RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1405/2000 **ATAS/107/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 09 mars 2003

1ère Chambre

En la cause

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'ASSURANCE-VIEILLESSE ET SURVIVANTS DE LA FEDERATION ROMANDE DES SYNDICATS PATRONAUX (CIAM) Rue de Saint-Jean 98, 1211 GENEVE 11	Demanderesse en mainlevée d'opposition

contre

Monsieur E_____, GENEVE	Défendeur ancien directeur de PRIVEST SA (faillie)

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente, Mmes Karine STECK et Juliana BALDE, juges

---

EN FAIT

1. La société X_____ SA (ci-après la Société) était une société anonyme inscrite au registre du commerce de Genève depuis le 17 janvier 1992 dont le but consistait en la gestion de fortunes et de biens, notamment mobiliers, l'acquisition et l'administration de participations et la conclusion d'opérations financières. Elle a été dissoute par suite de faillite prononcée par jugement du Tribunal de première instance de la République et Canton de Genève (ci-après le TPI) le 15 décembre 1998 (pièces 11 et 37, fourre CIAM).

2. Dès le 2 octobre 1992, Monsieur P_____ en a été l'administrateur unique avec signature individuelle et Monsieur E_____ le directeur, conjointement avec Monsieur A_____, tous deux disposant de la signature individuelle. Ce dernier a cessé d'exercer cette fonction le 2 mai 1995. Le réviseur de la Société était l'entreprise « Y_____AND CO » depuis le 8 mars 1994. Conformément aux dispositions légales, la Société était affiliée à la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'ASSURANCE VIEILLESSE ET SURVIVANTS DE LA FEDERATION ROMANDE DES SYNDICATS PATRONAUX (ci-après la CIAM) (pièce 37, fourre CIAM).

3. Le 6 août 1998, la CIAM a adressé une taxation d'office concernant les cotisations paritaires de l'assurance-vieillesse et survivants (cotisations AVS) du deuxième trimestre de l'année 1998, basée sur des salaires de l'ordre de 30'000 fr..

4. Le 11 septembre 1998, l'administrateur a contacté la CIAM en lui expliquant qu'il avait entièrement repris les affaires courantes de la Société depuis l'incarcération du directeur en juin 1998. Il a relevé que, suite aux premières constatations, le bilan devait être déposé et qu'il s'était attaché à commencer la liquidation. En ce qui concernait la taxation du deuxième trimestre, celle-ci comportait des erreurs dans la mesure où l'ensemble des salaires du deuxième trimestre 1998 s'élevait à 4'792 fr. 50 et non à 30'000 fr. (pièce 27, fourre CIAM).

5. Le 17 septembre 1998, la CIAM a réclamé les cotisations AVS impayées pour les périodes de janvier à mars et avril à juin 1998. Elle a menacé les responsables de déposer plainte pénale à leur encontre. Le même jour, l'administrateur a répondu que la Société ne possédait aucun bien et a demandé la suppression des amendes et taxes infligées suite au retard dans le paiement des cotisations (pièces 21 et 27, fourre CIAM).

6. Le 18 septembre 1998, l'administrateur de la Société a requis la faillite de celle-ci auprès du TPI. Suite au bilan établi au 31 décembre 1997 par le réviseur, il avait convoqué l'assemblée générale des actionnaires afin d'étudier les comptes 1997, mais le directeur ne s'était pas présenté. Il avait appris par la suite que ce dernier

avait été incarcéré et il avait donc tenté de reprendre lui-même les affaires en cours. Or, il avait constaté que les postes « débiteurs » d'un montant de 175'269 fr. ne possédaient en réalité aucune valeur. En outre, la Société avait continué d'accumuler les frais depuis le 1er semestre 1998 et la trésorerie était inexistante. En conséquence, il s'était attaché à stopper les frais, avait pris contact avec une société spécialisée dans l'archivage et avait vendu le matériel pour une somme de 1'029 fr. 45.

7. Le 2 octobre 1998, la CIAM a écrit à l'administrateur qu'elle avait corrigé la taxation d'office conformément au courrier du 11 septembre 1998 et qu'elle avait pris bonne note de la demande d'extourne de l'administrateur. Celle-ci ne serait toutefois examinée qu'une fois les deux créances acquittées. Des poursuites avaient été requises et suivaient leur cours, mais pouvaient être suspendues à condition qu'un arrangement de paiement intervienne (pièce 28, fourre CIAM).

8. Le 14 octobre 1998, sans nouvelle de l'administrateur, elle l'a menacé de déposer plainte pénale à son encontre pour soustraction de cotisations pour les périodes de janvier à mars et avril à juin 1998. A ce titre, la Société restait devoir un montant de 5'770 fr. 85, plus une somme de 2'273 fr. 60 en tant que part pénale. Le même courrier a été adressé au directeur (pièce 23, fourre CIAM).

9. Le 16 octobre 1998, l'administrateur a expliqué que les cotisations AVS impayées portaient principalement sur les salaires du directeur, lequel était incarcéré suite à des plaintes pénales pour abus de confiance ou détournements de fonds déposées à son encontre. De son côté, l'administrateur avait annulé ses honoraires pour 1997, n'avait rien facturé pour 1998, avait payé une personne durant trois semaines pour liquider les bureaux, avancé les frais pour le stockage des archives dans une société spécialisée et supporté les frais de publication dans les journaux ainsi que ceux de la demande de faillite. L'argent que le directeur avait retenu sur ses propres salaires à titre de cotisations AVS avait été utilisé par lui et par lui seul. Pour cette raison, il lui incombait seul de régulariser cette situation (pièce 24, fourre CIAM).

10. Le 20 octobre 1998, suite à un entretien téléphonique avec l'épouse du directeur, la CIAM a confirmé son accord pour le sursis au paiement demandé par Monsieur E_____. L'arrangement prévoyait un premier versement de 570 fr. dans les dix jours puis des acomptes mensuels de 150 fr. dès le 30 novembre 1998 jusqu'à l'amortissement de la dette de 2'273 fr. 60 due pour la part pénale (pièce 17, fourre CIAM).

11. Le 29 octobre 1998, le premier versement de 570 fr. a été effectué et la CIAM a confirmé les termes du plan de paiement sur plusieurs mois (pièce 19, fourre CIAM).

12. Par jugement du 15 décembre 1998, le TPI a prononcé la faillite de la Société.

13. Le 27 janvier 1999, la CIAM a produit à titre provisoire dans la faillite un montant de 5'131 fr. 30 correspondant aux cotisations AVS arriérées pour les périodes janvier à mars et avril à juin 1998, intérêts moratoires en sus (pièce 15, fourre CIAM).

14. Le 23 mars 1999, elle a produit un montant définitif de 4'734 fr. 45 dans la faillite, suite aux modifications intervenues grâce aux versements effectués sur la part pénale des cotisations (pièce 16, fourre CIAM).

15. Le 6 octobre 1999, le plan de paiement est arrivé à échéance. Le directeur de la Société avait versé le montant convenu, soit 2'273 fr. 60 (pièce 20, fourre CIAM).

16. Le 8 novembre 1999, la faillite de la Société a été suspendue, puis, par jugement du TPI du 25 janvier 2000, clôturée faute d'actifs (pièces 11 à 13, fourre CIAM).

17. Le 3 novembre 2000, la CIAM a adressé à l'administrateur ainsi qu'au directeur de la Société deux décisions en réparation du dommage portant sur un montant de 3'292 fr. 50. Cette somme correspondait au solde restant des cotisations AVS impayées pour la période de janvier à juin 1998 (pièces 1 et 2, fourre CIAM).

18. Par courrier du 23 novembre 2000, l'administrateur a formé opposition contre la décision en réparation du dommage en contestant formellement toute responsabilité. Il a exposé n'avoir nullement été un administrateur passif, mais avoir suivi avec soin les affaires de la Société, les réponses à ses questions ayant toujours été apportées par le directeur de manière très complète. Il s'était avéré par la suite que la situation lui avait été cachée par celui-ci, lequel avait d'ailleurs fait l'objet de poursuites pénales pour détournements de fonds et abus de confiance. Lorsqu'il s'était rendu compte de la situation comptable en prenant connaissance du dernier rapport du réviseur daté du 10 juin 1998, il avait immédiatement requis le dépôt de bilan et le TPI avait prononcé la faillite le 10 novembre 1998 à son instigation (pièce 3, fourre CIAM).

19. Par jugement du 24 novembre 2000, la Cour correctionnelle de la République et Canton de Genève (ci-après la Cour correctionnelle) a condamné Monsieur E_____ à une peine ferme de deux ans d'emprisonnement pour escroqueries, faux dans les titres, gestion déloyale et abus de confiance commis en qualité de gérant de fortune.

20. Le 1er décembre 2000, le directeur a formé opposition à la décision en réparation du dommage en indiquant que des indications plus détaillées parviendraient prochainement à la CIAM sur les motifs de son opposition (pièce 4, fourre CIAM).

21. Le 6 décembre 2000, l'administrateur a produit divers documents desquels il ressortait que le directeur avait comparu devant la Cour correctionnelle le 24 novembre 2000 pour abus de confiance, détournement de fonds et faux dans les titres et qu'il était en réalité responsable de la faillite de la Société. Il avait causé un préjudice de plusieurs millions en établissant des factures pour des honoraires prétendument dus par certains clients à la Société alors que ces clients étaient fictifs. Les débiteurs inscrits au bilan entraient dans le cadre des éléments fabriqués afin de tromper les personnes responsables sur la véritable situation comptable de la Société.

22. Le 12 décembre 2000, le directeur a expliqué que la Société avait connu de grosses difficultés financières dès 1998, raison pour laquelle elle n'avait pas été en mesure de faire face à ses obligations. Il avait d'ailleurs été licencié au mois de juin 1998 et n'avait pas reçu de salaire pour les trois derniers mois. Après son licenciement, il n'avait pas eu accès aux locaux et aux dossiers. En outre, il avait respecté le plan de paiement tel que prévu avec la CIAM et s'était déjà acquitté d'un montant de 2'273 fr. 60. Il a encore indiqué qu'il se trouvait au chômage et qu'il se retrouverait en fin de droit le 22 décembre 2000.

23. Par requête du 27 décembre 2000, la CIAM a requis la mainlevée de l'opposition formée par Monsieur E_____ tout en renonçant à demander réparation du dommage à l'administrateur, lequel n'avait commis aucune négligence grave puisqu'il avait immédiatement réagi lorsqu'il avait connu la situation de la Société en juin 1998. En revanche, Monsieur E_____ était entièrement responsable du dommage dans la mesure où il avait inscrit de faux débiteurs au bilan, lequel se trouvait de ce fait équilibré alors qu'il y aurait eu des mesures à prendre s'il avait été conforme à la vérité. En tant que directeur, il avait dirigé la Société et, s'il y avait eu faillite, cela était entièrement dû aux graves négligences commises dans le cadre de sa gestion. Au surplus, l'absence de ressources financières de la Société ne constituait pas un motif suffisant de disculpation.

24. Le 12 novembre 2003, sur requête du Tribunal de céans, l'entreprise « Z_____ », chargée de conserver les archives de la Société, lui a communiqué les copies des comptes annuels et des rapports de l'organe de révision pour les années 1995 et 1996. Malgré une recherche active, elle n'a pas été en mesure de fournir les rapports des années 1997 et 1998.

25. Pour le surplus, les faits et allégués pertinents des parties seront repris, en tant que besoin, dans la partie « en droit » ci-après.

EN DROIT

1. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-vieillesse, notamment en ce qui concerne l'ancien art. 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (aLAVS). 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 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (aRAVS) ont été abrogés. Le cas d'espèce demeure toutefois 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 déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). Les dispositions légales seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.

2. Aux termes de l'art. 82 al.1 aRAVS, 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. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit en l'occurrence d'un délai de péremption à considérer d'office (ATF 112 V 8, consid. 4c ; RCC 1986 page 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 (art. 82 al. 2 aRAVS).

   Le Tribunal fédéral des assurances (ci-après 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, page 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., page 112) d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

3. Selon la jurisprudence, en cas de faillite, le dommage est en règle générale déjà suffisamment connu lorsque la collocation des créances est publiée, respectivement lorsque l'état de collocation (et l'inventaire) est déposé pour être consulté (ATF 126 V 444 consid. 3a, 121 V 236 consid. 4a, 119 V 92 consid. 3 et les références citées). Ces principes s'appliquent aussi en cas de faillite liquidée

par la procédure sommaire car le jugement ordonnant la liquidation sommaire ne permet pas à lui seul de connaître le dommage (ATF 126 V 445 consid. 3b, 116 V 77 in fine ; VSI 1995 p. 199 consid. 3c, THOMAS NUSSBAUMER, Die Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatzprozess nach Art. 52 AHVG, in : RCC 1991 p. 399 ; idem, Das Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG, in : Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV, Saint-Gall 1998, p.110). Si la faillite n'est liquidée ni selon la procédure ordinaire ni selon la procédure sommaire, il faut admettre que la connaissance du dommage – né au moment de l'ouverture de la faillite – intervient en règle générale au moment de la suspension de la faillite faute d'actifs, la date de la publication de cette mesure dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) étant déterminante (ATF 123 V 16 consid. 5c.). Aussi n'y a-t-il plus lieu de préciser dans ces cas-là, comme cela était la règle selon la jurisprudence antérieure (RCC 1990 p. 302 ss ATF 128 V 12) que la connaissance et la survenance du dommage interviennent en même temps (ATF 129 V 193 consid. 2.3).

Dans le cas d'espèce, la Caisse a eu connaissance du dommage le 08 novembre 1999, date de la suspension de la faillite de la Société pour défaut d'actifs.

4. La demanderesse a notifié le 3 novembre 2000 à Monsieur E_____ sa décision en réparation du dommage. Cette notification est donc intervenue dans le délai d'une année prescrit par l'art. 82 al. 1 aRAVS.

Par ailleurs, Monsieur E_____ a formé opposition le 1er décembre 2000 auprès de la CIAM. Le défendeur a ainsi formé opposition dans le délai imparti par l'art. 81 al. 2 aRAVS.

La CIAM, pour sa part, a respecté le délai de 30 jours prévu par l'art. 81 al. 3 aRAVS en portant le 27 décembre 2000 son action en mainlevée de l'opposition auprès du Tribunal de céans (précédemment la Commission cantonale de recours en matière AVS/AI).

5.a Le litige porte sur la responsabilité des défendeurs dans le préjudice subi par la demanderesse, aux conditions de l'art. 52 aLAVS, lequel prévoit que l'employeur doit couvrir le dommage qu'il a causé en violant les prescriptions intentionnellement ou par négligence grave. 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).

L'art. 14 al. 1 aLAVS, en corrélation avec les art. 34 ss aRAVS, 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 aLAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 195 consid. 2a et les références, ATF non publié H 320/01 et H 333/01 du 8 octobre 2003 consid. 4).

Selon la jurisprudence, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui manque de l'attention qu'un homme 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. 21 et p. 648 consid. 3b).

5.b Dans le cas d'une société anonyme, la notion d'organe responsable selon l'art. 52 aLAVS est en principe identique à celle qui ressort de l'art. 754 al. 1 CO. La responsabilité incombe aux membres du conseil d'administration, ainsi qu'à toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation, c'est-à-dire à celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 II 442 consid. 2b, 571 consid. 3, 107 II 353 consid. 5a). Il faut cependant, dans cette dernière éventualité, que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, c'est-à-dire d'exercer effectivement une influence sur la marche des affaires de la société (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 II 442 consid. 2b, 111 II 84 consid. 2).

Un directeur de société a généralement la qualité d'organe en raison de l'étendue des compétences que cette fonction suppose (ATF 104 II 197 consid. 3b ; FORSTMOSER/ MEIER-HAYOZ/NOBEL, Scheizerisches Aktienrecht, § 37, p. 443 note 17, BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2e éd., p. 1072 note 1969). Mais il ne doit répondre que des actes ou des omissions qui relèvent de son domaine d'activité, ce qui, en d'autres termes, dépend de l'étendue des droits et des obligations qui découlent de ses rapports internes. Sinon, il serait amené à réparer

un dommage dont il ne pouvait empêcher la survenance, faute de disposer des pouvoirs nécessaires (ATF 111 V 178 consid. 5a, FORSTMOSER/ MEIER-HAYOZ/NOBEL, op. cit., § 37, p. 442 note 8 ; ATF non publié H 320/01 et H 333/01 du 8 octobre 2003 consid. 6.2)

5.c En l'espèce, Monsieur E_____, directeur, exerçait à l'évidence une influence prépondérante sur la marche des affaires de la Société, dans la mesure où il disposait de la signature individuelle depuis le 2 octobre 1992 et qu'il s'occupait de toutes les démarches courantes dans la Société. Il avait donc la qualité d'organe au vu de la jurisprudence susmentionnée.

Cela étant, il s'agit de déterminer à présent sa responsabilité en ce qui concerne le dommage subi par la CIAM en raison du non-paiement des cotisations paritaires arriérées de la Société pour les périodes de janvier à mars et avril à juin 1998.

Ainsi que cela ressort de l'ensemble des pièces au dossier, le défendeur s'est rendu coupable de négligence grave dans la mesure où il a non seulement manqué de l'attention qu'un homme raisonnable aurait observée dans la même situation et dans les mêmes circonstances, mais surtout provoqué lui-même la faillite de la Société en détournant certains montants et en falsifiant certaines créances introduites au bilan. En tant qu'unique directeur de la Société, il disposait d'une importante marge de manœuvre lui permettant de diriger celle-ci comme bon lui semblait. Par ses assurances fallacieuses envers l'administrateur unique et ses modifications au bilan, il a permis l'endettement progressif de la Société au détriment de ses principaux créanciers, dont la CIAM, en empêchant tant l'administrateur que le réviseur de connaître la situation comptable alarmante de la Société. Ce n'est qu'une fois le directeur incarcéré que l'administrateur, préoccupé de l'état des affaires de l'entreprise, a été en mesure d'appréhender la réalité et a pu prendre les mesures qui s'imposaient, soit la requête de faillite de la Société.

Cela étant, une responsabilité pleine et entière doit lui être reconnue et son argumentation visant à expliquer les dettes envers la CIAM en raison des difficultés financières de la Société dès 1998 n'est pas pertinente dans la mesure où il a lui-même provoqué lesdites difficultés en ne remplissant pas ses obligations et en détournant d'importants montants sur lesquels il avait un pouvoir de gestion en tant que gérant de fortune.

Au vu de ces éléments, la demande de mainlevée de l'opposition doit être admise.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant
conformément à la disposition transitoire de l'article 162 LOJ

A la forme :

1. Déclare recevable la demande en mainlevée déposée le 27 décembre 2000 par la CIAM dirigée contre Monsieur E_____ ;

Au fond :

2. Lève l'opposition formée par Monsieur E_____ en date du 1er décembre 2000 ;

3. Déboute les parties de toutes autres ou contraires 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 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 :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

La secrétaire-juriste : Flore PRIMAULT

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