RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1805/2002 **ATAS/291/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 27 avril 2004

1ère Chambre

En la cause

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION Route de Chêne 54 à Genève	demanderesse
contre	
Monsieur J_____, comparant par Maître Jean-Marie CRETTAZ, en l'étude duquel il élit domicile	défendeur ex-administrateur de la société X_____ SA (faillie)

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

EN FAIT

1. La société X_____ SA, ayant pour but l'exploitation d'un centre de soins, beauté et coiffure, a été créée en 1986. Elle occupait en moyenne quatre salariés.

2. Depuis 1995, X_____ SA n'a plus respecté ses obligations en matière d'AVS et notamment, n'a plus adressé les déclarations de salaires dans les délais légaux à la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la Caisse), caisse auprès de laquelle elle était affiliée depuis janvier 1995 ; elle ne s'est pas acquittée des cotisations dues non plus.

3. Selon extrait du registre du commerce, Madame L_____ en était l'administratrice du 4 mars 1991 au 15 novembre 1995 et Monsieur J_____, administrateur unique avec signature individuelle, de cette date jusqu'à la faillite de la société, prononcée par le Tribunal de première instance le 25 avril 1996.

4. Selon l'avis paru dans la Feuille d'avis officielle du 21 mars 2001, la faillite a été suspendue par défaut d'actif le 6 mars 2001.

5. La Caisse a allégué avoir subi dans la faillite un dommage représentant sa créance de cotisations, plus divers frais. Conformément à l'article 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), elle en a demandé réparation aux organes de X_____ SA par décisions du 27 février 2002. Elle a ainsi réclamé à Monsieur J_____ le paiement de 15'094,05 fr., soit les cotisations paritaires restées impayées depuis le 15 novembre 1995, et à Madame L_____, 7'330,30 fr., soit le montant échu au 30 septembre 1995.

6. Madame L_____ n'a pas contesté la décision à elle notifiée. Par courrier du 11 mars 2002, Monsieur J_____, représenté par Maître Jean-Marie CRETTAZ, a en revanche formé opposition, contestant cette réclamation dans son principe comme dans son montant. En particulier, il a allégué que le droit de la Caisse de demander réparation était prescrit.

8. Le 17 avril 2002, la Caisse a porté le cas devant la Commission cantonale de recours en vue d'obtenir la mainlevée de cette opposition, précisant que le délai légal pour notifier une décision de réparation n'était pas encore échu lorsqu'elle avait remis sa décision du 27 février 2002 à un guichet postal. Elle a ajouté au fond que l'argument soulevé par le conseil de l'intéressé dans une lettre du 23 décembre 1996, selon lequel celui-ci avait exercé la fonction d'administrateur en raison de sa nationalité suisse, alors qu'en réalité c'est Madame C_____, la directrice domiciliée en France voisine, qui était chargée d'assumer cette tâche, n'était pas fondé. Selon la Caisse, la directrice ne bénéficiait en effet ni d'une signature permettant d'engager sa responsabilité, ni même d'une procuration.

Monsieur J_____ ayant également fait valoir qu'il n'avait pas pu se procurer les documents comptables antérieurs à son mandat malgré ses demandes réitérées auprès de Madame L_____, la Caisse a relevé que dès novembre 1995, il ne pouvait plus invoquer cet argument pour se justifier, l'administratrice ayant cessé sa fonction. Elle en conclut que Monsieur J_____ a engagé sa responsabilité au sens de l'article 52 LAVS.

9. Invité à se déterminer, celui-ci, par courrier du 16 mai 2002, a soutenu que l'action en responsabilité intentée par la Caisse devait être considérée comme irrecevable en raison de son introduction tardive, et que la prétention de la Caisse du 27 février 2002 était infondée et atteinte par la prescription.

EN DROIT

1. 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'article 52 LAVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'article 52 LAVS et les articles 81 et 82 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 déterminant se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1).

2. Selon l'art. 52 LAVS, l'employeur doit couvrir le dommage qu'il a causé en violant intentionnellement ou par négligence grave. C'est sur la base de cette disposition légale que la Caisse a notifié au défendeur ses décisions du 27 février 2002.

3. Selon l'article 81 al. 2 RAVS, l'employeur peut former opposition à la décision en réparation du dommage dans les 30 jours dès la notification, ce qu'a fait le défendeur le 11 mars 2002. Si la Caisse entend maintenir sa décision, elle doit porter le cas devant l'autorité cantonale de recours compétente, ceci dans les 30 jours, à compter du moment où elle a eu connaissance de l'opposition (article 81 al. 3 RAVS).

   La Caisse a déposé sa requête en mainlevée de l'opposition auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI, compétente en la matière jusqu'au 31 juillet 2003, le 17 avril. La cause a été transmise 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*).*

4. Dans le cas d'espèce, le défendeur a estimé que la demande de la Caisse du 17 avril 2002 était tardive, la computation du délai de 30 jours étant soumise d'après lui aux règles de la loi genevoise de procédure administrative (LPA) qui ne prévoit pas de suspension de délai.

   Pourtant, l'article 96 LAVS rend directement applicable les articles 20 à 24 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA), et plus particulièrement l'article 22a en matière de suspension des délais. Le délai de 30 jours de l'article 81 al. 3 RAVS est un délai de procédure auquel s'appliquent les articles 20 à 24 PA. Effectivement « applicables de manière générale en procédure administrative et judiciaire de première instance en matière d'AVS, les articles 20 à 24 PA le sont

incontestablement aussi à la procédure en réparation du dommage selon l'article 52 LAVS » (ATF 119 V 8, consid. 3a = VSI 1993, p. 116 ; ATFA du 27 février 1996, consid. 4a = VSI 1996, p. 232).

Or, en vertu de l'article 22a let. a PA, les délais fixés par la loi ou l'autorité ne courent pas du 7ème jour avant Pâques au 7ème jour après Pâques inclusivement.

Il ressort des considérations qui précèdent que le délai de 30 jours de l'article 81 al. 3 RAVS est arrivé à échéance dans le cas particulier le 27 avril 2002, l'opposition ayant été formée par lettre recommandée du 11 mars 2002 et, selon toute vraisemblance, portée à la connaissance de la Caisse le lendemain.

En conséquence, force est de constater que la requête en mainlevée du 17 avril 2002 n'est pas tardive, et qu'elle doit dès lors être déclarée recevable.

5. Aux termes de l'article 82, alinéa 1 du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (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 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 ; VSI 1993, p. 110 ; VSI 1993, p. 83 ; VSI 1996, p. 172). 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 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 116 V 75, consid. 3b; 113 V 181, consid. 2; 112 V 8, consid. 4d, 158; 108 V 52, consid. 5; 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, 2ème éd. p. 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 compte 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-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; 116 V 75, consid 3b = RCC 1990, p. 415, ATF 113 V 182 consid. 2 avec réf. = RCC 1987, p. 607).

En cas de suspension de la liquidation de la faillite faute d'actif, le dommage est réputé connu en règle générale au moment de la publication de la suspension de la liquidation (ATFA 129 V 193).

6. En l'espèce la faillite a été suspendue pour défaut d'actif le 6 mars 2001. C'est à ce moment-là que la demanderesse a su qu'elle subirait un dommage. Force dès lors est de constater que par son action en réparation du dommage notifiée le 27 février 2002, la Caisse a respecté le délai de péremption d'un an dès la connaissance du dommage prévu à l'article 82 al. 1 RAVS (RCC 1990, p. 302).

7. Il est vrai que la décision n'a pas été notifiée au domicile élu, soit en l'étude du conseil de défendeur. Or, l'article 46 al. 2 LPA précise que les décisions sont notifiées aux parties, le cas échéant à leur domicile élu auprès de leur mandataire, par écrit. Ainsi, une notification faite directement au destinataire de la décision est de nul effet si ce dernier avait informé l'autorité qu'il avait un représentant (ATF 110 V 391). Selon les termes de l'article 47 LPA, une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties, notamment lorsque le vice peut être réparé sans dommage pour elles (Droit administratif vol. II Pierre MOOR, Staemfli Ed. SA Berne, p. 304, éd. 2002).

   La jurisprudence n'attache pas nécessairement la nullité à l'existence d'un vice dans la notification ; la protection des parties est suffisamment réalisée lorsque la notification irrégulière atteint son but malgré cette irrégularité. Il y a donc lieu d'examiner, d'après les circonstances du cas concret, si la partie intéressée a réellement été induite en erreur par l'irrégularité de la notification et a, de ce fait, subi un préjudice. Il s'impose de s'en tenir aux règles de la bonne foi, qui impose une limite à l'invocation d'un vice de forme (RAMA 1997, p. 445, ATFA du 23 avril 2003 en la cause U. 222/02 et ATFA du 15 avril 2002 en la cause C. 331/01). En l'espèce, le défendeur avait fait élection de domicile en l'étude de Maître CRETTAZ. Cependant, il a eu la possibilité de faire opposition à ladite décision et ce par l'intermédiaire de son mandataire dans le délai légal. Dès lors, la notification irrégulière ayant atteint son but sans préjudice, le recours est recevable en la forme.

8. Le défendeur a relevé dans son courrier du 16 mai 2002 que la Caisse avait fait valoir son droit à la réparation du dommage par une décision du 27 février 2002,

soit bien plus de cinq ans après le fait dommageable, puisque les cotisations réclamées étaient échues au 30 mars 1996 et que dès le 25 avril 1996, la société était en faillite.

Le fait dommageable soit le moment à partir duquel commence à courir le délai de cinq ans de l'art. 82 al. 1 RAVS correspond à la survenance du dommage (FRESARD, La responsabilité de l'employeur pour le non-paiement de cotisations d'assurances sociales selon l'art. 52 LAVS, in Revue Suisse d'Assurance 1987, p.13).

Est litigieux le point de déterminer, dans le cas d'espèce, le moment où la Caisse a effectivement subi un dommage au sens de l'article 82 al. 1 RAVS.

Selon la jurisprudence, le dommage est réputé survenu lorsque les cotisations dues ne peuvent plus être perçues, pour des motifs juridiques ou de fait (ATF 113 V 258, consid. 3c; RCC 1988, p. 137; BGE 109 V 92, consid. 9 et les arrêts cités; RCC 1983, p. 477 ; RCC 1990, p. 304). 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 (ATF 112 V 157, consid. 2; *Maurer*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, volume II, p. 69). Ainsi, en cas de faillite, en raison précisément de l'impossibilité pour la Caisse de récupérer les cotisations dans la procédure ordinaire de recouvrement, le dommage subi par la Caisse est réputé être survenu le jour de la faillite ; le jour de la survenance du dommage marque la date à partir de laquelle court le délai de cinq ans de l'art. 82 al. 1, in fine RAVS (ATF 123 V 16 ; ATF 129 V 193). En l'espèce, la faillite a été prononcée le 25 avril 1996. Le dommage subi par la Caisse est donc réputé être survenu à cette date.

Il s'ensuit que la Caisse, qui a rendu sa décision le 27 février 2002, n'a pas respecté le délai de cinq ans de l'article 82 al. 1 RAVS, lequel doit être compté à partir du 25 avril 1996. Le droit pour la Caisse de demander au défendeur la réparation du dommage est dès lors prescrite.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

conformément à la disposition transitoire de l'article 162 LOJ

1. Déclare recevable la demande en mainlevée déposée le 17 avril 2002 par la Caisse contre Monsieur J_____.

2. Refuse à la Caisse la levée de l'opposition formée par Monsieur J_____ à hauteur de 22'424 fr. 35, pour cause de prescription au sens de l'art. 82 al. 1. RAVS.

3. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions.

4. Condamne la demanderesse à verser au défendeur la somme de 1'000 fr., à titre de participation à ses frais et dépens.

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:
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

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