RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1452/2000 **ATAS/937/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

1ère chambre

du 2 novembre 2004

En la cause

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, domiciliée route de Chêne 54 à Genève — demanderesse

contre

Monsieur S_____ — défendeur
ancien administrateur de D. S_____ SA (faillie)

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

EN FAIT

1. La société D. S_____ SA, ayant pour but l'importation et la commercialisation de vins en gros et au détail, a été constituée à Genève en 1983. Elle a été affiliée auprès de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION (ci-après CCGC) depuis cette date. Monsieur S_____ en était l'administrateur unique depuis sa création.

2. Depuis 1997, la société a rencontré d'importantes difficultés de paiement à telle enseigne qu'elle n'a plus versé dans les délais les cotisations AVS-AI et n'a plus fourni les attestations de salaires annuels en temps utile. Menacé du dépôt d'une plainte pénale, l'administrateur a prié la CCGC de lui accorder un plan de paiement et s'est acquitté de la part pénale des cotisations 1998.

3. Le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de la société le 23 février 1999. De l'état de collocation publié le 3 novembre 1999, est résulté un dividende prévisible de 13,01%. Ce dividende a été versé à la Caisse par l'Office des faillites de sorte que la créance de celle-ci est passée de 12'188 fr. 35 à 8'156 fr. 30, déduction faite également de la part pénale 1998.

4. Par décision du 29 septembre 2000, la Caisse a réclamé à l'ancien administrateur le paiement du montant de 9'741 fr. 50, à titre de réparation du dommage causé par le non-paiement des cotisations AVS-AI, y compris les frais et les intérêts moratoires, dues pour les années 1997, 1998 et 1999 par la société. Du décompte annexé à la décision, il ressort que pour l'année 1997, restait dû 4'804 fr. 65 compte tenu des versements effectués de 8'255 fr. 80 et pour l'année 1998, 4'714 fr. 70, les versements ayant été de 3'243 fr. 75.

5. L'intéressé a formé opposition le 17 octobre 2000. Il considère qu'il n'a commis aucune négligence grave, et déclare que sa situation financière ne lui permet pas d'envisager le versement du montant réclamé.

6. La Caisse a déposé le 16 novembre 2000 une requête auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI visant à obtenir la levée de l'opposition.

7. Invité à se déterminer, l'ancien administrateur rappelle qu'il a réglé dans sa totalité la part pénale et précise qu'il n'a pas pu payer le solde en raison des difficultés financières rencontrées par la société. Celle-ci manquait en effet de liquidités et une grande partie de sa clientèle était composée de restaurateurs qui tombaient eux-mêmes en faillite. Il allègue par ailleurs avoir personnellement réinjecté dans la société en 1997 des fonds propres à hauteur de 250'000 fr., par la constitution d'une hypothèque légale sur un bien immobilier familial. Il ajoute enfin qu'il s'est contenté de prélever un salaire mensuel net de 2'000 fr. par mois, alors qu'il travaillait pour la société à plein temps.

8. Entendu par la greffière-juriste en charge du dossier le 19 novembre 2002, l'ancien administrateur a précisé que l'augmentation du capital effectuée en 1997 n'avait finalement pas été suffisante pour assainir la situation :

> « les affaires ne se sont pas développées comme je l'espérais. Nous possédions un stock de marchandises trop important. Les marchés devenaient très compétitifs. Certains de nos clients, les restaurateurs, ont fait faillite. Je ne peux pas produire ni les comptes de pertes et profits ni les bilans de la société. Ils sont restés à l'Office des faillites – Carouge. Je sais que le dividende obtenu aurait pu être supérieur à ce qu'il a été ».

Interrogé sur d'éventuelles mesures d'assainissement prises, il a ajouté que :

> « je n'ai pas repris d'apprenti à la rentrée 1998. En 1999, seul un salarié figure dans l'attestation des salaires annuels. Monsieur T_____, un ami et moi-même avons travaillé sans salaire. En 1997 et 1998, j'ai réalisé un salaire d'environ 25'000 fr. par année. Je n'ai jamais prélevé davantage. Nous avons déménagé probablement fin 1997, de la route des Jeunes où nous sous-louions un local à l'Avenue de la Praille où nous avons pu obtenir une arcade-bureau dans l'immeuble où se trouvait déjà notre dépôt. C'était pour nous une opportunité parce que le prix était raisonnable, bien que plus cher. Cette décision a été prise dans le but de rationaliser le travail, d'en améliorer les conditions, de favoriser la vente aux privés. Je pense que le chiffre d'affaire de la société a pu être amélioré grâce à ce déménagement. Malheureusement, cela n'a pas été suffisant » (cf. procès-verbal de comparution personnelle du 19 novembre 2002).

9. Il appert du décompte produit par la Caisse que les salaires ont passé de 90'643 fr. 40 en 1997, à 52'576 fr. 55 en 1998.

10. La cause a été transmise d'office au Tribunal de céans le 1er août 2003.

11. Renseignements pris auprès de l'Office des faillites, il est apparu que les pièces comptables et les autres documents concernant la société auraient été archivés sans avoir été répertoriés.

La cause a alors été gardée à juger.

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. 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 (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.

3. 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 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 RAVS).

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.

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).

Dans le cas d'espèce, la Caisse a eu connaissance du dommage lors du dépôt de l'état de collocation, soit le 3 novembre 1999.

La demanderesse a notifié le 29 septembre 2000 à l'ancien administrateur sa décision en réparation du dommage. Cette notification est donc intervenue dans le délai d'une année prescrit par l'art. 82 al. 1 RAVS, ainsi que dans les cinq ans à compter du fait dommageable.

L'intéressé a formé opposition le 16 novembre 2000 auprès de la CCGC, soit dans le délai imparti par l'art. 81 al. 2 RAVS.

La CCGC, pour sa part, a respecté le délai de 30 jours prévu par l'art. 81 al. 3 RAVS en portant le 16 novembre 2000 son action en mainlevée de l'opposition auprès de la Commission cantonale de recours en matière AVS/AI.

4. 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.

5. Selon l'article 52 LAVS, 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.

   Le montant du dommage correspond à la perte subie par la caisse. Appartiennent à ce montant les cotisations paritaires (cotisations patronales et d'employés ou ouvriers) dues par l'employeur, les contributions, frais d'administration, les intérêts moratoires, les taxes de sommation et les frais de poursuite (Directives sur la perception des cotisations N° 6010).

   En l'espèce, le dommage subi par la Caisse consiste en la perte de la créance qu'elle possédait contre la société, représentant le solde des cotisations paritaires AVS-AI dues pour les années 1997, 1998 et 1999 par la société, soit 9'741 fr. 50.

6. L’art. 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 ss. RAVS, 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 (ci-après TFA) a déclaré, à réitérées reprises, que celui qui néglige de l’accomplir enfreint les prescriptions au sens de l’art. 52 LAVS 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).

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 (cf. ATFA du 28 juin 1982, RCC 1983, p. 101).

Lorsque l'employeur est une personne morale, ses organes répondent solidairement, à titre subsidiaire, du dommage causé par celui-ci, notamment quand la personne morale n'existe plus au moment où la responsabilité est engagée (cf. No 6003 des directives de l'OFAS sur la perception des cotisations - DP; ATF 114 V 79, consid. 3; 113 V 256, consid. 3c; RCC 1988, page 136, consid. 3c; ATF 111 V 173, RCC 1985, page 649, consid. 2.).

Par "organe", il faut entendre toute personne physique qui représente la personne morale à l'extérieur ou qui peut exercer une influence décisive sur le comportement de celle-ci (cf. no 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le TFA s'est toujours référé à l'article 754, 1er alinéa, en corrélation avec l'article 759, 1er alinéa du CO. Conformément à ces articles, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle, répondent, à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elle leur cause en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Sont réputés chargés de l'administration ou de la gestion au sens de l'article 756 CO "non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels, mais également les personnes qui prennent effectivement des décisions relevant des organes, ou qui assument la gestion proprement dite et ont ainsi une part prépondérante à la formation de la volonté au sein de la société"

(ATF 107 II 353, consid. 5a; ATF 112 II 1985 et l'arrêt du 21 avril 1988 en la cause A; Forstmoser, Die aktienrechtlische Verantwortlichkeit, 2ème éd., pages 209 et ss).

En l'occurrence, le défendeur a été administrateur unique de la société et inscrit comme tel au Registre du commerce. Il a dès lors indiscutablement la qualité d'organe formel de la société anonyme. (cf. FORSTMOSER, op. cit. N° 654 et 655, p. 2089 ; GUHL, MERZ & KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht, 7ème édition, p. 691; ATF 86 II 271 et 93 II 22).

7. 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).

Pour admettre l'existence d'un comportement intentionnel, il suffit que l'administration d'une société en difficulté ait fait passer avant le paiement des cotisations d'autres dépenses qu'elle jugeait – à tort ou à raison – absolument indispensables à la survie de l'entreprise cela même si elle a été chargée d'intervenir dans une situation déjà compromise qu'il s'agissait de redresser et qu'elle a dû parer au plus pressé pour éviter la faillite. On doit admettre dans ces conditions que l'administration a commis une faute ou à tout le moins une négligence grave lorsqu'au moment où elle a pris en mains la gestion puis tout au long de son activité la survie de la société n'était pas raisonnablement envisageable (cf. ATFA non publié A.SA. du 21.04.1988). Il peut arriver qu'en retardant le paiement de cotisations, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie. Il faut pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'article 52 LAVS que l'on puisse admettre que l'employeur avait au moment où il a pris sa décision des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter de sa dette dans un délai raisonnable (RCC 1985, p. 604 ; RCC 1983, 102 ; RCC 1992, 261). Le TFA a jugé que ce n'était pas le cas lorsque l'exercice de la première année concernée s'est soldé par une perte et que la situation n'a fait que s'aggraver. Le TFA a en effet considéré qu'on ne peut parler dans ces conditions d'une absence momentanée de ressources qui ferait apparaître comme non-fautive une violation des prescriptions en matière d'AVS (cf. ATFA non publié M.W. du 20.05.1988).

8. Le Tribunal de céans constate que le défendeur a pris un certain nombre de mesures visant à l'assainissement de la situation. Il a sensiblement réduit la masse salariale ; de 90'643 fr. 40 en 1997, celle-ci a passé à 52'576 fr. 55 en 1998. En 1997, il a injecté dans la société la somme de 250'000 fr., en hypothéquant un bien immobilier privé. Il a pris la décision fin 1997 d'emménager dans des locaux plus appropriés, dans le but de rationaliser le travail et de favoriser la vente à une clientèle privée.

On ne saurait dès lors lui reprocher d'être resté inactif. On doit admettre que les mesures prises étaient de nature à permettre la remise à flots de son entreprise. Certes ne peut-on pas déterminer, en l'absence de documents comptables si le chiffre d'affaires s'était effectivement quelque peu amélioré dans un premier temps, comme le déclare le défendeur lors de sa comparution personnelle le 19 novembre 2002. Force est toutefois de constater que le délai qui s'est écoulé depuis le moment où le défendeur a tenté de redresser la situation et la faillite est raisonnable. Il lui fallait en effet attendre de savoir s'il avait ou non adopté les mesures suffisantes pour que la société puisse faire face à ses engagements. Il y a au surplus lieu de relever que tant en 1997 qu'en 1998 la société s'est acquittée d'une importante partie des cotisations, (8'255 fr. 80 sur 12'091 fr. 85 en 1997 et 3'243 fr. 75 sur 7'013 fr. 75 en 1998) de sorte qu'un montant relativement faible restait dû.

Le Tribunal de céans considère dès lors que le défendeur n'a commis ni négligence grave, ni faute, au sens de l'art. 52 LAVS.

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 novembre 2000 par la CCGC et dirigée contre Monsieur S_____.

Au fond :

2. La rejette.

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

4. Dit que la procédure est gratuite.

5. 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

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