



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1373/2001

ATAS/237/2003

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 19 novembre 2003

8^{ème} Chambre

En la cause

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION

requérante

Route de Chêne 53, Genève (ci-après : CCGC)

contre

Monsieur E. M_____

et

Monsieur A. M_____

intimés

**Siégeant : M. Marc MATHEY-DORET, Président, Mme Teresa SOARES et M.
Philippe CARRUZZO, juges assesseurs.**

EN FAIT

1. X_____ SA, société anonyme ayant son siège à Carouge (GE), inscrite au registre du commerce le 4 juillet 1996, a été dissoute par suite de faillite prononcée par jugement du Tribunal de Première Instance de Genève le 26 avril 1999 et radiée le 16 octobre 2000.
 2. A. M_____ était inscrit au registre du commerce en qualité d'administrateur unique de X_____ SA, avec signature individuelle, depuis l'inscription de la société jusqu'à sa radiation.
 3. X_____ SA s'est affiliée tardivement, après sommations et prononcé d'amende, auprès de la CCGC en tant qu'employeur.
 4. En date du 21 janvier 1999, la CCGC a notifié à X_____ SA une décision de cotisations concernant l'employé A. M_____ pour la période de juillet à novembre 1996, pour une somme de CHF 3'001,50.

Cette décision est entrée en force.
 5. Le même jour, la CCGC a notifié à X_____ SA une décision de cotisations concernant l'employé P_____ pour la période de janvier à mars 1997, pour un montant de CHF 2'401,20.

Cette décision est entrée en force.
 6. Suite au prononcé de la faillite de X_____ SA, la CCGC a produit pour un montant provisoire de CHF 10'000.-- au titre des cotisations impayées.
 7. En date du 7 août 2000, la CCGC s'est vue notifier par l'Office des faillites un acte de défaut de biens après faillite à hauteur de la production de la créance colloquée à CHF 10'000.--.
 8. Suite à une dénonciation de la CCGC, Monsieur le Procureur Général a ouvert une procédure pénale P/3779/2000 contre E. M_____. Ce dernier a été condamné par ordonnance du 16 octobre 2000 à une peine de 20 jours d'emprisonnement avec sursis et à une amende de CHF 5'000.-- pour infraction aux articles 87 al. 2 et 88 al. 1 LAVS, pour avoir, en qualité d'administrateur de fait de X_____ SA, refusé de fournir les attestations de salaire du personnel pour les années 1998 et 1999 et éludé de payer les cotisations AVS pour la même période.
 9. E. M_____ a formé opposition contre cette ordonnance de condamnation.
-

-
10. Par courrier recommandé reçu par la CCGC le 10 novembre 2000, soit 12 jours avant l'audience de jugement fixée par le Tribunal de Police, E. M_____ a adressé à la CCGC une déclaration de salaire pour le compte de X_____SA, concernant l'employée D_____, pour les années 1998 et 1999.

Ce courrier est signé par E. M_____ en qualité d' *"Administrateur de X_____SA en faillite"*.

A noter que le contrat d'engagement de Mme D_____ et sa lettre de licenciement sont signés par E. M_____, en qualité de *"directeur"* de X_____SA.

11. Par décision de cotisation du 11 décembre 2000 notifiée à X_____SA, p.a. Office des faillites Rive-Droite, la CCGC a établi le décompte des cotisations dues pour la période 1998-1999, laissant apparaître un solde de CHF 2'267,80.
12. La procédure pénale P/3779/2000 a été rayée du rôle à l'audience du 10 juin 2001 devant le Tribunal de Police, où E. M_____ était présent, la part pénalement relevante des cotisations sociales (CHF 1'113,50) ayant finalement été payée en date du 4 janvier 2001.
13. le 12 décembre 2000, la CCGC a rendu deux décisions en réparation selon l'article 52 LAVS notifiées à A. et E. M_____, d'un montant de CHF 8'588,85, correspondant au dommage subi après faillite, représentant les cotisations impayées augmentées des intérêts moratoires.
14. Par courrier daté du 19 décembre 2000, A. M_____ a formé opposition contre cette décision, exposant n'avoir été administrateur de X_____SA qu'à sa création, mais avoir été immédiatement *"relevé de ses fonctions"* par E. M_____.
15. Par courrier daté du 11 janvier 2001, reçu le 16 janvier 2001, E. M_____ a également formé opposition contre la décision de la CCGC.

Il exposait, en substance, que la décision ne lui était parvenue que le 11 janvier 2001 et, quant au fond, qu'il contestait avoir fait preuve de négligence coupable au sens de l'article 52 LAVS, mais prétendait au contraire avoir fait preuve de *"bonne volonté"*.

E. M_____ affirmait encore que la décision du 21 janvier 1999 concernant A. M_____ était erronée, ce dernier n'ayant, selon lui, jamais été employé de X_____SA.

16. Par acte daté du 22 janvier 2001, reçu le 24, la CCGC a adressé à la Commission cantonale de recours AVS-AI-APG-PCF-PCC-RMCAS une action en
-

responsabilité selon l'article 52 LAVS dirigée contre A. et E. M_____, concluant à la confirmation de ses décisions du 12 décembre 2000, sous déduction de la somme de CHF 1'113,50 payée ultérieurement.

17. La cause a été enregistrée par la Commission cantonale de recours AVS-AI-APG-PCF-PCC-RMCAS sous référence n° 51/01.
18. Par courrier du 24 janvier 2001, E. et A. M_____ ont été invités par la Commission cantonale de recours AVS-AI-APG-PCF-PCC-RMCAS à se déterminer sur les prétentions de la CCGC dans un délai fixé au 23 février 2001.

Ils n'ont pas fait usage de cette faculté.

19. Le 25 août 2003, la cause a été transférée d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales conformément aux dispositions transitoires de la loi du 4 novembre 2002 modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ) et attribuée à sa 8^e Chambre, sous référence A/1373/2001, ce dont les parties ont été informées.

EN DROIT

A la forme

1. Aux termes de l'article 82, alinéa 1 du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (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 un délai d'une année à compter du moment où elle a eu connaissance du dommage et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du fait dommageable.
2. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit en l'occurrence d'un délai de péremption à considérer d'office (cf. ATF 112 V 8, consid. 4c ; 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 (article 82, alinéa 2 RAVS).
3. 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 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). 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, 2^{ème} éd. p. 112), d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

4. 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 116 II 161, consid. 4a ; 116 V 75, consid. 3b = RCC 1990, p. 415 ; ATF 113 V 182, consid. 2, avec réf. = RCC 1987, p. 607).
5. Selon la jurisprudence, le dommage est réputé survenu lorsque les cotisations dues ne peuvent plus être perçues, pour des motifs juridiques ou de fait (ATF 113 V 258, consid. 3c ; RCC 1988, p. 137 ; BGE 109 V 92, consid. 9 et les arrêts cités ; RCC 1983, p. 477). Lorsque les cotisations demeurent impayées en raison de l'insolvabilité de l'employeur (personne morale), le dommage est réputé survenu au moment où les créances de cotisations sont irrécouvrables, c'est-à-dire au moment où, eu égard à l'insolvabilité de l'employeur, les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire (ATF 112 V 157, consid. 2 ; *Maurer, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht*, volume II, p. 69).
6. En l'espèce, la CCGC a agi en réparation du dommage par actes adressés à E. M_____ et A. M_____ en date du 12 décembre 2000.

Il faut admettre que la CCGC n'a pu connaître le préjudice subi avant le 19 janvier 2000, date de la publication de l'état de collocation dans le cadre de la faillite de X_____SA.

En outre, les informations nécessaires relatives à la perception des cotisations pour la période 1998-1999 n'ont été communiquées par E. M_____ à la CCGC qu'au mois de novembre 2000.

Par conséquent, la CCGC a respecté le délai de péremption d'un an prévu à l'article 82 al. 1 RAVS.

7. E. et A. M_____ ont formé opposition auprès de la CCGC dans le délai légal de 30 jours (art. 81 al. 2 RAVS), compte tenu des fêtes judiciaires (art. 22a PA).

Ces oppositions sont recevables à la forme.

8. La requête déposée par la CCGC le 22 janvier 2001 visant la mainlevée de l'opposition formée par E. et A. M_____ l'a également été dans le délai légal de 30 jours (art. 81 al. 3 RAVS).

Cette requête est recevable à la forme.

9. La Loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 a été modifiée et un Tribunal cantonal des assurances sociales a été institué dès le 1^{er} août 2003 (cf. article 1 lettre r LOJ – E 2 05). Conformément à l'article 3 alinéa 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'assurance-vieillesse et survivants ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales. La compétence du Tribunal de céans est dès lors établie pour trancher du présent litige.

Au fond

1. Aux termes de l'article 52 LAVS, l'employeur doit réparer le dommage qu'il a causé en violant les prescriptions intentionnellement ou par négligence grave. Il sied de rappeler que l'article 52 LAVS est une disposition spéciale (cf. RCC 1989, p. 117).
2. En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la CCGC en raison de l'insolvabilité de la société X_____SA pour un montant total de CHF 8'588,85 sous déduction de CHF 1'113, 50, représentant les cotisations paritaires restées impayées de juillet 1996 à avril 1999.
3. L'article 14, alinéa 1 LAVS, en corrélation avec les articles 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'article 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'article 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage

ainsi occasionné (ATF 111 V 173, consid. 2 ; 180 V 186, consid. 1a, 192 consid. 2a ; RCC 1985, page 646, consid. 3a).

4. 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).
5. Selon les Directives sur la perception des cotisations dans l'AVS, n° 6030 et ss, la Caisse de compensation, dès qu'elle constate un dommage, part de l'idée que l'employeur a violé des prescriptions intentionnellement ou par négligence grave, motif pour lequel elle engage la procédure en réparation du dommage. Elle doit toutefois examiner, avant l'introduction de la procédure, s'il n'existe pas des indices manifestes permettant de conclure que l'employeur n'a commis aucune faute ou que sa manière d'agir était conforme à la loi. Le fardeau de la preuve incombe cependant à l'employeur qui, s'il entend se justifier ou se disculper, doit prouver le bien fondé de ses allégations, en raison de son obligation de collaborer (cf. également RCC 1983 p. 100).
6. Lorsque l'employeur est une personne morale, ses organes répondent solidairement à titre subsidiaire, du dommage causé par celui-ci, notamment quand la personne morale n'existe plus au moment où la responsabilité est engagée (cf. No 6003 des directives de l'OFAS sur la perception des cotisations – DP ; ATF 114 V 79, consid. 3 ; 113 V 256, consid. 3c ; RCC 1988, page 136, consid. 3c ; ATF 111 V 173, RCC 1985, page 649, consid. 2).

Par "organe", il faut entendre toute personne physique qui représente la personne morale à l'extérieur ou qui peut exercer une influence décisive sur le comportement de celle-ci (cf. No 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le TFA s'est toujours référé à l'article 754, 1^{er} alinéa, en corrélation avec l'article 759, 1^{er} alinéa du CO. Conformément à ces articles, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle, répondent, à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elle leur cause en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Sont réputés chargés de l'administration ou de la gestion au sens de l'article 756 CO "non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels, mais également les personnes qui prennent effectivement des décisions relevant des organes, ou qui assument la

gestion proprement dite et ont ainsi une part prépondérante à la formation de la volonté au sein de la société" (ATF 107 II 353, consid. 5a ; ATF 112 II 1985 et l'arrêt du 21 avril 1988 en la cause A ; *Forstmoser*, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2^{ème} éd., pages 209 et ss).

7. En l'espèce, selon l'extrait du Registre du commerce, A. M_____ était administrateur unique de la société X_____SA depuis son inscription jusqu'à sa radiation.

A cet égard, l'affirmation d'A. M_____ à teneur de laquelle il aurait été "*relevé de ses fonctions*" n'est pas relevante. Il lui aurait appartenu, à tout le moins, d'agir à temps auprès du Registre du commerce afin que son inscription soit radiée, s'il estimait que tel devait être le cas.

En conséquence, il avait indiscutablement la qualité d'organe de la société.

E. M_____ en revanche n'était pas inscrit au Registre du commerce. Il appert cependant des pièces figurant dans le dossier, soit de ses propres déclarations, qu'il assumait les charges administratives et gérant au quotidien la société. La qualité d'organe de fait doit lui être reconnue (ATF 114 V 213 ; ATFA R.J.P. du 5 mars 1998), ce qu'il ne conteste d'ailleurs pas.

8. De jurisprudence constante, le TFA a reconnu qu'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). La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard, doit donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité et de gestion, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé. Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, on peut, par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions (cf. RCC 1972, p. 690 ; RCC 1978, p. 261). Une différenciation semblable s'impose également, lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (cf. ATF 108 V 202, consid. 3a ; RCC 1985, p. 51, consid. 2a et p. 648, consid. 3b).

9. En l'occurrence, les éléments du dossier démontrent clairement qu'E. et A. M_____ ont fait preuve de grave négligence au sens de la jurisprudence susmentionnée et ce, dès la création de la société X_____SA.

Dès l'origine, E. et A. M_____ ont fait preuve de légèreté, en omettant d'affilier à temps la société X_____SA auprès de la CCGC, ne s'exécutant finalement qu'après de multiples sommations.

Il en a été de même en ce qui concerne tant la déclaration, inexistante ou manifestement tardive, des salaires soumis à cotisation, que le paiement des cotisations.

Ce n'est finalement que sous la pression de sanctions pénales qu'E. M_____ a daigné régler une partie seulement des cotisations dues, à seule fin d'éviter une condamnation.

10. Une pareille attitude, à l'inverse de ce que soutient E. M_____, non sans témérité, relève à l'évidence d'une négligence grave et inexcusable.
11. En conséquence, il se justifie d'admettre le bien-fondé de la demande de mainlevée déposée par la CCGC.

* * *

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare recevable la demande de mainlevée formée par la CCGC.

Au fond :

1. Prononce la mainlevée des oppositions formées par E. et A. M_____ à concurrence de CHF 8'588,85 sous déduction de CHF 1'113,50.
2. Déboute les parties de toutes autres conclusions.
3. 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).

La greffière :

Nancy BISIN

Le président :

Marc MATHEY-DORET

Le présent arrêt est notifié aux parties et à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe