RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1459/2002 **ATAS/1040/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 8 décembre 2004

5ème Chambre

En la cause

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES - FER CIAM , rue de Saint-Jean 98, Genève	Demanderesse en mainlevée d'opposition
contre	
Monsieur G_____	Défendeur, ex-administrateur de X_____ S.A. (faillie)
et	
Monsieur E_____	
et	
Madame H_____	Appelés en cause

Siégeant : Madame Maya CRAMER, Présidente, Mesdames Karine STECK et Juliana BALDE, Juges.

EN FAIT

1. La société X_____ S.A. (ci-après : la société) a été fondée le 18 octobre 1991 et avait pour but de fournir différents services dans le domaine informatique.

2. Ses administrateurs étaient Monsieur E_____ depuis le 10 juin 1994, Madame H_____, sa fille, du 7 août 1996 au 3 octobre 2001 et Monsieur G_____ du 14 avril 1999 au 3 septembre 2001. Tous les administrateurs avaient la signature collective à deux.

3. Le 1er janvier 1998, la société s'est affiliée à la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'ASSURANCE-VIEILLESSE ET SURVIVANTS DE LA FEDERATION ROMANDE DES SYNDICATS PATRONAUX, aujourd'hui la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES (FER-CIAM ; ci-après : la caisse). Elle a occupé du personnel à partir de son affiliation et rencontré dès le départ des difficultés de payement des cotisations sociales. Ainsi, dès le 1er trimestre de l'année 1998, les cotisations n'ont pas été acquittées dans les délais et la caisse a dû procéder à des poursuites, dans le cadre desquels les cinq actes de défauts de biens lui ont été délivrés le 9 mars 2001. Un premier plan de payement a été sollicité en mai 1998 et un arrangement pour le payement des cotisations a été conclu, mais non pas respecté, de sorte qu'il a été annulé. La société a par la suite encore réclamé à trois reprises des plans de payement auxquels elle ne s'était pas non plus tenue.

4. Le 7 mars 2001, la caisse a communiqué aux trois administrateurs susmentionnés qu'elle allait les dénoncer au Procureur général pour soustraction des cotisations relatives au complément janvier à décembre 1999, janvier à décembre 2000, complément janvier à mars, juillet à septembre 2000 et défauts de renseignements pour ne pas avoir envoyé la déclaration de salaire pour le trimestre d'octobre à décembre 2000.

5. Le 4 septembre 2001, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de la société.

6. La caisse a notifié le 18 février 2002 une décision de réparation de dommage pour le montant de 13'352 fr. 40 aux trois administrateurs susmentionnés, en tant que débiteurs solidaires. Ce montant correspond aux cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC des périodes de janvier à décembre 2000, janvier 2001, au complément janvier à décembre 1999, janvier à mars 2000, janvier à septembre 2000 et janvier à décembre 2000, ainsi qu'un solde de frais pour la période d'octobre à décembre 1999. Cette somme comprend les cotisations dues au

régime des allocations familiales afférent au mois de janvier 2001 et au complément janvier à décembre 2000, y compris les frais administratifs et de poursuite, les taxes de sommation et les intérêts moratoires dus.

7. Par courrier non daté, expédié le 18 mars 2002 et reçu le 20 suivant, Monsieur G_____ a formé opposition contre cette décision. Il a précisé qu'il a démissionné de la société le 30 juillet 2001, à la suite des nombreux problèmes qu'il avait rencontrés avec son directeur, Monsieur E_____, concernant le versement des cotisations sociales. Ce dernier, ainsi que sa fille avaient accepté par ailleurs d'assumer toute la responsabilité afférente aux actifs et passifs de la société. Il a également relevé qu'il n'avait jamais obtenu de la part des deux administrateurs des informations concernant la comptabilité et la gestion de l'entreprise dès le début de son mandat. Ainsi, il ne se considérait pas comme responsable des malveillances du directeur de la société, ainsi que des membres de sa famille.

8. Les autres administrateurs n'ont pas fait opposition à la décision en réparation du dommage de la caisse.

9. Le 30 avril 2002, la caisse a ouvert action à l'encontre de Monsieur G_____ devant la Commission cantonale de recours en matière d'AVS (ci-après : commission de recours) en concluant à sa condamnation au payement des cotisations AVS/AI/APG/AC, y compris les frais moratoires, frais de poursuites et taxes de sommation d'un montant total de 12'932 fr. 40. Parallèlement, elle a ouvert action à l'encontre de ce même administrateur devant la Commission cantonale de recours en matière d'allocations familiales, en concluant à sa condamnation au payement des cotisations dues au régime des allocations familiales de 420 fr. Ces procédures ont été transmises le 1er août 2003 au Tribunal cantonal des assurances sociales, suite à sa création et son entrée en fonction à cette date.

10. Le 6 novembre 2003, la caisse a réduit ses prétentions pour les cotisations AVS/AI/APG/AC à 12'215 fr. 30 et pour les cotisations dues au régime des allocations familiales à 345 fr.

11. Le 8 janvier 2004, le défendeur a conclu au rejet de la demande. Il a expliqué qu'il était entré dans la société en 1999 à la demande d'un ex-employé de celle-ci, M. M_____, pour « dépanner ». Il avait alors participé au capital social de la société à raison d'1%. Pour ses services, une indemnité unique de 500 fr. par trimestre avait été convenue. Monsieur M_____ lui avait par ailleurs certifié que la société était saine. Par la suite, il n'avait pas rencontré de problèmes avec M. E_____, sauf en ce qui concerne l'indemnité convenue qui ne lui a jamais été payée. Ce n'est que par la lettre du mois de mars 2001 de la caisse qu'il

avait appris que la société avait fait l'objet de nombreuses poursuites, qu'elle n'avait pas rempli les déclarations de salaire ni respecté les différents arrangements proposés par la caisse. Auparavant, il n'avait jamais été informé par la caisse de la situation désastreuse depuis 1998. Dès réception de ce courrier, il avait pris régulièrement contact avec la caisse, pour connaître la situation. Il avait par ailleurs tenté de convoquer une assemblée générale pour le 18 juillet 2001. Cette convocation était cependant restée sans réponse. Il a répété avoir demandé à Monsieur E_____ un droit de regard sur sa comptabilité à maintes reprises, sans succès, et que ce dernier lui avait déclaré qu'avec une participation de 1% il n'avait aucun droit de regard. Monsieur G_____ a enfin insisté sur le fait qu'il n'était plus administrateur depuis le 30 juillet 2001 et qu'il n'avait dès lors plus aucune influence sur les activités de la société.

12. Par ordonnance du 30 juin 2004, le Tribunal de céans a appelé en cause Monsieur E_____ et Madame H_____.

13. Le 19 juillet 2004, le Tribunal de céans a octroyé un délai au 30 août 2004 aux appelés en cause, pour se déterminer sur la demande de la caisse. Ceux-ci n'ont pas fait usage de ce droit.

14. Lors de l'audience de comparution personnelle du 11 novembre 2004, la caisse a déclaré qu'une partie des cotisations dues avait été réglée dans l'intervalle et que son dommage ne s'élevait ainsi qu'à 11'162 fr. 20. Par ailleurs, Monsieur E_____ s'était engagé à rembourser cette somme à raison de 300 fr. par mois dès le 30 novembre 2004, alors même qu'il vivait d'une rente AVS, ainsi que de prestations complémentaires, et que sa faillite personnelle avait été prononcée le 5 août 2004. La faillite de la société avait été clôturée par jugement du 14 août 2003 et un acte de défauts de biens délivré pour la somme de 26'816 fr. 70. En ce qui concerne le complément de cotisations pour janvier à décembre 1999, la caisse a précisé qu'il n'a été facturé qu'en 2000.

15. Quant à Monsieur G_____, il a déclaré à cette audience avoir accepté d'entrer dans la société en tant qu'administrateur pour rendre service et qu'il ne devait avoir aucune fonction dans celle-ci. Il a confirmé avoir demandé à plusieurs reprises à Monsieur E_____ l'accès à la comptabilité, mais en vain. Cependant, il n'avait pas tiré des conséquences de ce refus. Ce n'est qu'en 2001, qu'il avait eu pour la première fois connaissance des difficultés de la société.

16. Par courrier du 15 novembre 2004, la caisse a communiqué au Tribunal de céans copie de la déclaration de salaire pour janvier à mars 1999, duplicata de la facture du trimestre janvier à mars 1999 et de la sommation pour le trimestre janvier à mars 1999. Elle a précisé que seul Monsieur E_____ avait été salarié durant le premier trimestre 1999 et que son salaire trimestriel avait été fixé à 13'750 fr.

Cependant, le 23 avril 1999, il avait déclaré pour le premier trimestre une somme de salaire de 18'800 fr., raison pour laquelle un complément de cotisations a été notifié. La caisse a également fait valoir qu'il appartenait au défendeur, dès son entrée dans la société en avril 1999, de vérifier si les salaires déclarés à la caisse étaient corrects.

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.

2. Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la LOJ, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi précitée et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'AVS ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales. La compétence du Tribunal de céans est dès lors établie pour connaître du présent litige.

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'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 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 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 déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1).

4. Conformément à l'art. 80 al. 3 RAVS, la caisse de compensation qui maintient sa décision en réparation du dommage doit porter le cas par écrit devant l'autorité de

recours compétente dans un délai de trente jours à compter du moment où elle a eu connaissance de l'opposition des parties mises en cause.

En l'occurrence, l'opposition du défendeur est parvenue à la caisse le 20 mars 2002. La demande que celle-ci a déposée le 3 mai 2002 est dès lors recevable, compte tenu de la suspension des délais pendant les féries de Pâques.

5. 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. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit en l'occurrence d'un délai de péremption à considérer d'office (ATF 113 V 181 = RCC 1987, p. 607, ATF 112 V 8, consid. 4 c = 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 (cf. art. 82 al. 2 RAVS).

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 **(**ATF 128 V 12 consid. 5a, 17 consid. 2a, 126 V 451 consid. 2a, 121 III 388 consid. 3b**)**. 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. p. 112), d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

b) En l'occurrence, la caisse a eu connaissance de son dommage dès la réception des actes des défauts de biens qui lui ont été délivrés le 9 mars 2001. Dès lors qu'elle a demandé la réparation du dommage par son courrier du 17 février 2002 aux administrateurs de la société, il convient d'admettre qu'elle a respecté le délai d'un an de l'art. 82 al. 1 RAVS.

6. Aux termes de l'art. 52 LAVS, l'employeur doit couvrir le dommage qu'il a causé en violant les prescriptions intentionnellement ou par négligence grave. Il sied de rappeler que l'art. 52 LAVS est une disposition spéciale (cf. RCC 1989, page 117).

Le dommage consiste en l'espèce en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse en raison de la faillite de la société. En cours de procédure, la caisse a déterminé sa créance à ce titre à l'encontre du défendeur à 12'560 fr. 30, y compris les cotisations au régime des allocations familiales de 345 fr. Une partie des cotisations ayant été acquittée par la suite, le dommage ne s'élève aujourd'hui plus qu'à 11'162 fr. 20, sous réserve de payements supplémentaires effectués par les

autres administrateurs dans l'intervalle. Il y a lieu d'admettre que le montant de 10'817 fr. 20 concerne uniquement les cotisations AVS/AI/APG/AC, faisant l'objet de la présente procédure, et le montant de 345 fr. les cotisations dues au régime des allocations familiales.

7. L'art. 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 et suivants 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. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances a déclaré, à réitérées reprises, que 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, page 220). L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (ATF 111 V 173, consid. 2; 108 V 186, consid. 1a, 192 consid. 2a; RCC 1985, page 646, consid. 3a).

   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, page 259; RCC 1972, page 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, page 101).

   De jurisprudence constante, il y a négligence grave lorsque l'employeur ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement, dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (cf. RCC 1972 p. 690).

   Le Tribunal de céans rappelle que l'art. 716 a) al. 1 CO, en vigueur depuis le 1er juillet 1992, énumère les attributions intransmissibles et inaliénables des membres du conseil d'administration. En font partie l'exercice de la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les règlements et les instructions données. Dans le cadre de l'exercice de cette haute surveillance, l'administrateur répond, comme sous le régime de l'ancien droit

de la société anonyme, de la cura in custodiendo (Adrian KAMMERER, Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Thèse Zurich, 1997 p. 226). C'est ainsi qu'il a non seulement le devoir d'assister aux séances du conseil d'administration, mais également l'obligation de se faire renseigner périodiquement sur la marche des affaires (KAMMERER, op. cit., p. 186). Il est tenu de prendre les mesures appropriées lorsqu'il a connaissance ou aurait dû avoir connaissance d'irrégularités commises dans la gestion de la société (FORSTMOSER/MEYER-HAYOZ/KNOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, § 30 note 49).

Le fait 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, selon lequel la majorité des membres du conseil d'administration doivent être de nationalité suisse et avoir le domicile en Suisse, n'est pas un motif de suppression ou d'atténuation de la faute commise (Jean-François EGLI, Aperçu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative à la responsabilité des administrateurs de société anonyme, in Publication Cedidac 8 1997, p. 32).

Les difficultés financières, même si l'administrateur de la société n'en est pas responsable, ne le déchargent en principe pas de sa responsabilité, dès lors que, selon la jurisprudence, l'entreprise doit payer seulement les salaires à concurrence du montant qui lui permet de verser parallèlement les cotisations paritaires nées ex lege (cf. ATF non publié du 4 mars 2004 en la cause H34/02 consid. 5.2).La disculpation de l'employeur pourrait toutefois être admise, s'il avait des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter des cotisations dans un délai raisonnable.

Selon la jurisprudence constante, la responsabilité des administrateurs d'une société anonyme est à apprécier avec plus de sévérité, compte tenu de l'organisation juridique et des devoirs de diligence auxquels sont astreints les membres du conseil d'administration.

Le fait d'accepter ou de conserver un mandat d'administrateur, alors même qu'on n'a pas les compétences suffisantes, est considéré comme une faute, voire une faute grave. En effet, l'homme ou la femme de paille qui omet d'exercer ses droits de contrôle agit par négligence grave (ATF 122 III 200 consid. 3b ; ATF 112 V 3 consid. 2b).

8. Monsieur G_____ n'a pas contesté de ne pas s'être préoccupé réellement et activement de la situation financière de la société. Il a admis n'avoir exercé aucun contrôle sur les activités de Monsieur E_____ qui était chargé exclusivement

de la gestion de l'entreprise. Le défendeur n'a ainsi pris connaissance des difficultés financières de celle-ci qu'à la réception de la menace de dénonciation de la demanderesse qui lui a été communiquée en mars 2001.

Dans ces circonstances, en vertu de la jurisprudence précitée, il convient de constater qu'il a gravement négligé ses devoirs d'administrateur d'une société anonyme, même s'il les ignorait. Par conséquent, sa responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS est engagée.

Se pose cependant la question de savoir s'il peut être tenu responsable du complément des cotisations pour les mois de janvier à mars 1999, dans la mesure où il n'est entré dans la société que le 14 du mois suivant. Toutefois, il appert que ce complément n'a été facturé qu'ultérieurement en mai, juin et juillet 2000, soit bien après que le défendeur fût entré dans le conseil d'administration. Par conséquent, il lui appartenait également de tout mettre en œuvre, afin que les cotisations afférentes à la période du 1er trimestre de 1999 soit versée dans les meilleures délais à la caisse. Or, comme relevé ci-dessus, il est resté totalement passif, n'ayant même pas été au courant du retard de payement.

9. Au vu de ce qui précède, il convient de lever l'opposition formée par le défendeur à concurrence de 10'817 fr. 20 pour ce qui concerne les cotisations AVS/AI/APG/AC, sous déduction d'éventuels versements supplémentaires effectués dans l'intervalle par les autres débiteurs solidaires.

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 de la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES - FER CIAM contre Monsieur G_____ ;

Au fond :

2. L'admet partiellement ;
3. Lève l'opposition formée par le défendeur à concurrence de 10'817 fr. 20, sous déduction d'éventuels versements supplémentaires effectués dans l'intervalle par les autres débiteurs solidaires ;
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 :
Yaël BENZ	Maya CRAMER

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