RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1406/2001 **ATAS/201/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 30 mars 2004

6ème Chambre

En la cause

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES (FER CIAM), anciennement CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'AVS DE LA DE FEDERATION ROMANDE DES SYNDICATS PATRONAUX (CIAM), rue de Saint-Jean 98, Genève — Demanderesse

contre

Monsieur H_____, ancien administrateur d'X_____ SA (faillie) — Défendeur

---

Siégeant : Madame Isabelle DUBOIS, Présidente, Mesdames Karine STECK et Maya CRAMER, juges.

EN FAIT

1. X_____ SA (ci-après la société) était une société anonyme inscrite au registre du commerce de Genève depuis le 2 avril 1998 dont le but consistait en l'édition de publications de presse en sous-traitance, spécialement de catalogues pour entreprises et collectivités.

2. Dès le 9 avril 1998, plusieurs administrateurs se sont succédés jusqu'au 17 septembre 1998, date à laquelle Monsieur H_____ a occupé ce poste, disposant de la signature individuelle. A cette date également, Monsieur R_____ a obtenu une procuration individuelle et l'entreprise « Y_____ SA » a repris la fonction de réviseur. En outre, dès le 18 novembre 1998, Monsieur T_____ a occupé le poste de directeur et a bénéficié à ce titre de la signature individuelle.

3. Le 9 avril 1999, la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'ASSURANCE VIEILLESSE ET SURVIVANTS DE LA FEDERATION ROMANDE DES SYNDICATS PATRONAUX (ci-après la CIAM) a réclamé à la société un montant de 9'993 fr. 85, dont 2'984 fr. 45 dus à titre de part pénale, correspondant aux cotisations paritaires arriérées de l'assurance-vieillesse et survivants (cotisations AVS) et aux cotisations d'allocations familiales arriérées (cotisations AF) pour la période de septembre à décembre 1998.

4. Le 7 juin 1999, la CIAM a menacé l'administrateur de la société de déposer plainte pénale à son encontre pour soustraction de cotisations pour la période de septembre 1998 à mars 1999 ainsi que pour défaut de renseignements, la déclaration de salaires pour le premier trimestre 1999 n'ayant pas été déposée. Le montant des cotisations impayées s'élevait alors à 12'673 fr. 95, dont 3'639 fr. 45 de part pénale.

5. Le 1er juillet 1999, la société a informé la CIAM lors d'un entretien téléphonique qu'elle n'occupait plus de personnel depuis le 1er avril 1999.

6. Le 5 août 1999, sans nouvelle de la part de l'administrateur, la CIAM a informé Monsieur R_____, au bénéfice d'une procuration individuelle, qu'elle déposerait plainte pénale à son encontre pour les mêmes infractions que celles reprochées à l'administrateur. Elle lui accordait un délai au 19 août 1999 pour lui

fournir des explications concrètes quant à un éventuel amortissement de la dette en cours et proposer un plan de paiement.

7. Par jugement du 14 septembre 1999, le Tribunal de première instance de la République et Canton de Genève (ci-après le TPI) a prononcé la faillite de la société.

8. Le 22 septembre 1999, l'ex-administrateur de la société a informé la CIAM que la faillite avait été prononcée et que Monsieur T_____, le directeur, avait détourné des fonds de la société et quitté la Suisse. Plainte pénale avait été déposée à son encontre et un mandat d'amener avait été délivré.

9. Le 13 octobre 1999, la CIAM a réclamé à l'ex-administrateur le solde de la part pénale due sur les cotisations impayées pour la période de septembre 1998 à mars 1999, soit un montant de 3'639 fr. 45. Elle a réclamé à Monsieur R_____ un montant de 982 fr. 50 (part pénale des cotisations impayées pour la période de septembre à décembre 1998).

10. Le même jour, elle a produit dans la faillite de la société un montant de 9'784 fr. 25 auprès de l'Office des faillites Arve-Lac, correspondant aux cotisations impayées pour la période de septembre 1998 à mars 1999.

11. Le 29 octobre 1999, la CIAM a deR_____ef réclamé les montants litigieux tant à l'ex-administrateur qu'à Monsieur R_____. Il lui manquait en outre toujours l'attestation des salaires pour le premier trimestre 1999.

12. Le 23 décembre 1999, elle a déposé plainte pénale contre l'ex-administrateur auprès du Parquet du Procureur général pour soustractions de cotisations AVS et AF.

13. Le 27 janvier 2000, l'ex-administrateur a promis à la CIAM qu'il s'acquitterait d'un montant de 2'806 fr. ainsi que de 833 fr. 45 à titre de part pénale.

14. Le 29 mai 2000, la CIAM a produit un montant définitif de 10'316 fr. 55 dans la faillite de la société, correspondant tant aux cotisations AVS qu'aux contributions AF impayées pour la période de septembre 1998 à mars 1999.

15. Le 7 juillet 2000, la faillite de la société a été suspendue et, le 10 octobre 2000, clôturée faute d'actifs.

16. Le 12 octobre 2000, le Parquet a rendu une ordonnance de condamnation à l'encontre de l'ex-administrateur de la société par laquelle il l'a condamné à une

peine d'emprisonnement de deux mois avec sursis assorti d'un délai d'épreuve de cinq ans. L'ordonnance faisait état de « sa regrettable propension à assurer son train de vie aux dépens d'autrui et d'une consternante désinvolture envers des obligations claires qu'il aurait pu aisément respecter avec un minimum de bonne volonté ». Il était rappelé qu'il avait déjà été condamné auparavant, notamment pour non-versement de cotisations AVS.

17. Le 5 juillet 2001, la CIAM a adressé à l'ex-administrateur une décision en réparation du dommage portant sur un montant de 9'244 fr. 25 correspondant aux cotisations impayées pour la période de septembre 1998 à mars 1999.

18. Par courrier du 6 août 2001, ce dernier a formé opposition contre cette décision.

19. Par acte du 11 septembre 2001, la CIAM a requis la mainlevée de l'opposition en expliquant que l'ex-administrateur ne s'était à aucun moment réellement préoccupé de solliciter un plan de paiement pour l'arriéré de cotisations, ni ne lui avait fait part de la situation financière de la société. Il n'avait fourni aucune explication lors de son opposition, alors même qu'il aurait pu fournir des motifs justifiant ou excusant son comportement. Il avait failli à son devoir d'administrateur en ne s'acquittant pas des cotisations en souffrance et en abandonnant sans contrôle une partie de la gestion au directeur, Monsieur R_____, celui-ci ayant par la suite quitté la Suisse. Cette passivité pouvait lui être reprochée dans la mesure où son mandat l'obligeait à vérifier la situation financière de la Société et à veiller à ce que les salaires soient dûment déclarés et les cotisations payées. Par ailleurs, exerçant la profession d'expert-comptable et possédant une fiduciaire, il connaissait parfaitement les obligations incombant à un administrateur de société.

20. Le 4 octobre, le défendeur a répondu par l'intermédiaire de son conseil qu'il ne contestait pas avoir été administrateur de la société, mais que la gestion effective de celle-ci avait été laissée au directeur exclusivement. En outre, il n'avait pas bénéficié de la signature sur le compte en banque de la société et n'avait donc eu aucun pouvoir pour payer d'éventuelles dettes de cette dernière. Il souhaitait être entendu afin de développer ses arguments.

21. Par courrier du 8 septembre 2003, le Tribunal de céans a convoqué la demanderesse et le défendeur le 30 septembre 2003. Seule la demanderesse a comparu et a déclaré être demeurée sans nouvelles du défendeur depuis la date du dépôt de la demande en mainlevée. Elle a persisté dans ses conclusions en relevant que si ce dernier n'avait eu aucun pouvoir de gestion dans la société, il aurait dû démissionner.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales. Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la présente loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants sont transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique, sur les contestations en matière d'assurance vieillesse et survivants notamment (cf. art. 56V LOJ). La compétence du Tribunal de céans est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.

2. 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). 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.

3. 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 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 (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, 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., page 112) d'où résulte la perte de la créance de la caisse.

4. Selon la jurisprudence, en cas de faillite, le dommage est en règle général 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 CIAM a eu connaissance du dommage le 10 octobre 2000, date du jugement du TPI clôturant la faillite de la société faute d'actifs.

5. La demanderesse a notifié le 5 juillet 2001 à Monsieur H_____ 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 H_____ a formé opposition le 6 août 2001 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 porté le 11 septembre 2001 son action en mainlevée de l'opposition auprès du Tribunal de céans (précédemment la Commission cantonale de recours en matière AVS/AI). Compte tenu des féries prévues à l'art. 22 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968

(PA) , applicable dans le domaine de l'AVS en vertu de l'art. 96 aLAVS (ATF 122 V 65), la CIAM a respecté le délai de 30 jours prévu par l'art. 81 al. 3 aRAVS et son action est ainsi recevable.

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 administrateur ne peut se libérer de sa responsabilité de veiller personnellement à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés soient payées à la caisse en soutenant qu'il faisait confiance à ses collègues chargés de l'administration du personnel de l'entreprise et du versement desdites cotisations à la caisse de compensation. Il a au contraire le devoir d'exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données (art. 716 a al. 1 ch. 5 CO). Si les membres du conseil d'administration qui ne sont pas chargés de la gestion ne sont certes pas tenus de surveiller chaque affaire des personnes chargées de la gestion et de la représentation mais peuvent se limiter au contrôle de la direction et de la marche des affaires, ils doivent cependant, entre autres obligations, se mettre régulièrement au courant de la marche des affaires, exiger des rapports et les étudier minutieusement et, au besoin, demander des renseignements complémentaires et essayer de tirer au clair d'éventuelles erreurs (ATF 114 V 223 consid. 4a ; ATF non publié H 265/02 du 3 juillet 2003).

5.c En l'espèce, il s'agit de déterminer la responsabilité du défendeur en ce qui concerne le non-paiement des cotisations paritaires arriérées de la société pour les périodes de septembre 1998 à mars 1999.

Le comportement passif du défendeur semble être une constante de son caractère, dans la mesure où le juge pénal a lui-même déjà constaté sa désinvolture certaine face aux obligations de droit public qui lui incombent. Le défendeur ne semble ainsi pas avoir saisi la portée de l'art. 52 aLAVS et de la jurisprudence y relative. Son mandat d'administrateur lui commandait de veiller personnellement à la bonne marche des affaires et, en particulier, au paiement des cotisations AVS auprès de la caisse de compensation, cela nonobstant le mode de répartition interne des tâches au sein de la gestion et de l'administration de la société. Un administrateur ne saurait se borner à soutenir qu'il faisait confiance à ses

collègues chargés de gérer les finances de l'entreprise et de régler lesdites cotisations à la caisse intimée, ou à affirmer qu'il n'avait qu'un rôle subalterne, car cela constitue déjà en soi un cas de négligence grave. On rappellera d'ailleurs que la jurisprudence s'est toujours montrée sévère, lorsqu'il s'est agi d'apprécier la responsabilité d'administrateurs qui alléguaient avoir été exclus de la gestion d'une société et qui s'étaient accommodés de ce fait sans autre forme de procès (RCC 1992 p. 268-269 consid. 7b ; 1989 p. 115-116 consid. 4 ; ATFA non publié du 2 juillet 2001 en la cause H 9/01 consid. 5b.).

La passivité dont a fait preuve le défendeur est en outre en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi par la demanderesse. En effet, s'il avait correctement assumé ses fonctions d'administrateur de la Société, il aurait pu veiller à ce que les paiements des cotisations sociales soient effectués. Cela est d'autant plus vrai qu'il sied de constater que c'est depuis son entrée au conseil d'administration de la société que les cotisations sociales ont cessé d'être versées.

Quant au montant du dommage, cette question ne fait l'objet d'aucune contestation et n'est donc pas sujet à discussion.

Pour tous ces motifs, il convient d'admettre la demande de la CIAM et de prononcer la mainlevée de l'opposition du défendeur intervenue le 6 août 2001.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

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

A la forme :

1. Déclare recevable la demande en mainlevée déposée le 11 septembre 2001 par la CIAM dirigée contre Monsieur H_____ ;

Au fond :

2. L'admet;

3. En conséquence, prononce la mainlevée de l'opposition formée par Monsieur H_____ en date du 6 août 2001 ;

4. Dit que la procédure est gratuite ;

5. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions ;

6. 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 :
Nancy BISIN	Isabelle DUBOIS

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