



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1669/2003

ATAS/433/2004

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

4^{ème} chambre

du 2 juin 2004

En la cause

S _____, ex-administratrice de X, faillie

recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, 54
route de Chêne, 1211 GENEVE 29

intimée

Siégeant : Mme Juliana BALDE, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Isabelle DUBOIS, juges.

EN FAIT

1. La société X (ci-après la société) a été constituée à Genève le juillet 1998 et inscrite au Registre du commerce. Madame S_____ en était l'administratrice unique, au bénéfice d'une signature individuelle.
2. Par jugement du 18 juin 2001, le Tribunal de Première instance de la République et canton de Genève a prononcé la faillite de la société. Le 6 mai 2002, la liquidation de la faillite a été suspendue pour défaut d'actifs, selon publication dans la FAO du 22 mai 2002.
3. Le 28 mars 2003, la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la caisse) a ouvert action à l'encontre de Madame S_____ et lui a réclamé le paiement de fr. 4'479,80 à titre de réparation du dommage subi dans la faillite, en raison du non-paiement des cotisations paritaires pour les années 2000 et 2001, frais et intérêts moratoires compris.
4. L'intéressée a formé opposition le 7 avril 2003, contestant avoir agi avec intention ou négligence grave. Elle a proposé le paiement de fr. 866.35, correspondant au solde de la part employeur, y compris les frais de sommation et les intérêts.
5. Par décision du 11 juillet 2003, la caisse a rejeté l'opposition formée par l'intéressée, relevant que depuis plusieurs années, la société n'a pas respecté son obligation de verser les cotisations. Pour l'année 2000, ne reste que la part employeur, la société ayant versé la part pénale après menace de dénonciation. La société n'a rien versé pour l'année 2001. La caisse a considéré que l'opposante n'avait pris aucune mesure afin d'éviter de causer un dommage.
6. Le 16 juillet 2003, l'intéressée a interjeté recours auprès de la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants, alléguant avoir toujours essayé de redresser la situation. Elle invoque une situation financière difficile et avoir dû emprunter pour payer la part pénale. Elle est ensuite tombée gravement malade (dépression) . Elle a fait valoir qu'en 1999, la société avait payé les cotisations et qu'en 2001, seul un salaire a été versé. Elle a produit divers documents attestant de sa situation financière difficile (remise de cotisation AVS personnelle, exonération d'impôt pour l'année 2001) et a réitéré sa proposition de payer fr. 866.35 pour solde de tout compte.
7. Dans sa réponse du 3 septembre 2003, la caisse conclut au rejet du recours. Elle a rappelé que l'administratrice n'avait entrepris aucune démarche pour réduire la créance, tel un plan de paiement par exemple. Compte tenu des problèmes financiers de la recourante, la caisse se déclare prête à convenir d'un arrangement de paiements échelonnés.

8. Le Tribunal de céans, auquel la cause a été transmise d'office dès le 1^{er} août 2003, a procédé à l'audition des parties, ainsi qu'à celle de l'époux de la recourante, à titre de renseignements.
9. Les parties ont persisté dans leurs conclusions.
10. Pour le surplus, les divers allégués des parties ainsi que les éléments pertinents résultant du dossier et de l'instruction, seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

1. a) 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 (art. 1 let. r LOJ).

Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après TA) a constaté d'office la nullité de l'art. 1 let. r LOJ, considérant que le TCAS avait été créé en violation de l'art. 131 de la Constitution genevoise - Cst GE -.

- b) Force est de constater que cette conclusion ne saurait lier le tribunal de céans, aux motifs suivants :

- elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, et non ses motifs. L'autorité de la chose jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ; Knapp, Précis de droit administratif, 4^{ème} édition, 1991, p. 248 ss ; Habscheid, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313 et ss.).
- l'autorité de la chose jugée ne vaut quoi qu'il en soit que pour les moyens que le tribunal pouvait examiner (cf. Knapp, op. cit. p. 251). Or, il apparaît en l'espèce douteux que le TA devait, et même pouvait, à l'occasion d'un recours interjeté pour violation des droits politiques contre un arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de l'élection des juges assesseurs au TCAS, contrôler la constitutionnalité de la loi instituant cette juridiction.
- une loi inconstitutionnelle ne saurait être déclarée nulle. Seul, l'acte pris en application de celle-ci est annulable (cf. Jean-François Aubert,

Bundesstaatsrecht der Schweiz, vol. I, 1991, p. 178, note 430). Il convient au surplus de relever qu'un tribunal se doit en règle générale d'agir avec retenue, plus particulièrement lorsque les conséquences de l'annulation bouleverseraient tout un régime juridique (ATF 112 Ia 313). Tel est manifestement le cas ici, dès lors que le considérant topique de l'arrêt du TA revient à nier l'existence d'une juridiction qui fonctionne depuis le 1^{er} août 2003 déjà, et dont les juges titulaires, ainsi que les juges suppléants, ont été régulièrement élus.

- c) Le TCAS examine d'office sa compétence ; vu l'arrêt du TA du 30 mars 2004 niant jusqu'à son existence, il a également à vérifier la conformité à l'art. 131 Cst GE de la loi l'instituant.

Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales -LPGA-, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

Selon l'art. 131 al. 1 Cst GE, « La loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales ; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence ». Lors de la création du TA en 1971, la disposition constitutionnelle a été complétée par un alinéa 2, libellé comme suit : « Un tribunal administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit ».

La Constitution s'interprète selon les mêmes principes que les lois ordinaires. Les règles d'interprétation permettant au juge de dégager le sens d'une disposition sont connues : ce dernier peut recourir à une interprétation littérale, historique, téléologique ou systématique de la norme. Le juge devra partir prioritairement du texte clair de la loi. Le TA, dans son arrêt du 30 mars 2004, a considéré que le texte de l'art. 131 al. 2 Cst GE ne laissait pas de place pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif ; il a interprété « un tribunal » comme signifiant « un seul tribunal ». Or, l'art. 131 al. 2 Cst GE précise que ce tribunal administratif est institué « dans les cas où la loi le prévoit ». C'est dire que nécessairement le reste du contentieux administratif relève d'autres juridictions. Ainsi l'interprétation littérale permet à elle seule de conclure que le terme « un » doit être qualifié, grammaticalement, d'article indéterminé.

Une telle analyse est du reste confirmée par les interprétations historique et téléologique. Il résulte des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil – MGC - 1970, p. 554 ss.) que le législateur en 1970 entendait créer, aux côtés des juridictions civiles et pénales existantes prévues à l’art. 131 al. 1 Cst GE, un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif. Ce tribunal était destiné à remplacer les autres autorités – Conseil d’Etat, commissions de recours, etc... qui avaient à connaître des recours contre les décisions des départements. Il n’était cependant pas question que ce remplacement soit général, raison pour laquelle ce tribunal s’était vu doté de compétences d’attribution. Il était évident que certaines commissions spéciales devaient subsister, notamment en raison de leur composition particulière (composition paritaire, experts...). Selon le Mémorial du Grand Conseil, p. 557, « dans le système envisagé, le TA, le Conseil d’Etat et les commissions spécialisées dont le maintien aura été décidé, constitueront autant de juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

Dès le 1^{er} janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d’une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de ces juridictions n’a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d’assurances sociales, jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l’occurrence.

Si l’on devait suivre l’interprétation du TA dans son arrêt du 30 mars 2004, non seulement le TCAS, mais également toutes les autres commissions de recours spéciales, y compris celles rattachées au TA lui-même seraient inconstitutionnels. Tel n’a manifestement pas été le but visé par le législateur.

Au vu de ce qui précède, la création du TCAS en application de la LPGa est conforme à la Constitution genevoise.

L’élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004, le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire permettant au TCAS de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l’attente de l’élection de nouveaux assesseurs.

2. 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, sur les contestations relatives à la

loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 26 décembre 1946 notamment (cf. article 56V alinéa 1 lettre a LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'article 52 LAVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'art. 52 LAVS et les articles 81 et 82 du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) ont été abrogés. Selon l'art. 82 LPGA, les dispositions matérielles de la présente loi ne sont pas applicables aux prestations en cours et aux créances fixées avant son entrée en vigueur. En l'occurrence, la caisse a fixé sa créance en réparation du dommage par décision du 28 mars 2003 (art. 52, alinéa 2 LPGA) ; en conséquence, la LPGA est applicable.

Interjeté dans le délai légal de 30 jours dès la notification de la décision sur opposition et dans la forme prescrite auprès du Tribunal de céans (art. 84 LAVS et 58, al. 1 LPGA), le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

Aux termes de l'art. 52, alinéa 1 LAVS, en sa teneur en vigueur dès le 1^{er} janvier 2003, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation. Il sied de rappeler que l'art. 52 LAVS est une disposition spéciale (cf. RCC 1989 p. 117).

Le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage (art. 52, alinéa 3 LAVS). Ces délais peuvent être interrompus et l'employeur peut renoncer à invoquer la prescription.

En l'occurrence, la caisse a eu connaissance du dommage le 22 mai 2002, date de la publication dans la FAO de la suspension de la liquidation de la faillite pour défaut d'actifs (ATF 123 V 15 consid. 5c). Le dommage quant à lui est survenu au moment de la faillite prononcée le 18 juin 2001 par le Tribunal de Première Instance, c'est-à-dire dès le moment où la caisse n'a plus eu la possibilité de récupérer les cotisations par le biais de la procédure ordinaire de recouvrement et où la créance de la caisse est née (ATF 129 V 193 consid. 2.2; ATF 123 V 16 consid. 5c). La survenance du dommage correspond au fait dommageable et marque la date à partir de laquelle court le délai de prescription de cinq ans. Force est de constater qu'en notifiant sa demande en réparation du dommage le 28 mars 2003, l'intimée a respecté les délais de prescription de deux et cinq ans prévus à l'art. 52, alinéa 1 LAVS.

4. Le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse, en raison de la faillite de la société X, pour un montant de 4'479 fr 80, représentant les cotisations paritaires impayées pour les années 2000 (part patronale) et 2001, frais et intérêts moratoires compris (cf. pièces n° 4 à 9 caisse).

L'article 14, alinéa 1 LAVS en corrélation avec les articles 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 employés, 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'article 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'article 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (ATF 111 V 173, consid. 2; 180 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).

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, 1^{er} alinéa, en corrélation avec l'article 759, 1^{er} 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 aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., pages 209 et ss).

5. En l'espèce, la recourante était inscrite au Registre du commerce en qualité d'administratrice unique, au bénéfice d'une signature individuelle, dès la constitution de la société le 22 juillet 1998 (cf. pièce n° 2 caisse). Elle avait ainsi indiscutablement la qualité d'organe de la société faillie, ce qu'elle ne conteste au demeurant pas (art. 754 al. 1 CO).

De jurisprudence constante, le TFA a reconnu qu'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). 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. Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (cf. ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985 p. 51 consid. 2a et p. 648 consid. 3b). Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme on peut, par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions (cf. RCC 1972 p. 690; RCC 1978 p. 261).

Il n'y a obligation de réparer le dommage, dans un cas concret, que s'il n'existe aucune circonstance justifiant le comportement fautif de l'employeur ou excluant l'intention et la négligence grave. A cet égard, on peut envisager qu'un employeur cause un dommage à la caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions en matière d'AVS, sans que cela entraîne pour autant une obligation de réparer le préjudice. Tel est le cas lorsque l'inobservation des prescriptions apparaît, au vu des circonstances, comme légitime et non fautive (ATF 108 V 186 consid. 1b, 193 consid. 2b ; RCC 1985 p. 603 consid. 2, 647 consid. 3a). Ainsi, il peut arriver qu'en retardant le paiement des cotisations, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie, par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie. Mais il faut alors, pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'art. 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 des cotisations dues dans un délai raisonnable (ATF 108 V 188 ; RCC 1992 p. 261 consid. 4b).

En l'occurrence, la recourante a admis n'avoir plus payé les cotisations paritaires pour les années 2000 et 2001, en raison d'une baisse de la clientèle et par conséquent d'un manque de liquidités dès l'année 1999. La part pénale sur l'année 2000 a été payée par l'intéressée après la faillite, le 4 septembre 2002, la caisse l'ayant menacée d'une dénonciation pénale. La recourante a reconnu que dès 1999, elle ne s'occupait plus des questions administratives et financières de la société, car elle n'y comprenait rien et se sentait très mal. Son mari s'occupait de tout (cf. PV de comparution personnelle et d'enquêtes du 10 décembre 2003).

Il y a lieu de rappeler les obligations intransmissibles et inaliénables des membres du conseil d'administration énumérées à l'art. 716a, alinéa 1 CO. 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 a non seulement le devoir d'assister aux séances du conseil d'administration, mais aussi l'obligation de se faire renseigner périodiquement sur la marche des affaires. Il est tenu de prendre les mesures appropriées dès qu'il a connaissance d'irrégularités commises dans la gestion de la société (Adrian Kammerer : Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Thèse Zürich, 1007, p. 186, 226 ; Forstmoser/Meyer-Hayoz/Knobel : Schweizerische Aktienrecht, paragr. 30 note 49). Le Tribunal fédéral des assurances a jugé à cet égard que commet une faute grave l'administrateur qui se fait élire au conseil d'administration sans vouloir assumer les pouvoirs et les obligations qui découlent de cette charge et qu'une épouse, membre du conseil d'administration, qui faisait totalement confiance à son mari, ne saurait se disculper (ATFA du 7 avril 1993, cause C.B., D.D. ; RCC 1992, p. 262).

Le Tribunal de céans constate qu'il n'y a en l'espèce aucun motif permettant de dégager la recourante de ses responsabilités. La situation financière difficile qu'elle invoque justifie, le cas échéant, un plan de paiements échelonnés que l'intimée se déclare prête à examiner.

**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 le recours recevable ;

Au fond :

2. Rejette le recours interjeté par Madame S_____ contre la décision sur opposition du 11 juillet 2003 ;
3. Dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;
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).

Le greffier :

La Présidente :

Walid BEN AMER

Juliana BALDE

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