



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1420/2000 ET A/1356/2001

ATAS/397/2004

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 27 mai 2004

3ème Chambre

En la cause

Caisse cantonale genevoise de compensation,
route de Chêne 54, 1211 Genève 29

Demanderesse
en mainlevée
d'opposition

contre

Monsieur M _____,

Défendeur,
ancien
directeur de
XSA (faillie)

comparant par Maître Christian BUONOMO en l'étude duquel il élit
domicile.

et

Monsieur C _____,

Défendeur,
ancien
administrateur
de XSA
(faillie)

comparant par Maître Dominique AMAUDRUZ en l'étude duquel il élit
domicile.

EN FAIT

Siégeant : Mme Karine STECK, Présidente,
Mmes Juliana BALDE et Maya CRAMER, juges

1. MM.
2. C _____ et
3. M _____ ont conclu le 12 avril 1995 un contrat préalable de société simple stipulant qu'ils associaient leurs efforts en vue de l'exploitation de la société XSA (ci-après la société) à constituer. M. C _____ apportait son savoir-faire d'architecte, tandis que M. M _____ amenait son expérience d'entrepreneur. Le capital social, s'élevant à fr. 100'000.-, était partiellement libéré, par M. C _____ exclusivement, et se répartissait entre les associés à hauteur de 70% pour M. C _____ et de 30% pour M. M _____. Le contrat prévoyait aussi des droits d'emption, de préemption et de substitution entre associés pour les actions détenues par chacun, ainsi que la mention du salaire qui serait attribué à M. M _____ pour son activité à temps complet au sein de la société, indépendamment de la part lui revenant au titre des bénéfices réalisés et répartie proportionnellement au nombre d'actions dont il serait titulaire (cf. contrat de société simple, pièce N° 2 du chargé C _____).
4. La société anonyme a été constituée à Genève et inscrite au Registre du commerce (RC) en date du 12 avril 1995. Elle avait pour but l'exploitation d'une entreprise générale de construction, du bâtiment, du génie-civil, des travaux publics, des travaux spéciaux et des aménagements paysagers. Dès sa création, M. C _____ en a été l'administrateur, au bénéfice d'une signature individuelle, et M. M _____ le directeur, également avec signature individuelle (cf. extrait du RC, pièce N° 1 du chargé C _____).
5. La société a occupé du personnel salarié à partir du 1^{er} juin 1995 (en moyenne trois à quatre personnes). Suite à une sommation de la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la caisse), elle a été affiliée à cette dernière avec effet rétroactif à sa création en avril 1995 (cf. pièces N° 24 et 25 caisse).
6. Par courrier du 25 novembre 1995, M. C _____ a licencié avec effet immédiat M. M _____ au motif que ce dernier ne l'avait pas tenu informé de la rentabilité de l'entreprise (cf. pièce N° 3 du chargé C _____).
7. Dans un rapport intermédiaire de l'organe de révision du 30 novembre 1995, il est apparu que le capital-actions de la société n'avait pas été entièrement libéré, qu'un inventaire des marchandises n'avait pas été dressé à la date du bilan, qu'il n'existait pas de comptabilité régulière des prix de revient par chantier, que la gestion des salaires présentait des lacunes (salaires payés sans les retenues sociales, absence de justificatifs et de contrats pour le 2^{ème} pilier) et enfin, qu'il

n'y avait pas eu établissement de programme des travaux permettant d'apprécier les montants à recevoir sur contrats et les engagements de la société à l'égard de tiers. Par ailleurs, les comptes intermédiaires présentaient un déficit au bilan de fr. 329'193.10.

8. Une assemblée générale extraordinaire des actionnaires s'est tenue le 18 décembre 1995. M. M_____ a admis ne pas avoir effectué d'inventaire. Il a indiqué détenir des rapports de chantier à son domicile privé, mais ne pas voir l'utilité de les soumettre à l'organe de révision. Il a déclaré qu'il n'avait pas eu le temps de mettre en place une structure pour la gestion des salaires et qu'il n'avait par ailleurs pas donné suite à un contact pris avec la Bâloise Assurances concernant l'assurance du deuxième pilier. Il n'a fourni aucun élément à propos du programme des travaux. M. C_____ a demandé et obtenu, à la majorité des voix, le report de l'avis au juge au mois de janvier 1996, afin d'examiner les documents éventuels que M. M_____ devait lui remettre d'ici avant le 22 décembre 1995. Au surplus, M. C_____ a remis un chèque de fr. 547 à M. M_____, pour paiement du solde de son salaire du mois de novembre 1995, tiré sur son compte personnel en raison de l'absence de liquidités de la société.
9. Par jugement du 31 janvier 1996, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de la société (cf. pièce N° 2 caisse).
10. Par deux courriers du 10 mai 1996, adressés séparément à MM. C_____ et M_____, la caisse a mis en demeure la société, sous peine de dénonciation au Procureur général, de lui verser la part des cotisations AVS-AI déduite des salaires, soit fr. 7'800.95 - sur une créance totale de fr. 15'885.95, frais de poursuite et intérêts non compris. Seuls fr. 4'000 ont été versés par M. C_____ (cf. pièces N° 20 et 23 caisse).
11. La caisse a produit le 8 novembre 1996 sa créance définitive dans la faillite pour un montant de fr. 14'997.05, correspondant au solde impayé des cotisations pour la période d'avril 1995 à janvier 1996 (cf. pièce N° 5 caisse).
12. Par circulaire du 22 septembre 1999, l'Office des faillites (OP) a informé la caisse que sa créance était colloquée en 2^{ème} classe pour la somme de fr. 14'997.05 et qu'aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers chirographaires (cf. pièce N° 5 caisse).
13. Le 3 août 2000, la caisse a notifié à MM. C_____ et M_____, pris solidairement, deux décisions en réparation du dommage à hauteur de

fr. 14'997.05, représentant les cotisations paritaires dues au 31 janvier 1996, y compris les frais et intérêts moratoires.

14. M. M_____ a formé opposition le 25 août 2000, alléguant qu'il n'assumait aucune responsabilité financière et était uniquement en charge du suivi des chantiers. Il a soutenu que seul M. C_____ avait la haute main sur les questions touchant à l'engagement, au paiement des salaires et des cotisations sociales.
15. M. C_____ a formé opposition par acte du 1^{er} septembre 2000, complété le 15 novembre 2000. Il a notamment fait valoir que M. M_____ n'avait pas rempli son rôle de directeur et que c'était précisément la raison pour laquelle il l'avait limogé à la fin du mois de novembre 1995. Afin d'assurer la survie de la société, il avait réglé certaines factures par le biais de son propre bureau d'architecte. Il avait lui-même déposé le bilan et demandé la faillite de la société.
16. Le 25 septembre 2000, la caisse a déposé auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI (ci-après la Commission) une requête visant à la levée des oppositions formées par MM. C_____ et M_____. Cette cause a été enregistrée sous le numéro A/1420/2000. La caisse estime que la société était gérée par ces deux personnes et que leur intention de collaborer ressort d'ailleurs du contrat préalable de société simple établi le 12 avril 1995. Aucun ne s'est toutefois préoccupé du paiement des charges sociales. La caisse reproche notamment à M. C_____ d'avoir assuré la survie de la société en payant des factures par le biais de sa propre entreprise, au lieu de privilégier le paiement des cotisations sociales et fait remarquer à cet égard que la fiduciaire avait rendu un rapport très défavorable en décembre 1995, relevant notamment d'importantes lacunes dans la gestion des salaires. Aucune démarche n'avait cependant été prise par M. C_____ pour corriger cet état de faits. S'agissant de M. M_____, la caisse fait valoir que les pièces du dossier mettent en évidence qu'il exerçait une fonction de directeur administratif en plus du suivi des chantiers, de sorte qu'il faut considérer qu'il a également agi de manière gravement négligente et causé un préjudice à la caisse.
17. Invité à se déterminer, M. M_____ a allégué le 23 octobre 2000 qu'il n'était pas administrateur de la société, mais un simple employé technique et salarié, en charge du suivi des chantiers et inscrit comme directeur au RC. A ce titre, il assure n'avoir jamais été en mesure d'influer sur la marche de la société ou sur sa gestion financière. Il affirme que c'est M. C_____ qui avait la haute main sur le domaine administratif et financier et qui gérait les relations avec la banque ;

ce dernier était à la fois promoteur des terrains où se déroulaient les travaux, entrepreneur général par rapport aux entreprises qui y intervenaient et administrateur avec signature individuelle de la société à qui était confiée une partie des travaux, en tant que sous-traitante de l'entrepreneur général. La société avait d'ailleurs son siège à l'adresse du bureau d'architecture de M. C _____ (AMA) et sa secrétaire, Mme P _____, rédigeait les courriers et saisissait les données comptables sur ses instructions. M. M _____ a également contesté la teneur des propos qui lui ont été attribués dans le procès-verbal de l'assemblée générale du 18 décembre 1995, présidée par M. C _____, et dont Mme P _____ a rédigé le procès-verbal. La rédaction se serait d'ailleurs faite en dehors sa présence et il n'en aurait pas reçu copie. Le défendeur a en outre allégué qu'il n'avait eu accès aux pièces comptables de la société qu'au moment de son licenciement, que M. C _____ n'avait jamais tenu compte de ses remarques au sujet des comptes et que ses salaires des mois de novembre et décembre 1995 ne lui avaient pas été versés, ce qui attestait bien qu'il n'avait aucun pouvoir en matière de gestion financière de la société. Enfin, M. M _____ a soutenu que son associé avait tenté de se soustraire à ses obligations en lui faisant porter la responsabilité de la gestion de la société. Il a ajouté avoir déposé contre lui une plainte pénale qui a été classée. S'agissant de la prétention de la caisse, M. M _____ fait valoir qu'elle serait prescrite, pour cause de tardiveté.

18. M. C _____ s'est déterminé le 10 novembre 2000. Il a expliqué avoir limogé M. M _____ parce que ce dernier ne remplissait pas son rôle de directeur, ne payait pas les factures des fournisseurs et ne tenait ni comptabilité des chantiers ni inventaire des marchandises. C'était afin d'évaluer la situation de la société et pour achever les chantiers en cours que M. C _____ avait mis à disposition son bureau d'architecte et réglé les factures de plusieurs entreprises et certains salaires restés impayés. Il relève que l'OP a d'ailleurs accepté sa production dans la faillite de la société à concurrence de fr. 100'943.45. Le défendeur a allégué avoir appris à la lecture du bilan intermédiaire du 30 novembre 1995 que M. M _____ n'avait pas versé les cotisations paritaires des employés. Il a alors convoqué une assemblée générale extraordinaire des actionnaires, tenue le 18 décembre 1995, lors de laquelle il a été décidé de déposer le bilan de la société, à moins que M. M _____ ne justifiât que les chantiers en cours permettaient de couvrir les dettes sociales. Cette démarche ayant échoué, M. C _____ s'est résolu à déposer le bilan le 19 janvier 1996.

Il a encore assuré avoir tout tenté pour assurer la survie de la société et mettre fin à la gestion catastrophique qu'il déplorait. Les moyens de la société ne permettaient pas de régler les montants en suspens auprès de la caisse de

compensation. M. C _____ affirme avoir déposé le bilan de la société dès qu'il a constaté qu'elle ne pouvait pas être assainie, bilan extraordinaire à l'appui et compte tenu de la crise immobilière, raison pour laquelle il estime que sa responsabilité n'est pas engagée. Enfin, M. C _____ fait valoir que les prétentions de la caisse seraient prescrites s'agissant des montants dus pour la période d'avril à juillet 1995.

19. Le 1^{er} mai 2001, la Caisse suisse de compensation a informé la caisse que M. P _____ avait été salarié de la société de juillet à décembre 1995 et s'est étonnée qu'aucun compte individuel n'ait été ouvert à son nom.
20. Sur la base de cette information, la caisse a rendu en date du 20 juin 2001 deux décisions complémentaires aux précédentes, adressées séparément à MM. M _____ et C _____ pris comme débiteurs solidaires, réclamant le paiement de la somme de fr. 4'655.65, représentant les cotisations paritaires dues pour ce salarié non déclaré.
21. Par acte du 22 juin 2001, M. M _____ a formé opposition à cette décision complémentaire, renvoyant aux arguments déjà avancés.
22. M. C _____, quant à lui, a formé opposition le 21 juillet 2001.
23. Le 8 août 2001, la caisse a déposé auprès de la Commission une requête visant à la levée de ces oppositions. La cause a été enregistrée sous le numéro A/1356/2001. Elle allègue que les cotisations sociales impayées relatives au salaire versé à M. P _____ – d'un montant de 4'655 fr. 65 - venaient s'ajouter au dommage déjà invoqué, l'augmentant ainsi à fr. 19'652.70. La caisse soutient qu'elle n'a eu connaissance de ce préjudice supplémentaire qu'en date du 1^{er} mai 2001, lorsque la Caisse suisse de compensation l'a informée que des cotisations avaient été déduites du salaire de M. P _____, alors qu'elle-même ignorait l'existence de cet employé.
24. Par acte du 4 février 2004, le Tribunal de céans a ordonné la jonction des causes A/1356/2001 et A/1420/2000.
25. Le 26 février 2004, les parties ont été entendues en comparution personnelle. Elles ont notamment déclaré ce qui suit :
 - M. C _____ a expliqué que son bureau d'architecte disposait de chantiers de construction et qu'il avait monté l'entreprise XSA avec M. M _____ pour s'occuper de ceux-ci. Sa fonction de directeur englobait

la gestion de la société, l'engagement du personnel, les contacts avec les fournisseurs et l'achat de matériel. Il allait de soi, selon le défendeur, que M. M_____ se chargerait également du paiement des cotisations sociales. Dès lors, il ne s'estime pas responsable. Les difficultés de la société l'ont cependant amené à céder temporairement sa secrétaire à M. M_____ pour établir les décomptes des salaires, suivant les indications de ce dernier. Il dit avoir découvert à la faillite de la société, que les cotisations sociales n'avaient pas été payées. Il a alors chargé la fiduciaire Y SA d'organiser rapidement une assemblée générale extraordinaire pour l'établissement d'un décompte intermédiaire. Il a précisé qu'il ne disposait pas des détails de la gestion courante de la société et que la déclaration de salaires établie le 18 janvier 1996 et signée de sa main avait été constituée sur la base des informations fournies par la fiduciaire. Il a expliqué qu'en 1996, il avait beaucoup réduit le personnel de la société et versé des montants à des personnes qui s'étaient présentées à lui, sans pouvoir quantifier les montants en question, ni préciser la date des versements. Tant M. M_____ que lui-même disposaient de la signature individuelle sur les comptes de la société.

- M. M_____ a, pour sa part, notamment déclaré qu'il collaborait de longue date avec M. C_____ et, qu'en sa qualité de directeur technique de XSA, il n'était responsable que de la partie technique de l'entreprise. Tout ce qui relevait de la gestion financière passait par son associé, en sa qualité d'administrateur unique. Il lui transmettait toutes les estimations de travaux, y compris les pièces comptables qu'il établissait. Il a reconnu avoir procédé à l'engagement d'un seul employé, celui de M. P_____. Quant aux décomptes de salaires, c'est la secrétaire de M. C_____ qui les établissait. Il a rappelé qu'il n'était pas présent à l'assemblée générale extraordinaire du 18 décembre 1995 et qu'il contestait la véracité du procès-verbal établi à cette occasion. Il a affirmé qu'il avait fourni le 30 novembre 1995 tous les documents que lui réclamait la fiduciaire Y SA, que l'entreprise dégagait un bénéfice et qu'un nouveau bilan aurait alors pu être établi.

26. Lors de l'audience d'enquêtes du 26 février 2004, MM. D_____ et C_____ ont également été entendus à titre de témoins.

- M. D_____, collaborateur du bureau d'architecte de M. C_____, a déclaré que M. M_____ gérait les questions liées aux fournisseurs, les embauches et les salaires. C'est ainsi qu'il a assisté à

une discussion entre M. M _____, d'une part, et un contremaître et un carreleur, d'autre part, qui ont ensuite été engagés par la société XSA.

- M. C _____, directeur de la fiduciaire Y SA, organe de révision de la société, a indiqué que M. M _____ lui avait été présenté comme le chef opérationnel de la société et qu'il s'occupait de la gestion, de l'administration et de la conduite des chantiers, M. C _____ se reposant entièrement sur lui. M. C _____ a consulté M. C _____ au mois de novembre 1995, alarmé par le découvert bancaire de la société qui équivalait à trois fois le montant de son capital. C'est sans succès que M. C _____ a alors tenté de procéder à une vérification des comptes, car de nombreuses pièces comptables et attestations de salaires manquaient. Il a dû réclamer un inventaire, la mise à jour de la comptabilité et l'indication des prix de revient. M. M _____ lui a assuré que ces documents se trouvaient à son domicile, mais il ne les a pas fournis. M. C _____ s'est assuré que le bilan soit déposé pour surendettement. Il a confirmé les termes du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire et précisé que M. M _____ y avait pris part et qu'il s'était d'ailleurs engagé à cette occasion à fournir les documents manquants.
27. Dans ses observations du 15 mars 2004, M. M _____ a relevé que les décomptes de salaires avaient été dressés par la secrétaire de M. C _____, que ce dernier était administrateur unique de la société et qu'il avait admis avoir payé « de sa poche » des fournisseurs et versé des salaires aux employés. Du fait que son associé a réduit le personnel, M. M _____ tire la conclusion que ce dernier était également personnellement en charge de la gestion. Enfin, il souligne s'être présenté à M. C _____ comme chef opérationnel de la société et non comme « homme à tout faire » de celle-ci.
28. M. C _____ a pour sa part relevé dans ses observations du 15 mars 2004 que l'office des poursuites avait accepté sa production dans la faillite de la société à concurrence de fr. 100'943.95, ce qui démontre qu'il a réglé plusieurs factures et des salaires impayés en relation avec la société. Il fait valoir qu'il ne peut être tenu pour responsable du non-paiement des cotisations sociales, dans la mesure où il a suivi de près l'évolution de la société en sa qualité d'administrateur et entrepris tout ce qui était en son pouvoir pour que celle-ci puisse satisfaire à ses obligations, y compris en matière d'assurances sociales. Il a notamment procédé au versement des salaires des employés et payé certains fournisseurs afin d'assurer la survie de la société. Il affirme n'avoir appris que le 30 novembre 1995, au moment du dépôt du bilan intermédiaire, que la société

subissait une perte de fr. 329'193.10 et que son associé ne s'était pas préoccupé du versement des cotisations paritaires des employés. Il a alors immédiatement convoqué une assemblée générale extraordinaire et déposé le bilan. Au surplus, le défendeur maintient que la créance de la caisse portant sur les cotisations sociales des mois d'avril à août 1995, seraient prescrites, tout comme celle relative aux cotisations sociales de M. P_____.

EN DROIT

1. a) 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 (TCAS ; art. 1 let. r LOJ).

Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après TA) a constaté d'office la nullité de l'art. 1 let. r LOJ, considérant que le TCAS avait été créé en violation de l'art. 131 de la Constitution genevoise (Cst GE).

b) Force est de constater que cette conclusion ne saurait lier le tribunal de céans, aux motifs suivants :

- elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, non ses motifs. L'autorité de la chose jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ; KNAPP, Précis de droit administratif, 4^{ème} édition, 1991, p. 248ss ; HABSCHEID, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313ss.) ;
- l'autorité de la chose jugée ne vaut quoi qu'il en soit que pour les moyens que le tribunal pouvait examiner (cf. KNAPP, op. cit., p. 251). Or, il apparaît en l'espèce douteux que le TA devait - et même pouvait - à l'occasion d'un recours interjeté pour violation des droits politiques contre un arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de l'élection des juges assesseurs au TCAS, contrôler la constitutionnalité de la loi instituant cette juridiction ;

- une loi inconstitutionnelle ne saurait être déclarée nulle. Seul, l'acte pris en application de celle-ci est annulable (cf. Jean-François AUBERT, *Bundesstaatsrecht der Schweiz*, vol. I, 1991, p. 178, note 430). Il convient au surplus de relever qu'un tribunal se doit en règle générale d'agir avec retenue, plus particulièrement lorsque les conséquences de l'annulation bouleverseraient tout un régime juridique (ATF 112 Ia 313). Tel est manifestement le cas ici, dès lors que le considérant topique de l'arrêt du TA revient à nier l'existence d'une juridiction qui fonctionne depuis le 1^{er} août 2003 déjà, et dont les juges titulaires, ainsi que les juges suppléants, ont été régulièrement élus.

c) Le TCAS examine d'office sa compétence ; vu l'arrêt du TA du 30 mars 2004 niant jusqu'à son existence, il a également à vérifier la conformité à l'art. 131 Cst GE de la loi l'instituant.

Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales – LPGA –, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

Selon l'art. 131 al. 1 Cst GE, « la loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales ; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence ». Lors de la création du TA en 1971, cette disposition constitutionnelle a été complétée par un second alinéa, libellé comme suit : « Un tribunal administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit ».

La Constitution s'interprète selon les mêmes principes que les lois ordinaires. Les règles d'interprétation permettant au juge de dégager le sens d'une disposition sont connues : ce dernier peut recourir à une interprétation littérale, historique, téléologique ou systématique de la norme. Le juge devra partir prioritairement du texte clair de la loi. Le TA, dans son arrêt du 30 mars 2004, a considéré que le texte de l'art. 131 al. 2 Cst GE ne laissait pas de place pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif ; il a interprété « un tribunal »

comme signifiant « un seul tribunal ». Or, l'art. 131 al. 2 Cst GE précise que ce tribunal administratif est institué « dans les cas où la loi le prévoit ». C'est dire que, nécessairement, le reste du contentieux administratif relève d'autres juridictions. Ainsi l'interprétation littérale permet-elle à elle seule de conclure que le terme « un » doit être qualifié, grammaticalement, d'article indéterminé.

Une telle analyse est du reste confirmée par les interprétations historique et téléologique. Il résulte des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil – MGC - 1970, p. 554 ss.) que le législateur, en 1970, entendait créer, aux côtés des juridictions civiles et pénales existantes prévues à l'art. 131 al. 1 Cst GE, un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif. Ce tribunal était destiné à remplacer les autres autorités – Conseil d'Etat, commissions de recours, etc. - qui avaient à connaître des recours contre les décisions des départements. Il n'était cependant pas question que ce remplacement soit général, raison pour laquelle ce tribunal s'était vu doté de compétences d'attribution. Il était évident que certaines commissions spéciales devaient subsister, notamment en raison de leur composition particulière (composition paritaire, experts...). Selon le Mémorial du Grand Conseil (p. 557), « dans le système envisagé, le TA, le Conseil d'Etat et les commissions spécialisées dont le maintien aura été décidé, constitueront autant de juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

Dès le 1^{er} janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d'une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de ces juridictions n'a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d'assurances sociales, jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l'occurrence.

Si l'on devait suivre l'interprétation du TA dans son arrêt du 30 mars 2004, non seulement le TCAS, mais également toutes les autres commissions de recours spéciales - y compris celles rattachées au TA lui-même - seraient inconstitutionnels. Tel n'a manifestement pas été le but visé par le législateur.

Au vu de ce qui précède, la création du TCAS en application de la LPGA est conforme à la Constitution genevoise.

L'élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004, le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire permettant au TCAS de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

2. Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'assurance-vieillesse et survivants (cf. article 56 V LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.
3. 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 la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'article 52 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS). Désormais, la responsabilité de l'employeur y est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à et les articles 81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (ci-après RAVS) ont été abrogés. Le cas d'espèce reste 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 déterminant se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). Les dispositions légales seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.
4. a) 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 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 réalité d'un délai de péremption à considérer d'office (ATF 113 V 181 = RCC 1987 p. 607 ; ATF V 8, consid. 4 c = RCC 1986 p. 493). Lorsque ce droit dérive d'un acte punissable par le code pénal à un délai de prescription de plus longue durée, ce délai est applicable (cf. art. 82 al. 2 RAVS).

Le Tribunal fédéral des assurances sociales (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. Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a « rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer » (FRITSCHÉ, *Schuldbetreibung und Konkurs* II, 2^{ème} édition, p. 112), d'où résulte la perte de la créance de la caisse.

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 (ATF 199 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 19990 p. 415).

Les termes «en règle ordinaire» signifient qu'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 ; T. NUSSBAUMER, *Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure en réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS*, RCC 1991 p. 456). 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, s'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), 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).

S'agissant du délai de péremption de cinq ans prévu par l'art. 82 al. 1 in fine RAVS, le TFA a jugé qu'il débute au moment où survient le dommage, soit dès que l'on peut admettre que les cotisations dues ne peuvent plus être recouvrées pour des motifs juridiques ou des motifs de fait (ATF 126 V 444 consid. 3a = VSI 2001 p. 195 ; ATF 121 III 384 consid. 3bb, 388 consid. 3a). Ainsi, en cas de faillite, en raison de l'impossibilité pour la caisse de récupérer les cotisations dans la procédure ordinaire de recouvrement, le dommage subi par la caisse est réputé être survenu le jour de la faillite ; le jour de la survenance du dommage marque celui de la naissance de la créance en réparation (ATF 123 V 16 consid. 5c = VSI 1997 p. 219 s.) et la date à partir de laquelle court le délai de cinq ans de l'art. 82 al. 1 in fine RAVS (fait dommageable) (Arrêt du TFA du 4 avril 2003 en la cause Y. M. ; VSI 6/2003 p. 435).

b) En l'espèce, la caisse a eu connaissance du dommage le 22 septembre 1999, date à laquelle l'office des faillites l'a informée qu'aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers chirographaires. Les décisions en réparation du dommage, notifiées le 3 août 2000, sont donc intervenues dans le délai d'une année imparti par l'art. 82 al. 1 RAVS.

Pour leur part, les défendeurs ont formé opposition les 25 août et 1^{er} septembre 2000, soit dans le délai imparti par l'art. 81 al. 2 RAVS.

La caisse a respecté le délai de 30 jours prévu par l'art. 81 al. 3 RAVS en portant le 25 septembre 2000 auprès de la Commission cantonale de recours ses actions en mainlevée des oppositions, enregistrée sous le numéro de cause A/1420/2000.

Par ailleurs, la caisse a appris, le 1^{er} mai 2001, qu'aucune cotisation sociale n'avait été versée pour M. G. P_____, employé de la société dont elle ignorait l'existence jusqu'alors. Dès lors, elle a notifié, le 20 juin 2001, deux décisions complémentaires en réparation du dommage. Là encore, ces décisions ont été notifiées dans le délai prévu par l'art. 82 al. 1 RAVS.

Les oppositions, formées en date des 25 juin et 21 juillet 2001, sont également intervenues en temps utile (art. 81 al. 2 RAVS) et la caisse a respecté le délai de 30 jours prévu par l'art. 81 al. 3 RAVS en portant le 8 août 2001 auprès de la Commission ses actions en mainlevée des oppositions, enregistrées sous le numéro de cause A/1356/2001. En effet, compte tenu des fêtes judiciaires qui s'étendent du 15 juillet au 15 août inclus (art. 22a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 – PA), le délai de recours contre l'opposition du 25 juin 2001 n'est échu qu'à partir du 25 août 2001.

c) Le dommage consiste dans le non paiement des cotisations sociales du personnel salarié de l'entreprise à partir du mois de septembre 1995. La faillite de la société a été prononcée par jugement du Tribunal de première instance du 31 janvier 1996, ce qui marque le jour de la survenance du dommage et la naissance de la créance en réparation de la caisse, ainsi que la date à partir de laquelle court le délai de cinq ans de l'art. 82 al. 1 in fine RAVS (cf. VSI 6/2003 p. 435). Dès lors, force est de constater que la caisse a agi dans les délais en notifiant aux défendeurs le 3 août 2000 sa décision en réparation du dommage et que sa créance n'est pas prescrite.

Concernant les cotisations sociales impayées de M. P _____, la caisse a également agi dans les délais en notifiant ses décisions en réparation du dommage le 20 juin 2001, soit dans le délai de cinq ans prévu par l'art. 82 al. 1 in fine RAVS, puisqu'elle n'avait été tenue informée de l'existence de sa créance que le 1^{er} mai 2001 par courrier de la caisse suisse de compensation.

Le dommage s'élève donc à 19'652 fr. 70, représentant le cumul des créances en réparation de la caisse de 14'997 fr. 05 et de 4'655 fr. 65.

5. a) Le litige porte sur la responsabilité des défendeurs dans le préjudice subi par la demanderesse aux conditions de l'art. 52 LAVS (teneur en vigueur jusqu'au 31 janvier 2002), lequel prévoit que l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse de compensation est tenu à réparation. Il sied de rappeler que cet article est une disposition spéciale (RCC 1989 p. 117).

L'art. 14 al. 1 LAVS - en corrélation avec les art. 34ss 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. Selon le TFA, la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS est liée au statut de droit public (ATF 112 V 155, consid. 5 ; RCC 1987 220). L'employeur qui néglige d'accomplir cette tâche enfreint les prescriptions de l'art. 52 LAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 193 consid. 2a et références).

b) 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 (n°6003 des directives de l'office fédéral des assurances sociales sur la perception des cotisations [DP] ; ATF 114 V 79 consid. 3 ; 113 V 256 consid. 3c ; RCC 1988 p. 136 consid. 3c ; ATF 111 V 173, RCC 1985 p. 649 consid. 2).

Dans le cas d'une société anonyme, la jurisprudence considère en effet que la notion d'organe responsable selon l'art. 52 LAVS 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 V 441 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 V 442 consid. 2b, 111 II 84 consid. 2a).

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, Schweizerisches Aktienrecht, § 37, p. 443 note 17; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2e éd., note 1969 p. 1072). Mais il ne doit répondre que des actes ou des omissions qui relèvent de son domaine d'activités, 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).

Par ailleurs, le TFA a indiqué qu'on peut aussi considérer, du point de vue administratif, comme employeur une communauté de personnes sans personnalité juridique. Du point de vue des assurances sociales, il faut donc considérer la société simple comme l'employeur (arrêt du 13 juin 1890, en la cause H. S.A. et T. S.A; RCC 1981 p. 355 consid. 3).

c) 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 p. 259 ; RCC 1972 p. 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 (ATFA du 28 juin 1982 ; RCC 1983 p. 101).

6. a) Dans le cas d'espèce, M. M_____ était le directeur de la société dès sa constitution le 12 avril 1995, au bénéfice d'une signature individuelle. Pour ce qui relève du domaine d'activités de M. M_____, soit l'étendue des droits et des obligations qui découlent des rapports internes à la société, il faut relever que celle-ci était gérée à la fois par MM. C_____ et M_____, que leur intention de collaborer dans le cadre des activités de la société ressortait du contrat préalable de société simple du 12 avril 1995 et que M. M_____ apportait à la société son savoir faire d'entrepreneur. Du seul fait que M. M_____ bénéficiait de la signature individuelle, il y a lieu d'en déduire qu'il pouvait exercer une influence décisive sur le comportement de la société et d'en conclure qu'il avait la qualité d'organe, au sens de la jurisprudence précitée (cf. ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 V 441 consid. 2b, 571 consid. 3, 107 II 353 consid. 5a).
- b) Concernant plus précisément M. C_____, il avait incontestablement la qualité d'organe de la société en tant qu'administrateur de celle-ci au bénéfice d'une signature individuelle.
7. Les règles juridiques et jurisprudentielles concernant la responsabilité des organes d'une société anonyme s'appliquent par analogie aux organes d'une société simple, telle que la société XSA (cf. arrêt du 13 juin 1890, en la cause H. S.A. et T. S.A; RCC 1981 p. 355 consid. 3).Commet une négligence grave l'employeur qui ne tient pas compte de ce que toute personne censée se trouvant dans la même situation et les mêmes circonstances aurait considéré (n° 7024 DP).

Le degré de diligence à exiger dépend de celle qui est généralement attendue ou peut et doit être attendue en matière commerciale de la catégorie d'employeurs à laquelle appartient celui dont la responsabilité doit être jugée (n°7025 DP). Qui plus est, il était également actionnaire de 30 % de la société.

La délégation des fonctions de gestion et de représentation à des tiers ne décharge pas les organes de leur obligation de surveillance au sens de l'art. 716a al. 1 CO. L'administrateur, qui ne demande aucun renseignement sur le paiement et les décomptes des cotisations, ne donne pas d'instruction ou n'ordonne pas de contrôle alors que les pertes prennent des proportions menaçantes, agit par négligence grave. La passivité en dépit de la connaissance (éventuelle) du défaut de paiement de cotisations dues doit être considérée comme négligence grave. Le devoir de surveillance concernant l'obligation de payer les cotisations doit être jugé d'autant plus sévèrement, lorsque l'organe a été effectivement exclu de la gestion (n°7032 –7034 DP).

Ainsi, un homme de paille, qui ne fait pas usage de ses droits de contrôle, agit par négligence grave (RCC 1986 420).

Il sied de relever qu'en matière de SA, celui qui se déclare prêt à assumer ou à conserver un mandat d'administrateur, tout en sachant qu'il ne pourra pas le remplir consciencieusement, viole son obligation de diligence (ATF 122 III 200 consid. 3b ; RDAT 1993 I p. 374 consid. 6). En n'exerçant aucune surveillance, le recourant a donc commis une négligence qui doit, sous l'angle de l'art. 52 LAVS, être qualifiée de grave (ATF 112 V consid. 2b). Que l'administrateur ne soit pas en mesure d'exercer ses fonctions, parce que la société est dirigée en fait par d'autres personnes, ou qu'il ait accepté son mandat à titre fiduciaire dans le seul but de permettre au conseil d'administration de satisfaire aux exigences de l'art. 708 al. 1 CO n'est pas un motif de suppression ou d'atténuation de la faute commise (J-F EGLI, Aperçu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative à la responsabilité des administrateurs de société anonyme, in Publication CEDIDAC 8 1987, p. 32).

9. a) Dans le cas particulier, il apparaît que M. C _____ s'est entièrement déchargé sur M. M _____ de la gestion et de la représentation de la société, dont la fonction de directeur englobait sa gestion, l'engagement du personnel, les contacts avec les fournisseurs et l'achat de matériel. M. M _____ avait le devoir et le pouvoir de prendre toutes les mesures nécessaires à la bonne gestion de la société. Or, du 1^{er} juin 1995, *dies a quo* où la société a occupé du personnel, jusqu'à son licenciement intervenu le 25 novembre 1995, il ne s'est jamais

acquitté du paiement des cotisations sociales. Ce faisant, il a manifestement commis une faute grave et engagé sa responsabilité à l'égard de la caisse, au sens de l'art. 52 LAVS.

b) M. C_____ a quant à lui agi comme « homme de paille » de la société et fait usage tardivement de son droit de contrôle sur les activités de M. M_____, découlant de son statut d'administrateur. En effet, M. C_____ n'était pas déchargé de son obligation de surveillance au sens de l'art. 716a al. 1 CO du seul fait qu'il avait délégué à M. M_____ les fonctions de gestion et de représentation de la société. Or, M. C_____ n'a pas jugé utile de se renseigner auprès de M. M_____ sur la marche de la société, puis l'a licencié le 25 novembre 1995, au motif que celui-ci ne l'avait pas tenu informé de la rentabilité de l'entreprise. Force est dès lors de constater que depuis la création de la société en avril 1995, jusqu'à sa prise de connaissance du rapport de l'organe de révision du 30 novembre 1995 faisant état de pertes graves, M. C_____ a fait preuve d'une trop longue passivité (durant environ huit mois), assimilable à une violation grave de son obligation de diligence. Le Tribunal de céans constate ainsi que M. C_____ doit répondre du dommage causé à la Caisse au sens de l'art. 52 LAVS.

10. Au vu de ce qui précède, les demandes en mainlevée de la Caisse des 25 septembre 2000 et 8 août 2001 contre les oppositions formées par MM. M_____ et C_____, respectivement les 25 août et 1^{er} septembre 2000, ainsi que les 22 juin et 21 juillet 2001, sont admises.

**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 recevables les demandes en mainlevée déposées les 25 septembre 2000 et 8 août 2001.

Au fond :

2. Accorde à la Caisse cantonale genevoise de compensation la levée des oppositions formées par MM. M _____ et C _____ à hauteur de 19'652 fr. 70 ;
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 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 :

Janine BOFFI

La Présidente :

Karine STECK

Le secrétaire-juriste : Alain ACHER

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