



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1497/2003

ATAS/653/2004

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

5^{ème} chambre

du 25 août 2004

En la cause

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION demanderesse
DES ENTREPRISES ROMANDES DES SYNDICATS
PATRONAUX, rue de Saint-Jean 98, case postale 5278, 1201 Genève
11

contre

L _____

défendeurs

W _____ pa. Mme **S** _____, comparant par Me **B** _____
Antoine en l'étude duquel elle élit domicile

Siégeant : Mme Maya CRAMER, Présidente, Mme Juliana BALDE et Mme Isabelle DUBOIS, juges.

EN FAIT

1. La société X _____ SA a été inscrite au registre du commerce en 1991. Le 6 avril 1995, sa raison sociale a changé pour devenir Y _____ SA jusqu'au 4 mai 2001, date à laquelle elle a adopté la raison sociale Z _____ SA (ci-après : la société).
2. Du 20 mai 1998 au 24 août 1998, Madame B _____ était inscrite en tant qu'administratrice de Y _____ SA avec signature individuelle. Dès cette date, cette fonction a été reprise par Mme W _____ jusqu'à la faillite de la société. Auparavant, cette dernière avait été inscrite au registre du commerce en tant que directrice de Y _____ SA depuis le 23 décembre 1996.
3. A la suite d'une requête de faillite sans poursuite préalable d'un créancier de cette société, le Tribunal de première instance a prononcé, par jugement notifié aux parties le 1^{er} juin 1999, l'ajournement de la faillite et désigné en qualité de curateur Monsieur L _____, avec la mission de surveiller le déroulement de l'assainissement.
4. Le 24 septembre 2001, le Tribunal de première instance a dissout par la faillite la société.
5. La CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES (ci-après : la caisse) a produit dans cette faillite une créance d'un total de 108'606 fr. 80 à titre de cotisations sociales non payées depuis décembre 1997, frais et intérêts moratoires compris, ainsi que des cotisations pour formation professionnelle et intérêts moratoires sur l'intégralité de sa créance.
6. Par décisions du 26 novembre 2002, la caisse a réclamé, à titre de réparation de ce dommage, à Mme W _____ les cotisations sociales impayées, ainsi que les frais, intérêts moratoires et frais de sommations, d'un montant total de 99'659 fr. 80, et à Monsieur L _____, au même titre, la somme de 78'410 fr. 55.
7. Par l'intermédiaire de son conseil, Mme W _____ a formé opposition contre cette décision par acte du 16 décembre 2002.
8. A la même date, Monsieur L _____ a également formé opposition contre la décision le concernant.
9. Le 30 janvier 2003, la caisse a requis devant la Commission cantonale de recours en matière d'AVS (ci-après : la commission de recours), la mainlevée des oppositions formées par Madame W _____ et Monsieur L _____ contre ses décisions du 26 novembre 2002.

10. Monsieur L _____ a conclu au rejet de cette requête, par acte du 7 mars 2003. Madame W _____ en a fait de même le 13 mars 2003.
11. Par écritures du 27 mai 2003, la caisse a persisté dans ses conclusions. Les parties défenderesses ont également repris leurs conclusions précédentes par leurs courriers du 23 juin et 1^{er} juillet 2003.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} 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 1^{er} juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (arrêt 1P. 183/2004).

Egalement saisi de la question de l'inconstitutionnalité du Tribunal cantonal des assurances sociales, il a déclaré que la création de ce tribunal ne pouvait être remise en cause, vu la force dérogatoire du droit fédéral, soit en l'occurrence l'art. 57 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA).

2. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales. Conformément à l'article 3 alinéa 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 (cf. article 56V LOJ). La compétence du Tribunal de céans est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.
3. Selon la procédure applicable jusqu'au 31 décembre 2002, la caisse de compensation décide, en application de l'art. 81 al. 1 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS), de la réparation d'un dommage causé par l'employeur responsable en vertu de l'article 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS) en cas de non-observation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions légales. L'employeur peut, dans les 30 jours dès la notification de la décision en réparation

du dommage, former opposition auprès de la caisse de compensation contre cette décision, aux termes de l'art. 81 al. 2 RAVS. En cas de maintien de la décision en réparation du dommage, la caisse doit, dans les 30 jours dès la connaissance de l'opposition, porter le cas par écrit devant l'autorité de recours du canton dans lequel l'employeur a son domicile (art. 81 al. 3 première phrase RAVS).

4. Dès le 1^{er} janvier 2003, la LPGA est entrée en vigueur et a rendu caduque la procédure d'action en réparation du dommage de l'art. 52 LAVS en corrélation avec les dispositions précitées. Certes, la caisse de compensation fait elle toujours valoir par voie de décision le droit à la réparation du dommage, selon l'art. 52 al. 2 LAVS dans sa teneur en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2003, et la personne poursuivie a la possibilité de faire opposition dans les 30 jours contre cette décision (art. 52 al. 1 LPGA). Cependant, la caisse de compensation ne doit désormais plus intenter action, mais rendre une décision sur opposition motivée dans un délai approprié, en vertu de l'art. 52 al. 2 LPGA. La personne poursuivie peut par la suite former recours dans les 30 jours auprès du tribunal cantonal des assurances sociales (art. 56, 57 et 60 LPGA).
5. L'art. 82 al. 2 première phrase LPGA dispose que les dispositions matérielles de la présente loi ne sont pas applicables aux prestations en cours et aux créances fixées avant son entrée en vigueur. La LPGA ne contient toutefois pas de dispositions concernant l'applicabilité dans le temps des prescriptions formelles, notamment le régime transitoire sur le droit applicable dans le cas où la décision en réparation du dommage a été rendue encore sous l'empire de l'ancien droit et où une opposition a été formée contre celle-ci jusqu'à fin 2002 ou après l'entrée en vigueur de la LPGA. Se pose ainsi la question de savoir si les caisses de compensation sont, dans de tels cas, toujours tenues à faire valoir le droit à réparation du dommage par la voie d'une action ou si elles doivent rendre une décision sur opposition permettant à l'intéressé de saisir la voie du recours au tribunal cantonal et éventuellement au Tribunal fédéral des assurances (TFA).

Selon la jurisprudence de notre Haute Cour, les nouvelles prescriptions de procédure de la LPGA sont applicables immédiatement et intégralement le jour de leur entrée en vigueur, pour les procédures en réparation du dommage selon l'art. 52 LAVS. Ainsi, dans le cas d'une action qui a été intentée encore en 2002, la procédure est régie par l'ancien droit, sinon, c'est le nouveau droit qui s'applique. Dans ce cas, la caisse de compensation doit rendre, à la suite de l'opposition d'une personne contre sa décision en réparation du dommage, une décision sur opposition qui peut être attaquée par la voie de recours par la personne poursuivie (VSI 2004 page 112 ss).

6. En l'espèce, l'action en réparation de dommage, respectivement en mainlevée des oppositions de Madame W_____ et de Monsieur L_____, a été intentée le 30 janvier 2003. En vertu de la jurisprudence précitée, c'est par conséquent le

nouveau droit qui s'applique. Comme relevé ci-dessus, celui-ci a aboli la procédure d'action et prévoit désormais que les caisses de compensation rendent une décision sur opposition sujette à recours auprès du tribunal cantonal des assurances.

7. Cela étant, il convient de constater que la voie de droit choisie par la caisse est en l'occurrence Z _____ tante et qu'il lui appartient au contraire de rendre une décision sur opposition.
8. Au vu de ce qui précède, l'action de la caisse sera déclarée irrecevable et la cause lui sera renvoyée pour le prononcé d'une décision sur opposition,
9. Madame W _____, obtenant partiellement gain de cause et étant représentée par un mandataire professionnel, une indemnité de 500 fr. lui sera octroyée à titre de dépens.

Monsieur L _____ n'étant pas assisté par un mandataire professionnel, il ne peut prétendre à une telle indemnité (cf. ATF 110 V 134, consid. 4d; 127 V 205, consid. 4b).

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ

1. Déclare irrecevable l'action du 30 janvier 2003 en mainlevée des oppositions de Madame W_____ et de Monsieur L_____ intentée par la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES DES SYNDICATS PATRONAUX.
2. Renvoie la cause à la demanderesse pour le prononcé d'une décision sur opposition.
3. La condamne au paiement d'une indemnité à titre de dépens de 500 fr. à Mme W_____.
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 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:

Yaël BENZ

La Présidente :

Maya CRAMER

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