RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1456/2001 **ATAS/106/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 09 mars 2004

1ère Chambre

En la cause

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'AVS DE LA FEDERATION DES SYNDICATS PATRONAUX (CIAM) Rue de Saint-Jean 98 1211 GENEVE 11	demanderesse

contre

Monsieur S_____ Représenté par FIDU-CONSULTING ASSOCIES Route de Thonon 213 1222 VESENAZ	défendeur ex-associé gérant de la société X_____ Sàrl (faillie)

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

---

EN FAIT

1. La société X_____ Sàrl a été créée à Genève et inscrite au Registre du commerce (RC) le 1er février 1995. Cette société avait pour but le « conseil en communication et technique de production ; intermédiaire et revendeur de tous produits publicitaires ». Monsieur S_____ était inscrit au RC en qualité d'associé-gérant, au bénéfice d'une signature individuelle (cf. pièce 32 dossier CIAM).

2. La société a été affiliée à la Caisse interprofessionnelle d'AVS de la fédération romande des syndicats patronaux (CIAM) dès le 1er février 1995. X_____ Sàrl a annoncé du personnel et déclaré les salaires dès la date de son affiliation à la CIAM et ce jusqu'au mois d'août 1999.

3. Il apparaît que la société a connu de sérieuses difficultés financières depuis l'été 1998, puisque dès la période trimestrielle de juillet à septembre 1998, les cotisations n'ont plus été payées dans les délais légaux et, pour certains mois, ont dû faire l'objet de poursuites.

4. La CIAM s'est vu contrainte de déposer plainte pénale à l'encontre de la société, n'ayant pu obtenir le paiement des cotisations AVS/AI/APG retenues aux salariés ainsi que des cotisations dues au régime des allocations familiales ; les menaces de dénonciations pénales adressées à la société étaient restées vaines (cf. pièces 16 à 18 dossier CIAM).

5. Le 10 mars 2000, Monsieur S_____ s'est acquitté d'une partie des cotisations arriérées et a finalement fourni l'attestation des salaires payés durant l'année 1999, d'où le retrait de la plainte pénale en date du 16 mars 2000 (cf. pièces 19 à 22, 29 à 31 dossier CIAM).

6. Par jugement du 13 décembre 1999, publié dans la FAO du 7 janvier 2000, le Tribunal de première instance de la République et canton de Genève a prononcé la faillite de X_____ Sàrl (cf. pièce 9 dossier CIAM). Le 9 février 2000, la suspension de la liquidation a été publiée dans la FAO (cf. pièce 10 dossier CIAM). Enfin, en date du 31 mai 2000, l'Office des faillites a informé la CIAM que la faillite avait été clôturée par défaut d'actif selon jugement du 4 avril 2000 (cf. pièce 11 dossier CIAM).

7. La CIAM a produit sa créance dans la faillite de X_____ Sàrl pour un montant de 7'547,60 fr. (cf. pièces 5 à 7 dossier CIAM). Ce montant correspond aux cotisations paritaires et contributions en matière d'allocations familiales restées impayées des périodes de février, avril à août 1999 et complémentaires janvier à décembre 1998, y inclus les frais administratifs et de poursuites, les taxes de sommation et les intérêts moratoires dus sur les cotisations et arrêtés au jour du jugement de faillite.

8. Par décision du 12 janvier 2001, la CIAM a notifié à Monsieur S_____ une demande en réparation du dommage pour le montant de 7'547,60 fr. (cf. pièce 1 dossier CIAM).

9. Le 7 février 2001, Monsieur S_____ a formé opposition à la décision de la Caisse par l'intermédiaire de FIDU-CONSULTING ASSOCIES (cf. pièce 3 dossier CIAM), au motif que la société n'avait en aucun cas violé les prescriptions de la loi en matière de surendettement de manière intentionnelle ou par négligence grave.

10. Par acte du 2 mars 2001, la CIAM a requis la mainlevée de l'opposition formée par Monsieur S_____, considérant qu'en sa qualité de gérant au bénéfice d'une signature individuelle, sa responsabilité était engagée au sens de l'article 52 LAVS. Selon la CIAM, Monsieur S_____ se devait d'être vigilant concernant le paiement des cotisations sociales, sachant pertinemment que la société avait des difficultés financières.

11. Le 18 avril 2001, Monsieur S_____ a contesté avoir commis une violation intentionnelle ou une négligence grave au sens de l'article 52 LAVS et conclu à l'irrecevabilité de l'action de la CIAM.

12. Les autres faits seront repris, en tant que de besoin, dans la partie « en droit » du présent arrêt.

EN DROIT

Au préalable:

Il convient de préciser que la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants. Le cas présent reste néanmoins régi par les dispositions de la LAVS 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 125 V 467 consid. 1). En outre, le juge apprécie la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue (cf. ATF 121 V 366 consid. 1b).

A la forme :

Aux termes de l'article 82 alinéa 1 du règlement sur l'assurance vieillesse et survivants du 31 octobre 1947, teneur au 31 décembre 2002 (aRAVS), le droit de demander la réparation 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 (cf. 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 (article 82 alinéa 2 aRAVS).

Le Tribunal fédéral des assurances (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 (cf. ATF 116 V 75, consid. 3b ; 113 V 181, consid. 2 ; 112 V 8, consid. 4d ; 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, deuxième édition page 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 décompte 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 et 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 (cf. ATF 116 II 161, consid. 4a ; RCC 1990 page 415 ; RCC 1987, p. 607).

Selon la jurisprudence, le dommage est réputé survenu lorsque les cotisations dues ne peuvent plus être perçues, pour des motifs juridiques ou de fait (cf. RCC 1983, p. 477 ; RCC 1988, p. 137). Lorsque les cotisations demeurent impayées en raison de l'insolvabilité de l'employeur (personne morale), le dommage est réputé survenu au moment où les créances de cotisations sont irrécouvrables, c'est-à-dire au moment où, eu égard à l'insolvabilité de l'employeur, les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire. (cf. MAURER Schweizeriches Sozialversicherungschreit, volume II p. 69).

L'ouverture de la faillite ne permet cependant pas, à elle seule, de savoir si la créance est irrécouvrable. Ainsi, lorsque la liquidation de la faillite a été suspendue faute d'actif, le dommage est réputé survenu à ce moment-là (ATF 103 V 122, consid. 4 ; RCC 1978, p. 260). Il s'agit du moment où, de manière officielle, la faillite a été déclarée infructueuse (cf. RCC 1973, p. 78, consid. 2). A cet égard, peu importe que l'acte formel qui constitue l'ordonnance de suspension de la liquidation de la faillite mette fin à cette procédure. Est seul décisif le fait que, en prononçant cette mesure, le juge établit l'absence de biens à liquider et deniers à distribuer aux créanciers et qu'il s'ensuit une perte de la créance de cotisations de la caisse (cf. ATF 108 V 52, consid. 5 ; RCC 1983, p. 109).

En l'espèce, la suspension de la faillite de la société a été publiée en date du 9 février 2000 dans la FAO. C'est donc à ce moment-là que la Caisse a eu connaissance du fait qu'elle risquait de subir un dommage. Dès lors, par son action notifiée à Monsieur S_____ le 12 janvier 2001, elle a respecté le délai d'un an conformément à l'article 82 al. 1 aRAVS.

Le défendeur a formé opposition dans les 30 jours à compter de la notification de la décision (article 81 al. 2 aRAVS).

En déposant cette requête en mainlevée le 2 mars 2001, la CIAM a agi en temps utile, de sorte qu'elle est recevable à la forme (article 81 alinéa 3 aRAVS).

Par ailleurs, la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ ; E 2.05) a été modifiée et un Tribunal cantonal des assurances a été institué dès le 1er août 2003, statuant en instance unique, notamment sur les constestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (cf. article 1, let. r et 56 v, al. 1, let. a, chiffre 1 LOJ).

La cause a été soumise d'office au présent Tribunal, conformément à l'article 3, al. 3, de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ), qui est dès lors compétent pour juger du cas d'espèce.

Au fond :

Aux termes de l'article 52 aLAVS (teneur en vigueur au 31 décembre 2002), l'employeur doit couvrir le dommage qu'il a causé en violant les prescriptions intentionnellement ou par négligence grave. Il sied de rappeler que cet article est une disposition spéciale (RCC 1989, p. 117).

En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la CIAM dans la faillite de la société X_____ Sàrl pour un montant de 7'547,60 fr., représentant les cotisations paritaires ainsi que les contributions en matière d'allocations familiales restées impayées des périodes de février, avril à août 1999 et complémentaires de janvier à décembre 1998, y compris

les frais administratifs et de poursuites, les taxes de sommation ainsi que les intérêts moratoires dus sur les cotisations arrêtés au jour du jugement de faillite.

L'article 14 al. 1 aLAVS, en corrélation avec les articles 34 et suivants aRAVS, 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 décision.

Le Tribunal fédéral des assurances 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 (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. chiffre 6003 des Directives de l'OFAS sur la perception des cotisations - DP ; ATF 114 V 79 consid. 3 ; RCC 1988, p. 136 consid. 3C ; RCC 1985, p. 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. chiffre 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le TFA s'est toujours référé à l'article 754, premier alinéa, en corrélation avec l'article 759, premier alinéa du CO. Conformément à ces articles, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion 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 leur devoir et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Sont réputés chargés de l'administration 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 les décisions relevant des organes, ou qui assument la gestion proprement dite ayant ainsi une part prépondérante à la formation de la volonté au sein de la société » (cf. ATF 107 II 353, consid. 5a ; ATF 112 II 1985).

En vertu de l'article 827 CO, ces dispositions sont également applicables à la société à responsabilité limitée. Toutefois, il y a lieu de distinguer entre les associés non-gérants et les associés gérants : à teneur de l'art. 819 al. 1 CO, les associés non-gérants ne disposent que d'un droit de regard (VSI 2000 p. 227 consid. 4). L'art. 827 CO prévoit une responsabilité du fait de la violation d'obligations pour les personnes qui, ayant coopéré à la fondation de la société, sont chargées de la conduite des affaires et du contrôle ainsi que pour les liquidateurs, ces personnes étant soumises aux règles prescrites pour la société anonyme. Le TFA a ainsi jugé que si un associé non-gérant ne contrôle pas le respect par l'entreprise de ses obligations de décompte et de paiement des cotisations relevant du droit des assurances sociales, il ne saurait être rendu responsable, par la caisse, du dommage résultant du non-paiement des cotisations. Toutefois, si les statuts lui imposent de contrôler ou de surveiller l'activité des gérants, il doit répondre de l'omission ou de l'insuffisance de contrôle comme dans le cas où il ne prendrait aucune mesure après avoir pris connaissance d'insuffisances de la part de la direction. S'il occupe, au sein de la Sàrl, une position correspondant à celle d'un gérant, il est soumis à des devoirs plus étendus, dont la violation peut également donner lieu à une action en responsabilité (art. 872 CO, en corrélation avec l'art. 754 CO ; ATF 126 V 239 = VSI 2000, p. 227 ; VSI 2002 p. 176 consid. 3b).

En l'occurrence, selon l'extrait du Registre du commerce, le défendeur était inscrit en qualité d'associé gérant, au bénéfice d'une signature individuelle, depuis le 1er février 1995 et durant toute la période où les cotisations en cause n'ont pas été payées. Il avait des devoirs plus étendus que ceux d'un simple

associé et sa responsabilité peut donc être engagée. Reste à examiner l'existence d'une négligence grave de sa part des prescriptions régissant l'AVS, étant admis, au vu du dossier, que le défendeur n'a pas agi intentionnellement.

De jurisprudence constante, le TFA a reconnu qu'il y avait négligence grave lorsque l'employeur ne se conformait pas à ce qui pouvait être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (cf. RCC 1972, p. 690). La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard, doit donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité et de gestion, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé.

Il peut arriver qu'en retardant le payement de cotisations, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie, par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie ou de dettes urgentes envers des fournisseurs. Il convient cependant, pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'art. 52 aLAVS, que l'on puisse admettre que l'employeur avait des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pouvait à court terme sauver son entreprise et s'acquitter de sa dette dans un délai raisonnable, évitant de cette manière qu'un dommage ne soit causé à la caisse de compensation, ainsi qu'aux autres créanciers. Dans de telles circonstances, la négligence grave sera niée, même en cas d'échec des mesures d'assainissement (cf. RCC 1985, p. 602ss).

Tel n'est toutefois pas le cas en l'occurrence, ainsi qu'il va l'être démontré ci-dessous.

Le défendeur fait valoir qu'au cours du quatrième trimestre 1998, la société a subi, coup sur coup, une baisse importante de ses recettes, certains clients importants ayant décidé de changer de prestataire de services et choisi une nouvelle agence de publicité. Il allègue avoir immédiatement réagi en diminuant le personnel et en essayant de remplacer cette perte substantielle de clientèle, travail impliquant de nouer des relations, de présenter des dossiers, de préparer des projets potentiels de communication. Il précise que ces efforts et ce travail ne sont pas rémunérés car il

faut attendre des semaines, voire des mois, avant que les sociétés contactées prennent leur décision. Or, son travail n'a pas abouti, de sorte qu'il n'a pu redresser la barre. Le défendeur nie avoir laissé en souffrance la créance due à la CIAM au profit de son salaire et prétend avoir toujours favorisé le paiement des charges sociales. A cet égard, il fait valoir n'avoir jamais utilisé l'argent des cotisations sociales pour payer d'autres fournisseurs.

Il ressort des pièces figurant au dossier que, durant les années 1996 et 1997, le défendeur a eu une seule employée, que de janvier à avril 1998, il est resté le seul salarié de la société. Une nouvelle personne a été engagée le 1er mai 1998, mais a été licenciée le 31 octobre 1998. Il est donc incontestable qu'il y a bien eu une réduction du personnel, ainsi que s'en prévaut le défendeur, mais il est difficile de considérer qu'il s'agissait là d'une mesure d'assainissement très efficace dans le cas d'espèce.

Le Tribunal relève qu'en date du 12 décembre 1997, le défendeur a annoncé une masse salariale de 70'626 fr. pour l'année 1998, ce qui correspondait à son seul salaire annuel, tel que touché auparavant. Ce n'est qu'au mois de mai 1999, lorsque l'employeur a communiqué à la CIAM l'attestation de salaires payés durant l'année 1998, qu'il est apparu que d'une part, il avait augmenté son propre salaire à 78'519,60 fr. et que d'autre part, il avait versé un salaire de 30'000 fr. au nouvel employé, soit un versement final au titre de salaires de 108'519,60 fr.. Cette appréciation erronée de la masse salariale pour l'année 1998 et l'absence de rectificatif de la part de l'employeur en temps utile ont entraîné un complément de cotisations à hauteur de 5'583,30 fr. plus frais et taxes de retard y relatifs (411 fr.). Il y a lieu de constater que cet arriéré constitue l'essentiel de la créance de la CIAM.

Par ailleurs, comme l'affirme le défendeur lui-même, il faut, en temps ordinaire, des semaines voire des mois pour créer une nouvelle clientèle. Fort de sa récente expérience, soit la perte soudaine de clients importants due à la concurrence, le défendeur eût dû être plus vigilant, sachant l'extrême difficulté qu'il aurait à se constituer une nouvelle clientèle. Le défendeur ne pouvait penser que la Sàrl était encore susceptible d'être assainie dans un délai raisonnable. Un tel assainissement

eût dû plutôt lui paraître non seulement aléatoire mais voué à l'échec, de sorte que le règlement des cotisations arriérées n'aurait pas dû être différé. Il sied encore de souligner que c'est fin 1999 seulement que le dépôt du bilan a été déposé, alors qu'il ressortait déjà du dernier bilan annuel que la Sàrl était surendettée.

De surcroît, le Tribunal constate que, antérieurement à l'année 1998, la CIAM a régulièrement dû réclamer des pièces comptables afin d'établir le montant des cotisations dues. Il ressort également du dossier de la CIAM que, dès l'année 1996 déjà, les cotisations n'étant pas versées dans les délais légaux, le paiement d'intérêts moratoires et d'amendes a été réclamé et des procédures de poursuites ont été entamées. Dès la période trimestrielle de juillet à septembre 1998, certaines cotisations impayées ont dû faire non seulement l'objet de poursuites, mais de menaces de dénonciation pénale et, finalement, d'une plainte pénale. Le Tribunal relève par ailleurs que c'est seulement à la suite du dépôt de cette plainte pour soustraction de cotisations, que le défendeur s'est finalement acquitté d'une partie des cotisations arriérées, soit un montant de 5'103,75 fr., correspondant précisément à la part pénale. Il paraît dès lors difficile d'admettre que le défendeur a « toujours favorisé le paiement des charges sociales ».

En dernier lieu, il sied de souligner que le défendeur, qui connaissait parfaitement la situation financière difficile dans laquelle la société s'est trouvée dès l'été 1998, n'a aucunement fait valoir des dettes urgentes à régler en priorité ni d'autres circonstances spéciales qui auraient pu le disculper.

En conclusion, au vu de ce qui précède, le Tribunal de céans considère que le défendeur n'a pas, en sa qualité de gérant, rempli les obligations légales qui lui incombaient avec toute la diligence que l'on pouvait attendre de lui. Ce faisant, il a fait preuve de négligence grave au sens de l'article 52 LAVS et doit répondre du dommage subi par la CIAM dans la faillite de la société.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

conformément à la disposition transitoire de l'article 162 LOJ

A la forme :

1. Reçoit la demande ;

Au fond :

2. Lève l'opposition formée par Monsieur S_____ ;

3. 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 défendeur (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière :

Marie-Louise QUELOZ

La présidente :

Doris WANGELER

La secrétaire-juriste : Alexandra PAOLIELLO

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