RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1672/2002 **ATAS/965/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 26 novembre 2004

6ème 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 O_____ et Monsieur G_____, comparant par Me Marco ZIEGLER, en l'étude duquel ils élisent domicile. Tous deux ex-administrateurs de la société X_____ SA, en liquidation.	**Défendeurs**

Siégeant : **Monsieur Jean-Louis BERARDI, Juge suppléant, Mesdames Karine STECK et Isabelle DUBOIS, Juges.**

EN FAIT

1. X_____ SA, en liquidation avait notamment pour but la fabrication de machines mécaniques. Elle était administrée en particulier par G_____ (du 23 novembre 1995 au 26 avril 2001), O_____ (du 20 janvier 1998 au 26 avril 2001), P_____ (du 20 janvier 1998 au 27 janvier 1999), tous trois titulaires de la signature collective à deux.

2. La société était affiliée en qualité d'employeur, d'abord à la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : CCGC), d'avril 1996 à décembre 1997, puis, à partir du 1er janvier 1998, à la Caisse interprofessionnelle d'assurance-vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux (aujourd'hui : Fédération des entreprises romandes Genève, ci-après : FER CIAM).

3. Selon ses statuts, la FER CIAM administre, également, les caisses d'allocations familiales de ses membres.

4. Le 21 mars 2001, les administrateurs de X_____ SA ont requis du Tribunal de première instance de Genève la mise en faillite de la société. Dans un courrier du 25 mars 2001, ils ont en substance exposé que, suite à des multiples démarches débutées en octobre 1998, ils avaient pu obtenir, en octobre 2000, un prêt de fr. 700'000.- de la Banque cantonale de Genève (ci-après : BCGe) grâce à un cautionnement que la fondation Z_____ avait accordé après la prise de participation majoritaire du capital-actions par Y_____ LTD Australie (ci-après : Y_____). Malheureusement, en raison du refus inexpliqué de cette dernière société de verser des fonds complémentaires, X_____ SA n'avait finalement pas pu honorer ses commandes.

5. Par jugement du 26 avril 2001, le Tribunal de première instance a prononcé l'ouverture de la faillite de la société. Le dépôt de l'état de collocation a été publié dans la Feuille d'avis officielle du 3 octobre 2001.

6. Par trois décisions du 9 novembre 2001 (reçues au plus tôt le 12 novembre 2001), la FER CIAM a informé G_____, O_____, et P_____ de ce qu'elle les rendait responsables du préjudice qu'elle avait subi dans la faillite, soit respectivement fr. 214'497.40 (pour les deux premiers) et fr. 157'458.25 (pour le dernier), le tout y compris les intérêts moratoires, les frais de gestion et les taxes de sommation. Ces montants englobent les cotisations AVS-AI-APG arriérées dues en application de l'art. 52 LAVS, pour la période de novembre et décembre 1998 (solde), décembre 1999, janvier à décembre 2000 (août et septembre exceptés), janvier à mars 2001 (soit respectivement fr. 136'681.40 et fr. 98'119.15) ; les cotisations d'assurance-chômage correspondantes (respectivement

fr. 40’811.10 et fr. 29'481.90) ; les cotisations dues au régime des allocations familiales cantonales (art. 30 LAF) des périodes de janvier à juillet 1999, octobre à décembre 2000 et janvier à mars 2001 (respectivement fr. 20’367.25 et fr. 14'640.25).

7. Dans leurs oppositions du 7 décembre 2001, reçues par la FER CIAM le 10 décembre suivant, O_____ et G_____ ont fait valoir, en substance, qu’aucune faute grave ne pouvait leur être reprochée, compte tenu du comportement « *inacceptable* » d’Y_____ qui avait conduit la BCGe à retirer son soutien financier.

8. Par courrier non daté, reçu le 6 décembre 2001, P_____ a également formé opposition. Il a exposé être devenu administrateur de la société le 20 janvier 1998 et avoir démissionné avec effet immédiat du conseil d’administration par lettre recommandée du 27 janvier 1999 (versée au dossier), même si sa radiation au registre du commerce n’était intervenue que le 11 décembre 2000.

9. Par acte du 12 décembre 2001, la FER CIAM a annulé sa décision en réparation du dommage notifiée le 9 novembre précédent à P_____.

10. Par écritures séparées du 22 janvier 2002, la FER CIAM a saisi l’ancienne Commission cantonale genevoise de recours en matière d’AVS (cause A/1671/2002), respectivement d’allocations familiales (cause A/1672/2002), en concluant à la mainlevée des oppositions formées à hauteur d’une somme totale de fr. 214'497.40 par O_____ et G_____, assignés conjointement et solidairement.

11. Dans leur mémoire de réponse du 15 mars 2002, les défendeurs ont conclu à l’annulation des décisions en réparation de dommage du 9 novembre 2001, ainsi qu’au déboutement de la demanderesse de toutes ses prétentions.

12. Lors de l’audience de comparution personnelle du 24 mai 2004, la FER CIAM et les opposants ont persisté dans leurs conclusions.

13. Par courrier du 2 juin 2004, la FER CIAM a précisé au Tribunal de céans que les intérêts moratoires calculés sur sa créance de fr. 20'367.25 relative aux cotisations dues au régime des allocations familiales cantonales s’élevaient à fr. 1'388.55. Sa prétention totale à ce titre s’élevait ainsi à fr. 21'755.80 (fr. 20'367.25 + fr. 1'388.55).

14. Par arrêt du 16 septembre 2004 (expédié pour notification aux parties le 7 octobre suivant), le Tribunal cantonal des assurances sociales a accordé à la FER CIAM le plein de ses conclusions en tant qu’elles concernaient les cotisations AVS-AI-APG-AC. Parallèlement, le Tribunal de céans a sursis à statuer, jusqu’à l’entrée

en force dudit arrêt, sur les conclusions de la caisse relatives aux allocations familiales de droit cantonal, cela en raison du défaut de parallélisme des voies de recours en l'espèce et du risque de solutions contradictoires qui pouvait en résulter. Il a ainsi levé l'opposition des défendeurs à concurrence de fr. 192'741.60 (soit fr. 214'497.40, moins fr. 20'367.25 dus au régime des allocations familiales, moins fr. 1'388.55 à titre d'intérêts moratoires correspondants). Sur le fond, le Tribunal a considéré, en bref, que O_____ et G_____ avaient enfreint gravement leurs devoirs au sens où l'entend l'art. 52 LAVS.

15. Cet arrêt est entré en force faute de recours.

16. Les autres faits et moyens de la cause seront examinés, en tant que de besoin, dans les considérants qui suivent.

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 suivant, 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 (arrêt 1P. 183/2004).

   Conformément à l'art. 3 al. 3 de la loi genevoise modifiant la loi sur l'organisation judiciaire, du 14 novembre 2002, article entré en vigueur le 1er août 2003, la présente cause, pendante devant la Commission cantonale de recours en matière d'allocations familiales depuis le 22 janvier 2002, a été transmise d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales (cf. art. 56 V al. 1 let. a ch. 1 et al. 2 let. e LOJ).

   Par ailleurs, l'objet du recours ressortit à la loi cantonale sur les allocations familiales, du 1er mars 1996 (ci-après : LAF) (cf. art. 56 V al. 2 let. b LOJ). Partant, le Tribunal de céans est matériellement compétent pour statuer en l'espèce.

2. A teneur de l'art. 30 al. 1 LAF, sous réserve d'exceptions non pertinentes en l'espèce, la législation fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants s'applique par analogie à la procédure de fixation et de perception des contributions, à leur réduction, ainsi qu'à la péremption du droit de réclamer des contributions arriérées dues par les employeurs affiliés à une caisse d'allocations familiales (art. 23 al. 1 et 27 al. 1 LAF). Selon l'art. 30 al. 3 LAF, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse d'allocations familiales est tenu de le réparer. L'article 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants s'applique par analogie.

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) du 6 octobre 2000, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, a entraîné la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'art. 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS) et les art. 81 et 82 du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (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 le juge des assurances sociales n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse du 9 novembre 2001 (ATF 127 V 467 consid.1, 121 V 366 consid. 1b ; cf. également dispositions transitoires : art. 82 al. 1 LPGA).

4. Aux termes de l'art. 82 al. 1 RAVS, auquel renvoie l'art. 30 al. 1 LAF, le droit de demander la réparation du 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 et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du fait dommageable (al. 1). 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 (al. 2). En dépit de la terminologie dont use l art. 82 RAVS, les délais institués par cette norme ont un caractère péremptoire, si bien qu'il convient d'examiner d'office la question de leur respect (ATF 126 V 451 consid. 2a, 121 III 388 consid. 3b et les références).

   Par moment de la «connaissance du dommage» au sens de l'art. 82 al. 1 RAVS, il faut entendre, en règle générale, le moment où la caisse de compensation aurait dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances effectives ne permettaient plus d'exiger le paiement des cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (ATF 126 V 444 consid. 3a).

En cas de faillite, la jurisprudence admet généralement qu'il existe une connaissance suffisante du dommage lorsque les créanciers ont été avisés de la collocation des créances ou que l'état de collocation peut être consulté (VSI 2003 p. 99 ; ATF 126 444 consid. 3a).

5.1 En l'espèce, la FER CIAM a eu connaissance du dommage au plus tôt le 3 octobre 2001, soit lors de la publication du dépôt de l'état de collocation, admettant sa créance et révélant par ailleurs qu'aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers chirographaires. Les décisions en réparation de dommage du 9 novembre 2001, reçues au plus tôt le (lundi) 12 novembre 2001, ont ainsi été envoyées aux défendeurs dans le délai annuel prévu par l'art. 82 al. 1 RAVS, appliqué par analogie (art. 30 al. 1 LAF).

5.2 Ces derniers ont fait opposition par courriers du 7 décembre 2001, reçus le 10 décembre suivant, cependant que la demanderesse en a requis la mainlevée par actes du 22 janvier 2002.

Formées dans le délai légal de trente jours (art. 38 al. 1 LAF ; art. 81 al. 2 et 3 RAVS), compte tenu des féries de fin d'année (art. 22a PA, applicable via l'art. 96 LAVS ; VSI 1998, p. 217), tant les oppositions que les requêtes en mainlevée sont recevables.

6.1 En vertu de l'art. 52 LAVS, appliqué par analogie en matière d'allocations familiales (art. 30 al. 3 LAF), l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse de compensation (respectivement d'allocations familiales) est tenu à réparation. Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom (ATF 123 V 15 consid. 5b, 122 V 66 consid. 4a, 119 V 405 consid. 2 et les références).

6.2 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 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).

6.3 S'agissant plus particulièrement des cotisations dues au régime des allocations familiales, l'art. 27 al. 1 LAF impose aux employeurs de payer la contribution fixée en pour-cent des salaires soumis à cotisations dans l'assurance-vieillesse et survivants fédérale, versés aux personnes dépendantes de l'établissement stable qu'ils possèdent dans le canton. A teneur de l'art. 14 al. 1 du Règlement d'exécution de la loi sur les allocations familiales (RS GE : J 5 10.01), les contributions sont perçues selon les mêmes modalités et dans les mêmes intervalles que les cotisations dues à l'assurance-vieillesse et survivants fédérale.

7.1 Dans son arrêt du 16 septembre 2004 (cause A/1671/2002), entré en force faute de recours, le Tribunal de céans a condamné O_____ et G_____ à payer à la FER CIAM fr. 192'741.60. Ce montant englobe les cotisations AVS-AI-APG-AC arriérées dues en application de l'art. 52 LAVS, pour la période de novembre et décembre 1998 (solde), décembre 1999, janvier à décembre 2000 (août et septembre exceptés), janvier à mars 2001.

En substance, le Tribunal cantonal des assurances sociales a considéré que les défendeurs avaient enfreint gravement leurs devoirs au sens où l'entend l'art. 52 LAVS, les retards dans le paiement des cotisations ne pouvant être motivés par un comportement excusable ou justifié de leur part. A cet égard, les pourparlers entrepris en octobre 1998 avec Z_____ - finalisés seulement deux ans plus tard avec l'ouverture d'une ligne de crédit par la BCGe en octobre 2000 - ne pouvaient en aucun cas justifier le non-paiement des cotisations d'assurances sociales dues depuis 1998. Au demeurant, il apparaissait que le crédit en question excluait expressément le remboursement des créances d'assurances sociales. Par ailleurs, au moment où ils avaient pris la décision de différer le paiement des cotisations sociales, les défendeurs n'avaient pas des raisons suffisantes de penser que la société pourrait rembourser celles-ci dans un délai raisonnable. En effet, X_____ SA ne souffrait pas alors d'un manque provisoire de liquidités, mais était lourdement endettée. Son avenir économique dépendait ainsi de tout autres facteurs que la retenue des cotisations dues aux assurances sociales, à savoir notamment de l'injection dans l'entreprise de nouvelles ressources financières de l'ordre de plusieurs centaines de milliers de francs, la ligne de crédit de fr. 700'000.- s'étant, par surcroît, avérée insuffisante en l'espèce.

7.2 Tant la présente action que la cause qui a donné lieu à l'arrêt précité ont été introduites par la même demanderesse, contre les mêmes défendeurs, concernent des faits de même nature et portent sur des questions juridiques communes. Par ailleurs, l'art. 30 al. 3 LAF stipule expressément l'application analogique de l'art. 52 LAVS en matière de responsabilité de l'employeur (singulièrement des organes d'une personne morale) qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'a pas observé des prescriptions et causé ainsi un dommage à la caisse de compensation

7.3 Il s'ensuit que la solution à laquelle est parvenu le Tribunal cantonal des assurances sociales dans son arrêt du 16 septembre 2004 précité peut être transposée, mutatis mutandis, en l'espèce, en matière d'allocations familiales de droit cantonal.

7.4 En conséquence, par identité de motifs avec ledit arrêt, aux considérants duquel il suffit de renvoyer (art. 36a al. 3 OJ, appliqué par analogie), il appartiendra à G_____ et O_____ de supporter également le dommage qu'ils ont causé fautivement à la demanderesse relativement aux cotisations dues au régime des allocations familiales cantonales, soit fr. 21'755.80 (cf. ci-dessus, § 13).

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

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

A la forme :

1. Reçoit la requête en mainlevée déposée par la FER CIAM le 22 janvier 2002.

Au fond :

2. Lève les oppositions formées par les défendeurs à concurrence de fr. 21'755.80.

3 Dit que la procédure est gratuite.

La greffière :

Nancy BISIN

Juge suppléant :

Jean-Louis BERARDI

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties par le greffe le