le Tribunal sur le montant actuel de son dommage, la Caisse indiqua par pli du 20 octobre 2003 qu'il était, après versement du dividende, de 16'914 fr.

    Le Tribunal a procédé à l'audition des parties, en date du 2 décembre 2003. A cette occasion, les parties ont procédé à un échange de vues. La Caisse a indiqué qu'à son avis tant que la société était en vie le délai pour leur action n'avait pas commencé à courir. La défenderesse demanda que la question de la recevabilité de l'action soit tranchée. Pour elle, en ne s'informant pas à réception du courrier du 18 janvier 2000 indiquant un passif de 129'000 fr. et des actifs estimés à 79'000 fr., la Caisse avait violé son devoir de diligence.

    Sur quoi, l'affaire a été gardée à juger sur la question de la recevabilité.

19. Le Tribunal a déclaré irrecevable pour cause de tardiveté, par arrêt du 21 janvier 2004, la demande.

20. Le demanderesse a interjeté recours auprès du Tribunal fédéral des assurances (TFA) ; suite à l'annulation de l'élection des seize juges assesseurs du Tribunal cantonal des assurances sociales du canton de Genève par le Tribunal fédéral, le 27 janvier 2004, le TFA, par arrêt du 2 avril 2004, a annulé le jugement

rendu par le Tribunal de céans et renvoyé la cause afin qu'il statue dans une composition conforme à la loi

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).

   C'est dans la composition prévue par l'art. 162 LOJ que le Tribunal de céans statue dans la présente cause.

2. Conformément à l'art. 3 al. 3 de la loi genevoise modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ) du 14 novembre 2002, entrée en vigueur le 1er août 2003, la présente cause, introduite le 19 février 2002 devant la Commission cantonale de recours en matière d'AVS-AI, a été transmise d'office au Tribunal de céans (cf. art. 56 V al. 1 let. a ch.2 LOJ).

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (ci-après LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine des assurances sociales. Le cas d'espèce demeure 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 (ATF 127 V 467, consid. 1, 121 V 386, consid. 1b ; cf. également dispositions transitoires, art. 82 al. 1 LPGA). Le présent litige sera en conséquence examiné à la lumière des dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (ci-après aLAVS) et du règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (ci-après aRAI) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.

4. Recevabilité de l'action

Aux termes de l'article 82, alinéa 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 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). 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; 118 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'art. 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 sa classe. 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, comme il faut 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 ss.), 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).

Ainsi, en résumé, la Caisse a une obligation de diligence. Elle doit se renseigner lorsqu'elle reçoit des informations indiquant qu'elle risque de subir un dommage. On doit considérer qu'elle connaît l'existence de celui-ci lorsqu'elle est en mesure de connaître l'état des actifs, la collocation de sa créance et le dividende probable.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal relève que la société de la défenderesse a mandaté, dès le moment où elle a dû mettre fin à ses activités, une étude d'agents d'affaires aux fins d'apurer la situation financière et de contacter les créanciers pour régler autant que possible les dettes. Celle-ci a communiqué l'état financier de la société par courrier du 18 janvier 2000, en indiquant le montant du passif, soit 129'250 fr. 65, et le montant des actifs, soit 73'000 fr. Il ressortait de ce courrier qu'à l'évidence la Caisse ne serait pas payée en totalité. A réception de ce courrier la Caisse savait ou devait savoir qu'elle subirait un dommage. A tout le moins devait-elle, au vu de la jurisprudence susmentionnée, interpeller l'étude mandatée pour obtenir davantage de renseignements : consulter les comptes, s'enquérir de la liste des créanciers et de leur rang, de façon à se faire confirmer ce que le courrier laissait apparaître. Il s'agissait en effet d'indications émanant d'une étude spécialisée dans la gestion des affaires des sociétés, rompue en la matière, et donc d'informations fiables et non de simples rumeurs ou indications provenant de personnes non autorisées.

En restant inactive à réception de ce courrier, la Caisse a violé son obligation de diligence. Il faut donc considérer que le délai pour agir a couru dès le lendemain de la réception de ce courrier, soit le 20 janvier 2000 (date de réception du

courrier tamponnée: 19 janvier 2000). Le délai échait donc le 19 janvier 2001. En agissant en date du 13 février 2001, la Caisse a agi tardivement. Son action est donc irrecevable.

5. Vu le résultat de la procédure, il se justifie d'allouer des dépens à la défenderesse, qui seront fixés en l'espèce à 1'500 fr.

******

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

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

1. Déclare irrecevable pour cause de tardiveté la décision de réparation de dommage de la Caisse du 13 février 2002, et par conséquent son action en responsabilité du 30 mars 2001.

2. Condamne la Caisse au paiement d'un montant de 1'500 fr. à titre de participation aux frais de la défenderesse et à ceux de son mandataire.

3. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

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 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:

Pierre Ries

La Présidente :

Isabelle Dubois

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