

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1391/2000-4-AVS

ATAS/170/2003

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 29 OCTOBRE 2003

4^{ème} Chambre

En la cause

**CAISSE CANTONALE GENEVOISE
DE COMPENSATION**

Route de Chêne 54
Case postale 360
1211 GENEVE 29

DEMANDERESSE

Contre

Monsieur B _____

DEFENDEUR

**ex-administrateur de la
société X _____, en
faillite**

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente, M. Roger LOZERON et Mme Christine
BULLIARD, juges assesseurs.**

EN FAIT

1. La société X_____ a été créée à Genève le 25 septembre 1991 et inscrite au Registre du commerce. Elle avait pour but la gestion de patrimoines, l'import & export, la fondation et la représentation de sociétés et les conseils en matière d'administration (cf. pièce n° 7 caisse).

2. Etaient inscrits au Registre du commerce Madame L_____, administratrice, au bénéfice d'une signature individuelle du 17 novembre 1993 au 16 avril 1997, Monsieur I_____, administrateur, au bénéfice d'une signature individuelle, du 16 avril 1997 au 22 juin 1998, Monsieur B_____, directeur, au bénéfice d'une signature collective à deux du 29 mai 1997 au 22 juin 1998, puis dès cette date, administrateur unique au bénéfice d'une signature individuelle (cf. pièce n° 7 caisse).

3. Par courrier du 4 août 1998, la direction de la société X_____ a informé la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la caisse) que Monsieur B_____ avait travaillé au sein de la société du 1er septembre 1997 au 1er octobre 1998 avec un salaire mensuel de Fr. 13'000.— et sollicité la facturation pour cette période. Par décision du 30 septembre 1998, la caisse a réclamé le paiement des cotisations paritaires dues par la société X_____ à Fr. 6'806,60 pour la période de septembre à décembre 1997 et par décision du 1er octobre 1998, a fixé les cotisations paritaires dues à Fr. 14'725,80 pour l'année 1998 (cf. pièces n° 5 & 6 caisse).

4. Par jugement du 8 février 1999, le Tribunal de Première Instance de la République et Canton de Genève a prononcé la faillite de la société X_____. Le 10 janvier 2000, la liquidation de la faillite a été suspendue, pour défaut d'actifs (cf. pièces n° 3 & 4 caisse).

5. Le 16 octobre 2000, la caisse a réclamé à Monsieur B_____, pris conjointement et solidairement avec Monsieur I_____, le paiement de Fr.17'791,20, à titre de réparation du dommage, représentant le solde des cotisations paritaires impayées du 29 mai 1997 au 22 juin 1998, après des versements - afférents à la part pénale - effectués par Monsieur B_____.

6. Le 13 novembre 2000, Monsieur B_____ a formé opposition auprès de la caisse, alléguant qu'il n'avait jamais touché de prestations de chômage et que, par conséquent, il y avait lieu de produire un nouveau décompte tenant compte de la déduction de la cotisation afférente au chômage. Il alléguait n'avoir par toujours perçu son salaire et aurait payé une somme de Fr. 5'065.-- de sa poche, soit, selon lui, la moitié de ce qu'il devait. Pour le solde restant, il estimait que c'était à Monsieur I_____ de s'en acquitter. Il se déclarait prêt en revanche à payer encore la somme de Fr. 1'797.--, représentant le solde de sa dette au vu de son paiement.

7. Par acte du 12 décembre 2000, la caisse a requis de la Commission cantonale de recours en matière d'assurance vieillesse et survivants la mainlevée de l'opposition formée par Monsieur B_____. Elle soutient que ce dernier s'est rendu coupable d'une grave négligence en ne s'acquittant pas des cotisations paritaires, alors même qu'il agissait en tant que directeur, puis en tant qu'administrateur de la société X_____, qu'il était seul à en assumer la gestion et qu'il avait en conséquence la qualité d'organe de cette société. Elle relève que la société X_____ n'avait pas déclaré les salaires versés dans les délais, puisque ce ne fut qu'en août 1998 qu'elle a annoncé les salaires versés à Monsieur B_____, soit Fr. 13'000.-- par mois, de septembre 1997 à septembre 1998, courrier signé d'ailleurs par Monsieur B_____ lui-même. La caisse considère que ce dernier, en tant qu'organe de la société faillie, a commis une négligence grave et qu'il répond ainsi du dommage causé.

8. Dans sa réponse du 17 décembre 2000, le défendeur allègue n'avoir jamais été organe de contrôle, actionnaire ou employeur de la société X_____. Il soutient n'avoir jamais perçu de salaire, que ce dernier a été détourné au profit de Monsieur F_____, de R_____ Sàrl, organe de contrôle de la société X_____. Il soutient que la société a été mise en faillite suite à des malversations commises par le réviseur, Monsieur F_____. Le défendeur rappelle qu'il a payé de sa poche une somme d'environ Fr. 7'000.— suite à des menaces de plainte pénale de la caisse et conteste que cette dernière lui facture le chômage, puisqu'il n'en a jamais bénéficié. Il estime avoir réglé sa part et considère qu'en tant que simple salarié de X_____, il n'est pas responsable de la dette de l'AVS.

9. Dans sa réplique du 22 novembre 2001, la caisse persiste dans ses conclusions, rappelant que la responsabilité des anciens organes des sociétés faillies est une responsabilité solidaire, de sorte qu'elle est habilitée à réclamer l'entier du dommage à chacun des responsables.

10. L'autorité de recours a procédé à l'instruction de la cause et requis des précisions de la caisse; cette dernière a indiqué que le montant actuel du dommage réclamé au défendeur s'élève à Fr. 17'791,20, compte tenu des versements effectués au titre des parts pénales. Elle a également requis de l'Office des Faillites la production des comptes et bilans de la société faillie pour les années 1995 à 1999; ledit office a répondu que cette faillite avait été clôturée pour défaut d'actifs en date du 7 mars 2000, de sorte qu'elle ne détenait pas de comptabilité. Monsieur B_____ a déclaré n'avoir aucune pièce en sa possession.

11. Pour le surplus, les divers allégués des parties ainsi que les éléments résultants du dossier et de l'instruction seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

Préalablement :

1. Il y a lieu de préciser que la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA – RS 830.1) 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 Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS – RS 831.101) ont été abrogés. Le cas d'espèce reste néanmoins 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 déterminant se sont produits (ATF 127 V 467, consid. 1; 121 V 366 consid. 1b; Cf. également dispositions transitoires, art. 82 al.1 LPGA).

2. D'autre part, 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 1er août 2003, statuant en instance unique, notamment sur les contestations en matière d'assurance vieillesse et survivants (cf. art. 1 let. r et 56 V al.1 let. a ch.1 LOJ – E 2 05). 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'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 connaître du présent litige.

A la forme :

1. 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. article 82, alinéa 2 RAVS).

2. 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). 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.

3. 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).

4. 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).

5. Par ailleurs, s'il faut, à juste titre, 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 sv.), 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).

6. En l'occurrence, il résulte des pièces du dossier que la faillite a été prononcée le 8 février 1999 et que la liquidation de la faillite a été suspendue par défaut d'actifs le 10 janvier 2000 (cf. pièces n° 3 & 4 caisse). La connaissance du dommage se situe dès lors au moment de la publication dans la feuille d'avis officielle de la suspension de la liquidation de la faillite pour défaut d'actifs, soit le 26 janvier 2000 (cf. pièce n° 4 caisse; RCC 1990 p. 306 consid. 4 c/bb). En notifiant son action en réparation du dommage à l'encontre du défendeur le 16 octobre 2000, la caisse a respecté le délai d'un an prévu à l'art. 82 al.1 LAVS.

7. Le défendeur a formé opposition le 13 novembre 2000, soit dans le délai de 30 jours dès la notification de la demande (cf. art. 82 al.2 RAVS) et, par acte du 12 décembre 2000, la caisse en a requis la mainlevée (cf. art. 81 al. 3 RAVS). Il s'ensuit que tant l'opposition que la requête en mainlevée sont recevables en la forme.

Au fond :

1. Aux termes de l'art. 52 de la loi sur l'assurance vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS – RS 831.10), 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, p. 117).

2. En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse en raison de la faillite de la société X_____, pour un montant de Fr. 17'791,20, représentant les cotisations paritaires impayées de mai 1997 à juin 1998.

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.

4. 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).

5. 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).

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 7004 ss. 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.).

7. 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 7005 DP ; VSI 2000 p. 226). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le TFA s'est toujours référé à l'article 754, 1er alinéa, en corrélation avec l'article 759, 1er 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, 2ème éd., pages 209 et ss).

8. Il résulte de l'extrait du Registre du commerce que le défendeur était inscrit en qualité de directeur au bénéfice d'une signature collective à deux du 29 mai 1997 au 22 juin 1998, date à laquelle il fut inscrit comme administrateur unique au bénéfice d'une signature individuelle (cf. pièce n° 7 caisse).

9. Le défendeur conteste sa qualité d'organe de la société faillie, dans la mesure où il n'a été ni organe de contrôle, ni actionnaire, ni employeur de ladite société. Or, un administrateur inscrit en tant que tel au Registre du commerce a qualité pour représenter la personne morale à l'extérieur, conformément aux art. 707 et ss CO, notamment l'art. 718 CO. A cet égard, le défendeur avait indiscutablement la qualité d'organe de la société faillie en tant qu'administrateur unique. Quant à la période durant laquelle il était inscrit en qualité de directeur, il convient de relever qu'il était le seul salarié de l'entreprise, qu'il n'y avait pas de secrétariat, lui-même se chargeant de toutes les tâches relatives à ce service, enfin qu'il s'occupait des recettes et des dépenses de la société (cf. décision de la Commission de recours en matière d'assurance chômage du 12 août 1999, pièce no. 1 et annexes recours TFA, pièces caisse). Dans ces conditions, force est d'admettre que le défendeur avait indiscutablement la qualité d'organe de la société faillie.

10. Le défendeur conteste avoir failli à ses obligations, dès lors qu'il n'a jamais été organe de contrôle de la société ni actionnaire, ni même employeur. Il allègue d'autre part n'avoir jamais touché de salaire, et que l'organe de révision, Monsieur F _____, de la fiduciaire R _____ Sàrl, a mis cette société en faillite suite à des malversations. Il considère que sa responsabilité est totalement dérogée de ce fait.

11. Or, l'article 716a al. 1 CO, en vigueur depuis le 1^{er} 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-unentziehbaren 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, parag. 30 note 49).

12. Le Tribunal de céans constate que le défendeur, alors qu'il était administrateur unique de la société, a annoncé lui-même à la caisse en date du 4 août 1998 ses salaires de directeur pour la période du 1er septembre 1997 au 1er octobre

1998, à raison de Fr 13'000.-- par mois, avant de s'auto-licencier le même jour, comme l'a constaté la Commission cantonale de recours en matière d'assurance chômage dans son jugement du 12 août 1999 (cf. pièce n° 8 et annexes, recours au TFA, pièces caisse). En se fondant sur ses déclarations, la demanderesse a réclamé à la société X_____ le paiement des cotisations paritaires, par décisions des 30 septembre 1998 et 1er octobre 1998 (cf. pièces 5 & 6 caisse). Les salaires indiqués par le défendeur ont d'ailleurs été portés en compte selon l'extrait de son compte individuel (cf. pièce 2 et annexes, recours TFA, pièces caisse). Entendu dans le cadre de la procédure en matière d'assurance chômage, le défendeur a reconnu qu'il était l'unique responsable de la comptabilité courante de la société, qu'il avait seul le pouvoir entier de décision, qu'il fixait lui-même les décisions de la société, son orientation, ses stratégies, bref tout ce qui ressortait de son activité statutaire ou quotidienne. Il avait ainsi le pouvoir de prendre toutes les décisions importantes, de façon autonome et de sa propre et seule initiative (cf. jugement de la Commission cantonale de recours du 12 août 1999, p. 2, pièce n° 1 annexe recours TFA, pièces caisse).

13. Le défendeur conteste encore devoir payer les cotisations à l'assurance-chômage, dès lors qu'il n'a pas bénéficié d'indemnités de chômage. Cet argument n'est pas relevant en l'occurrence, car le fait de devoir s'acquitter des cotisations à l'assurance-chômage est indépendant de la question de savoir si un assuré a droit ou non à des prestations. Le Tribunal de céans retiendra également que le défendeur n'a pas contesté les décisions de cotisations paritaires notifiées par la caisse à la société X_____, alors qu'il en était l'administrateur.

14. Dans ces circonstances, le Tribunal cantonal des assurances sociales considère que le défendeur a violé gravement ses devoirs d'administrateur, de sorte qu'il répond entièrement du dommage subi par la demanderesse.

* * *

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

Statuant

A la forme :

1. Reçoit la requête ;

Au fond :

1. L'admet et lève l'opposition formée par Monsieur B_____, à concurrence du montant de Frs. 17'791,20 ;
2. Déboute les parties de toutes autres ou contraires 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).

Le greffier :

Walid BEN AMER

La présidente :

Juliana BALDE

Le présent arrêt a été notifié aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le