RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1447/2001 **ATAS/810/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

1ère chambre

du 5 octobre 2004

En la cause

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, domiciliée route de Chêne 54 à Genève	demanderesse
contre	
Monsieur A_____, comparant par Me François BLUM en l'Etude duquel il élit domicile	défendeur ancien président de l'association X_____ (faillie)

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente
Mmes Isabelle DUBOIS et Valérie MONTANI, Juges

EN FAIT

1. L'association X_____ (ci-après l'association) était une association dont le but consistait à encourager, promouvoir et développer la culture sous toutes ses formes, notamment dans les domaines du cinéma, du théâtre, de la musique électrique, ainsi que toutes performances artistiques ou sociales s'y rapportant. L'association était également destinée à financer, produire et créer au sein de « Y_____ » des spectacles et performances culturels. Existante depuis le 25 août 1989 et inscrite au registre du commerce de Genève depuis le 22 avril 1996, elle était affiliée à la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la CCGC) depuis septembre 1989.

2. Monsieur A_____, membre du comité, en a été le président et Monsieur L_____, également membre du comité, le secrétaire dès le 22 avril 1996. Tous deux disposaient de la signature individuelle sur les comptes de l'association.

3. Par décision du 21 mars 1997, la CCGC a fixé à 64'195 fr. 75 le montant dû par l'association à titre de cotisations AVS-AI complémentaires pour la période janvier à décembre 1996. Le 24 mars 1997, elle lui a réclamé 96'895 fr. 75 correspondant à l'arriéré de cotisations sur les salaires versés pour toute l'année 1996, y compris le complément de 64'195 fr. 75. Cette créance englobait également la part de cotisations AVS/AI de 14'526 fr. 25 dues par les salariés et retenue sur leur rémunération (part pénale).

4. Du 1er au 4 décembre 1997, la CCGC a procédé à un contrôle d'employeur auprès de l'association pour les années 1994 à 1996. Il en ressortait que certains salaires n'avaient pas été déclarés en 1994 et que des cotisations AVS/AI supplémentaires pour l'année en cause d'un montant de 35'679 fr. 10, intérêts moratoires y compris, étaient dues. La CCGC a réclamé cette somme à l'association par courrier du 11 décembre 1997.

5. Faute de paiement, la Caisse a été contrainte de diriger des poursuites contre l'association auprès de l'Office des poursuites et des faillites d'Arve-Lac (ci-après l'OP).

6. Le 12 mai 1999, l'OP a procédé à la saisie d'un montant de 21'034 fr. sur le compte de l'association auprès de la Banque cantonale de Genève. Il est apparu que l'association n'avait aucune créance envers des tiers, pas de frais de location, ceux-ci étant mis gratuitement à disposition par la Ville de Genève, plus de stock, ni de biens mobiliers ou immobiliers saisissables, ni de personnel. Le même jour, l'association a annoncé à la Caisse sa mise en liquidation officielle pour le vendredi 14 mai 1999.

7. Le 11 juin 1999, l'association a été dissoute, et le 17 juin 1999 liquidée et radiée du registre du commerce.

8. Le 19 novembre 1999, la CCGC s'est vu remettre trois actes de défaut de biens portant sur des montants de 33'556 fr. 60, 12'427 fr. 40 et 50'487 fr. 45, soit un total de 96'471 fr. 45.

9. Le 20 février 2001, la CCGC a procédé à un nouveau contrôle d'employeur portant sur les bilans, pertes et profits, grand-livre et pièces comptables de l'association pour la période du 1er janvier 1997 au 9 mai 1999. Selon la Caisse, il ressortait de ces documents que le salaire de Monsieur M_____, animateur, n'avait pas été déclaré en 1998 et qu'il fallait procéder à une reprise de cotisations AVS/AI pour l'année en cause sur un salaire global de 20'840 fr. Le montant des cotisations supplémentaires s'élevait à 2'780 fr. 05, frais administratifs compris.

10. Par décision de cotisations du 7 mars 2001, la CCGC a réclamé cette somme à l'association en lui accordant un délai de paiement au 6 avril 2001. Elle a en outre attiré son attention sur la possibilité qu'elle avait de réclamer des intérêts moratoires au taux de 5 % en cas de non-respect du délai de paiement.

11. Par courrier séparé du même jour, elle a également notifié une décision en réparation du dommage à Monsieur A_____ en lui réclamant paiement de 2'780 fr. 05 à titre de cotisations supplémentaires. Elle a expliqué qu'il s'agissait d'une somme due et exigible lorsqu'il avait pris ses fonctions et échue au cours de son mandat.

12. Par courrier de son conseil du 12 avril 2001, Monsieur A_____ a formé opposition à cette décision auprès de la Commission cantonale de recours en matière AVS/AI (ci-après la Commission). Il a expliqué que Monsieur M_____ n'avait jamais été salarié de l'association et qu'il avait agi en tant qu'indépendant pour rendre différents services et prestations de décorations lors de l'organisation de manifestations. Par ailleurs, il a contesté la reprise de salaires de 20'840 fr. en relevant que, d'après les fiches de salaire en sa possession, le total des paiements effectués à Monsieur M_____ durant l'année 1997 s'était élevé à 12'450 fr. Rien ne lui avait été versé en 1998 et 1999. Il a encore souligné que le contrôleur n'avait fait aucune mention d'un défaut de cotisations AVS/AI auprès du représentant de l'ex-association qui était présent lors du contrôle. Pour le surplus, il a demandé à la Commission de se référer à son écriture du 13 décembre 2000, déposée dans le cadre d'une autre procédure pendante enregistrée sous le N° A/1334/2001 l'opposant également à la Caisse pour d'autres montants.

13. Le 16 mai 2001, la CCGC a requis de la Commission la mainlevée de l'opposition. Elle a expliqué en substance que l'association avait versé une rémunération qualifiée de salaire à Monsieur M_____ sans la déclarer et que des cotisations AVS/AI devaient être perçues à ce titre. Par ailleurs, elle a rappelé que ce dernier

avait été salarié de l'association de 1990 à 1996, raison pour laquelle l'argumentation du défendeur consistant à prétendre qu'il n'avait jamais été salarié n'était pas pertinente.

14. Par réponse du 26 juin 2001, Monsieur A_____ a conclu au maintien de son opposition et au rejet de la requête en mainlevée de la CCGC. Il ne conteste plus que Monsieur M_____ ait été salarié de l'association en tant que « permanent » et, à ce titre, déclaré comme tel auprès de la Caisse. Il précise néanmoins que celui-ci avait quitté cette fonction dans le courant de l'année 1996 et avait ensuite effectué des prestations et rendu des services de décoration en tant qu'indépendant dans le cadre de thés dansants organisés par l'Association. Il rappelle que la caisse n'avait apporté aucune preuve de la qualité de salarié de Monsieur M_____ pour les années en cause et ne pouvait se baser sur le fait qu'il avait été salarié auparavant afin de le déclarer salarié pour l'année 1998.

15. Pour le surplus, les faits et allégués pertinents des parties dans le cadre de la présente procédure, ainsi que dans celle portant le n°A/1334/2001 et opposant les mêmes parties, seront repris en tant que de besoin dans la partie « en droit » ci-après. En ce qui concerne cette dernière procédure, le Tribunal de céans précise par ailleurs qu'un jugement distinct sera rendu ultérieurement.

EN DROIT

1. 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, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

   Statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 1er juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (ATF 130 I 226).

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 de céans, statuant en instance unique

sur les contestations en matière d'assurance- vieillesse et survivants notamment (cf. art. 56V LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La 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'art. 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS). Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'art. 52 LAVS et les art. 81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS) 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.

   Il y a lieu de constater que la décision de cotisations du 7 mars 2001 est nulle parce qu'adressée à l'association déjà dissoute.

4. L'objet du litige porte en premier lieu sur le fait de savoir si la caisse intimée était fondée à faire valoir sa créance en réparation du dommage directement auprès du défendeur alors que la décision de cotisations était nulle parce qu'adressée à l'association déjà dissoute.

   a) La condition essentielle de l'obligation de réparer le dommage consiste, selon le texte même de la disposition en cause, soit l'art. 52 LAVS, dans le fait que l'employeur a, intentionnellement ou par négligence grave, violé des prescriptions et ainsi causé un préjudice, ce qui doit être constaté, le cas échéant, par une décision. 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 14 consid. 5b ; ATFA non publié du 19 février 2003 en la cause H 284/02). Le caractère subsidiaire de la responsabilité des organes d'une personne morale signifie que la caisse de compensation doit d'abord agir contre le débiteur des cotisations (employeur). Ce n'est que lorsque celui-ci n'est plus à même de remplir ses obligations que la caisse est fondée à agir contre les organes responsables, autrement dit en cas d'insolvabilité de l'employeur (ATF 113 V 256 consid. 3c., Thomas NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach art. 52 AHVG, PJA 1996, p. 1074 ss ad. 7a).

   Les deux créances, celle en paiement des cotisations et celle en réparation du dommage, doivent être distinguées non seulement quant à leur objet, mais aussi quant à leur nature. Si la première se fonde directement sur la loi, ce qui rend en principe inutile une individualisation et une concrétisation par un autre acte, la seconde ne se fonde qu'indirectement sur la loi, en ce sens que le législateur s'est borné à en fixer les conditions de naissance et d'exercice, et que pour devenir

effective elle a encore besoin d'être individualisée et concrétisée par une décision prise en conformité des règles de procédure instituées (cf. GRISEL, op.cit., p. 587 s.; Blaise KNAPP, Précis de droit administratif, 4e éd., n. 861 et 962).

b) En l'espèce, la demanderesse allègue avoir subi un dommage au sens de l'art. 52 LAVS dans la mesure où un montant réclamé à titre de cotisations supplémentaires pour 1998, soit 2'780 fr. 05, lui a échappé. Les cotisations en cause, normalement à charge de l'association, ne pouvaient plus être perçues, puisqu'elles n'ont pas pu être encaissées selon la procédure instituée à cet effet, en raison de l'insolvabilité de l'association.

La demanderesse était par ailleurs fondée à réclamer directement au défendeur la réparation du dommage résultant du non-paiement des cotisations de Monsieur M_____ en 1998 dès lors que l'association n'était plus à même de remplir ses obligations, vu sa dissolution le 11 juin 1999, puis sa liquidation et sa radiation du registre du commerce de Genève intervenue en date du 17 juin 1999.

On relèvera à ce propos que, dans le cas d'espèce, le Tribunal de céans devrait également examiner l'exactitude du montant en cause figurant dans la décision de cotisations, si le défendeur soulève des griefs précis, de nature à faire naître des doutes quant au bien-fondé de la décision de cotisations rendue. Il serait en effet envisageable d'appliquer la jurisprudence développée en matière de décision de cotisations rendue postérieurement à la faillite, l'ancien administrateur de la société n'ayant pas la possibilité d'attaquer cette décision (VSI 1993 p. 182 consid. 3b et c, ATFA non publié du 10 février 2004 en la cause n° H 309/03).

La question peut cependant restée ouverte dès lors que la demanderesse n'a pas agi dans le délai de l'art. 82 al. 1 RAVS.

5. a) Aux termes de cette disposition, le droit de la caisse de compensation de demander la réparation du dommage se prescrit lorsqu'elle 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 (al. 1). 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 (al. 2). En dépit de la terminologie dont use l'art. 82 RAVS, les délais institués par cette norme ont un caractère péremptoire (ATF 128 V 12 consid. 5a, 17 consid. 2a, 126 V 451 consid. 2a, 121 III 388 consid. 3b et les références).

Par moment de la «connaissance du dommage» au sens de l'art. 82 al. 1 RAVS, il faut entendre, en règle générale, le moment où la caisse de compensation aurait dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances effectives ne permettaient plus d'exiger le paiement des cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (ATF 128 V 17 consid. 2a, 126 V 444 consid. 3a, 452 consid. 2a, 121 III 388 consid. 3b et les références).

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. En cas de faillite, le moment de la connaissance du dommage ne coïncide pas avec celui où la caisse connaît la répartition finale ou reçoit un acte de défaut de biens; la jurisprudence considère, en effet, que le créancier qui entend demander la réparation d'une perte qu'il subit dans une faillite connaît suffisamment son préjudice, en règle ordinaire, lorsqu'il est informé de sa collocation dans la liquidation; il connaît ou peut connaître à ce moment-là le montant de l'inventaire, sa propre collocation dans la liquidation, ainsi que le dividende prévisible (ATF 128 V 17 consid. 2a et les références citées). Lorsque la caisse subit un dommage à cause de l'insolvabilité de l'employeur et en dehors de la faillite de ce dernier, le point de départ du délai d'une année coïncide avec le moment de la délivrance d'un acte de défaut de biens ou d'un procès-verbal de saisie selon l'art. 115 LP (ATF 113 V 256 consid. 3c, 112 V 158 consid. 3).

b) En l'espèce, la décision en réparation du dommage litigieuse est intervenue le 7 mars 2001.

Or, l'association a informé la caisse le 12 juin 1999 que les comptes avaient été bouclés et qu'ils avaient laissé apparaître un solde d'environ 21'000 fr. qui venait d'être saisi. A cette même date, l'association lui a annoncé sa mise en liquidation officielle pour le vendredi 14 mai 1999. Par ailleurs, la demanderesse s'est vu remettre par l'OP trois actes de défaut de biens portant sur des montants respectifs de 33'556 fr. 60, 12'427 fr. 40 et 50'487 fr. 45, soit un total de 96'471 fr. 45 le 19 novembre 1999.

Vu les informations obtenues par l'association au cours du mois de juin 1999 ainsi que sa dissolution, sa liquidation et sa radiation du registre du commerce le 17 juin 1999, et compte tenu des actes de défaut de biens reçus le 19 novembre 1999, la demanderesse aurait dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances effectives ne permettaient plus d'exiger le paiement des cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage. Elle aurait ainsi dû procéder à un contrôle de l'employeur pour les années en cause plus tôt, afin de pouvoir rendre une décision à temps, soit dans le délai péremptoire d'une année dès la connaissance du dommage, cette connaissance étant intervenu au plus tard le 17 juin 1999, date à laquelle la demanderesse s'est vu remettre des actes de défaut de biens.

En rendant une décision le 7 mars 2001, la demanderesse a agi avec retard et doit se voir opposer la péremption de l'art. 81 al. 1 RAVS. Au vu de ces éléments, la demande de mainlevée de la CCGC sera rejetée.

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 16 mai 2001 par la CCGC et dirigée contre Monsieur A_____.

Au fond :

2. Constate que la décision en réparation du dommage de la CCGC du 17 mars 2001 est intervenue tardivement, de sorte qu'elle est périmée.

3. Rejette en conséquence la requête en mainlevée de l'opposition.

4. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions.

5. Condamne la demanderesse à verser au défendeur la somme de 1'000 fr. à titre de participation à ses frais et dépens.

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 :

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 et communiquée pour information à Monsieur M_____ par le greffe