



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1843/2002

ATAS/466/2004

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 16 juin 2004

4^{ème} chambre

En la cause

SERVICE CANTONAL D'ALLOCATIONS FAMILIALES, route de Chêne 54, case postale 360, 1211 Genève 29 Demandeur

contre

Monsieur L_____, comparant par Me PEREGRINA, en l'étude duquel il élit domicile Défendeur

Ancien
gérant de
X_____
_(SWITZER
LAND) Sàrl
(faillie)

Siégeant : Madame Juliana BALDE, Présidente, Mesdames Isabelle DUBOIS et Karine STECK, juges

EN FAIT

1. La société X _____ (Switzerland) Sàrl a été constituée à Genève et inscrite au Registre du commerce le 8 janvier 1999. Son but social était de rendre et commercialiser des services techniques et commerciaux dans le domaine des télécommunications et ce, principalement en Suisse.
2. Etaient inscrits au Registre du commerce, K _____ des USA, à Santa Barbara en Californie, en qualité d'associée-gérante pour une part de Fr. 1'000.-, au bénéfice d'une signature individuelle, X _____ Inc. à Santa Barbara, Californie USA en qualité d'associée, pour une part de Fr. 19'000.-, C _____ A. de Grande-Bretagne, en qualité de gérant au bénéfice d'une signature individuelle, du 17 mars 1999 au 13 mars 2000 ; K _____ d'Allemagne, à Frankfurt, au bénéfice d'une signature individuelle et L _____, à Thônex, en qualité de gérant, au bénéfice d'une signature individuelle, dès le 30 août 1999 (cf. pièce n° 14 SCAF).
3. La société a occupé entre six et sept personnes et était affiliée auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation pour les cotisations paritaires AVS-AI-APG-AC et auprès du Service cantonal d'allocations familiales (ci-après le SCAF) pour les contributions aux allocations familiales.
4. Par jugement du 11 juin 2001, le Tribunal de Première Instance de la République et canton de Genève a prononcé la faillite de la société. Une liquidation sommaire a été ordonnée et un délai pour les productions fixé au 2 novembre 2001, selon publication dans la FAO du 3 octobre 2001 (cf. pièce n° 9 SCAF).
5. Le SCAF a produit une créance provisoire de Fr. 4'000.- en date du 27 novembre 2001. Le 28 novembre 2001, l'état de collocation a été déposé. Le SCAF a produit sa créance définitive auprès de l'Office des poursuites et faillites le 14 janvier 2002, pour un montant de Fr. 3'949,60.
6. Par courrier du 23 janvier 2002, l'Office des poursuites et faillites Rive-droite a informé le SCAF que suite au dépôt de l'état de collocation, sa créance était admise en 2^{ème} classe pour la somme de Fr. 3'949,60 et qu'aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers chirographaires.
7. Par décision du 23 mai 2002, le SCAF a réclamé à Monsieur L _____, en sa qualité de gérant de la société faillie, le paiement de Fr. 3'949,60, à titre de réparation du dommage subi dans la faillite de la société.
8. Par l'intermédiaire de son conseil, l'intéressé a formé opposition auprès du SCAF en date du 21 juin 2002, au motif notamment qu'il exerçait la fonction de gérant sur la base d'un contrat fiduciaire et contestant toute responsabilité.

9. Par acte du 15 juillet 2002, le SCAF a requis de la Commission cantonale de recours en matière d'allocations familiales la mainlevée de l'opposition formée par le défendeur. Elle rappelle que l'existence d'un contrat de fiduciaire ne saurait dégager l'intéressé de sa responsabilité formelle et que la répartition des pouvoirs internes n'est pas déterminante. Au vu notamment de la rémunération relativement élevée qu'il percevait, le défendeur ne peut être considéré comme simple employé exécutant. Pour le surplus, il considère que l'intéressé n'a apporté aucun élément qui puisse le dégager de sa responsabilité et conclut à la mainlevée de l'opposition.
10. Dans sa réponse, le défendeur a fait valoir que la société suisse faisait partie d'un groupe américain et que ses gérants étaient domiciliés aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne. Pour se conformer à l'exigence du droit suisse, la société s'est vue dans l'obligation de nommer un gérant domicilié en Suisse et c'est ainsi qu'il devint gérant, à titre fiduciaire. Il ne disposait d'aucun pouvoir décisionnel et ne jouissait que d'une liberté limitée dans l'exécution des tâches qui lui étaient confiées, la gestion du groupe au niveau européen étant entièrement concentrée et menée à partir de l'Allemagne. Les démarches vis-à-vis des autorités fiscales et sociales avaient été confiées à la fiduciaire Y _____, à Zurich. Toute la comptabilité générale était effectuée par la société à Frankfurt ; le défendeur se chargeait de transmettre dans les plus brefs délais les documents reçus à la société Z _____ et à la société allemande, qui procédait ensuite au paiement des charges dues par la société suisse. Il considère avoir toujours rempli avec diligence les obligations qui lui incombait en vertu de sa fonction de gérant. D'autre part, si la caisse avait notifié à temps à la société les impayés, ceux-ci auraient été immédiatement réglés, dès lors que jusqu'à la date de la faillite, la société disposait des liquidités nécessaires pour payer les primes de sécurité sociale et ses employés. En effet, la faillite de la société genevoise a été prononcée suite à celle de la société allemande du groupe qui en était la principale débitrice. Il considère n'avoir commis aucune négligence grave dans l'exercice de ses fonctions.
11. Le SCAF a persisté dans ses conclusions, rappelant que le montant des salaires était connu de la société, ce qui permettait au défendeur de chiffrer sans autre le montant des cotisations et des contributions dues. Même si un décompte relatif à l'année 1999 n'a été établi qu'après la faillite, le bulletin de versement chiffré relatif à ces contributions avait été adressé à la société en août 2000 déjà. Le SCAF ne disposant pas de copie de ce bulletin de versement, il avait établi une décision, jointe à sa production auprès de l'Office des faillites, dans un souci de clarté.
12. Le Tribunal de céans, auquel la cause a été transmise d'office dès le 1^{er} août 2003, a ordonné la comparution personnelle des parties qui s'est tenue le 1^{er} juin 2004. Le défendeur a confirmé qu'il était gérant de la société, mais à titre fiduciaire ; il était salarié et responsable du bureau suisse. Il a confirmé qu'en août 2000, la société avait les moyens financiers et qu'elle aurait pu s'acquitter des contributions si elle avait reçu la décision de contribution. Le SCAF a rappelé que les contributions

d'allocations familiales étaient versées sous forme de forfaits, que la société acquittait d'ailleurs avec retard depuis 1998 déjà. Il a confirmé que l'attestation des salaires relative à l'année 1999 a été établie par Z_____ et lui a été transmise en date du 20 janvier 2000. Il n'y aurait pas eu de rappel concernant les contributions de l'année 1999. S'agissant de l'année 2001, le solde de contributions impayé s'élève à Fr. 1'532,65 et correspond aux contributions des mois d'avril et de mai 2001. Elles ont été fixées par décision du 18 juillet 2001, produite auprès de l'Office des faillites. La cause a été gardée à juger.

12. Le défendeur a versé à la procédure copies de son contrat de travail avec X_____ et de la décision du groupe réclamations de l'Office cantonal de l'emploi de Genève, pièces qui ont été communiquées à l'intimé.

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 1^{er} 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 de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la LOJ, la présente cause, introduite avant l'entrée en vigueur de la loi et pendante devant la Commission cantonale de recours en matière d'allocations familiales, a été transmise d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique, notamment sur les contestations prévues à l'art. 38 de la loi cantonale sur les allocations familiales, du 1er mars 1996 (cf. article 56V alinéa 2 lettre e) LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.
3. Les dispositions de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, sont applicables aux assurances régies par la législation fédérale, si et dans la mesure où les lois spéciales sur les assurances sociales le prévoient (art. 2 LPGA).

L'article 52 LAVS s'applique par analogie à l'action en réparation du dommage intentée par la caisse d'allocations familiales à l'encontre d'un employeur (art. 30 al. 3 LAF). Cette disposition a subi des modifications du fait de l'entrée en vigueur de la LPGA. 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 du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants ont été abrogés. Le cas d'espèce reste néanmoins 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).

Aux termes de l'article 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. 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, 2^{ème} 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 119 V 92 consid. 3 ; 108 V 196 consid. 3a ; VSI 1995, p. 169-170, consid. 2 ; ATF 116 II 161, consid. 4a ; 116 V 75, consid. 3b = RCC 1990, p. 415).

Les termes « en règle ordinaire » signifient que, en principe, la caisse de compensation est en mesure d'estimer suffisamment l'étendue de son dommage au moment du dépôt de l'état de collocation. Il se peut toutefois que cette estimation ne soit possible que dans une phase ultérieure de la liquidation, par exemple parce que le montant des actifs dépend du produit de la vente de biens immobiliers et que l'administration de la faillite ne peut fournir aucune indication à propos du dividende prévisible (RCC 1992, p. 266, consid. 5c ; Nussbaumer, les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'article 52 LAVS, RCC 1991, p. 406). Inversement, la partie lésée peut exceptionnellement, en raison de circonstances spéciales, acquérir la connaissance nécessaire avant le dépôt de l'état de collocation ; c'est en particulier le cas lorsqu'elle apprend de l'administration de la faillite, à l'occasion d'une assemblée des créanciers, qu'aucun dividende ne pourra être distribué aux créanciers de la caisse. L'existence de telles circonstances ne sera cependant admise qu'avec retenue : de simples rumeurs ou des renseignements provenant de personnes non autorisées ne permettent pas encore de fonder et de motiver une demande en justice (ATF 118 V 196 consid. 3b).

Par ailleurs, s'il faut, à juste titre, se montrer sévère dans l'appréciation de la responsabilité d'un employeur – et, par extension, de celle de ses organes s'il s'agit d'une personne morale – qui occasionne un dommage à la caisse de compensation en n'observant pas, intentionnellement ou par négligence grave, des prescriptions de la LAVS (ATF 114 V 220 sv.), il faut de même se montrer exigeant à l'égard de l'administration en ce qui concerne le respect des conditions formelles de l'action en responsabilité fondée sur l'art. 52 LAVS (ATF 119 V 96 = VSI 1993 p. 110).

En l'espèce, l'état de collocation a été déposé le 28 novembre 2001 et le 23 janvier 2002, l'Office des poursuites et faillites a informé l'intimé qu'aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers chirographaires. C'est en conséquence en novembre 2001 au plus tôt que l'intimé a eu connaissance de son dommage et que le délai de péremption d'un an a commencé à courir (ATF 129 V 193 ; 112 V 156). En notifiant son action en réparation du dommage à l'encontre du défendeur en date du 23 mai 2003, le SCAF a respecté le délai précité.

Le défendeur a formé opposition en temps utile auprès de l'intimé et ce dernier a saisi l'autorité compétente dans le délai de 30 jours ; la requête est dès lors recevable à la forme (art. 81 al. 2 et 3 RAVS ; art. 38 al. 1 et 41 LAF).

4. Aux termes de l'article 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'article 52 LAVS est une disposition spéciale (cf. RCC 1989, page 117).

En l'occurrence, le dommage consiste en la perte de la créance de contributions subie par le SCAF en raison de la faillite de la société X_____ (SWITZERLAND) Sàrl, pour un montant de Fr. 3'949,60, représentant les contributions impayées des mois d'avril et mai 2001, ainsi qu'un solde relatif à l'année 1999, frais de sommations compris (cf. pièces SCAF ; PV de comparution personnelle des parties).

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 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'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, 1er alinéa, en corrélation avec l'article 759, 1er 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).

Cependant, les principes de la responsabilité dans la SA ne sauraient être appliqués tels quels à la Sarl. En effet, il y a lieu de distinguer entre les associés non-gérants et les associés gérants : à teneur de l'article 819 al. 1 CO, les associés non-gérants ne disposent que d'un droit de regard (cf. VSI 2000 p. 227 consid. 4). L'article 827 CO prévoit une responsabilité du fait de la violation d'obligations pour les personnes qui, ayant coopéré à la fondation de la société, sont chargées

de la conduite des affaires et du contrôle ainsi que pour les liquidateurs, ces personnes étant soumises aux règles prescrites pour la société anonyme. Le TFA a ainsi jugé que si un associé non-gérant ne contrôle pas le respect par l'entreprise de ses obligations de décompte et de paiement des cotisations relevant du droit des assurances sociales, il ne saurait être rendu responsable, par la caisse, du dommage résultant du non-paiement des cotisations. Toutefois, si les statuts lui imposent de contrôler ou de surveiller l'activité des gérants, il doit répondre de l'omission ou de l'insuffisance de contrôle comme dans le cas où il ne prendrait aucune mesure après avoir pris connaissance d'insuffisances de la part de la direction. S'il occupe, au sein de la Sàrl, une position correspondant à celle d'un gérant, il est soumis à des devoirs plus étendus, dont la violation peut également donner lieu à une action en responsabilité (article 827 en corrélation avec l'article 754 CO ; ATF 126 V 239 = VSI 2000 p. 227 ; VSI 2002 p. 176 consid. 3b). Le gérant d'une Sàrl formellement désigné en cette qualité répond selon les mêmes principes que les organes d'une société anonyme pour le dommage causé à une caisse de compensation ensuite du non-paiement de cotisations d'assurances sociales (ATFA du 23 janvier 2003, cause H 337/01).

Le défendeur était inscrit au Registre du commerce en qualité de gérant de la Sàrl, titulaire d'une signature individuelle (cf. pièce no. 14 SCAF). Sa qualité d'organe formel de la société est ainsi établie.

Dans son opposition, le défendeur invoque le fait qu'il était gérant à titre fiduciaire seulement, afin que la société soit conforme aux exigences du droit suisse. Il allègue n'avoir été qu'un employé de la société, sans pouvoir de gestion réel. Toute la gestion administrative et financière s'effectuait depuis la filiale allemande du groupe à Francfort, lui-même se chargeant de transmettre toutes les factures relatives aux charges notamment. Les ordres de paiements de la société genevoise étaient ensuite donnés par la fiduciaire Z_____, à Zurich. Toutes les décisions relatives à la gestion de la société suisse étaient prises par le responsable de la société à Francfort, soit Monsieur K_____ (cf. PV de comparution personnelle).

Ces arguments ne résistent pas à l'examen. Le Tribunal de céans rappelle que selon la jurisprudence, 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 (cf. ATFA du 7 avril 1993, en la cause C.B., D.D.). D'autre part, l'article 716 alinéa 1 CO énumère les obligations inaliénables et intransmissibles 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 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 aussi 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, parag. 30 note 49). Ces règles étant applicables aux gérants de la Sàrl, le défendeur ne saurait ainsi se dégager de ses responsabilités pour ce motif.

Le Tribunal de céans constate que le défendeur était responsable du bureau suisse de la société X_____. Il a reconnu s'être rendu régulièrement à Francfort pour discuter des affaires courantes de la société avec Monsieur K_____, responsable de la société allemande, lequel, bien que non gérant, disposait d'une signature individuelle dans la Sàrl genevoise (cf. extrait du Registre du commerce, pièce no. 14 SCAF). Il a aussi admis n'avoir pas contrôlé, ni cherché à savoir si les contributions dues à l'intimé étaient régulièrement payées ou non. Il n'a pris aucune mesure concrète en vue de surveiller de près la gestion de la société, ainsi qu'il aurait dû le faire. Ce comportement constitue une violation grave des devoirs de l'employeur, de sorte que sa responsabilité est engagée au sens de l'article 52 LAVS.

Le montant du dommage se compose d'un solde de contributions impayées pour l'année 1999, y compris les frais de sommations, de Fr. 2'416,95, ainsi que des contributions dues pour les mois d'avril et mai 2001 pour Fr. 1'532,65 (cf. pièces nos. 6, 7 SCAF). Le défendeur répond sans aucun doute des contributions impayées relatives à l'année 1999. S'agissant en revanche des contributions dues pour les mois d'avril et mai 2001, le Tribunal considère que l'on ne saurait reprocher au défendeur une négligence grave. En effet, les contributions de l'année 2001 étaient payées sous forme de forfaits trimestriels : la facture du premier trimestre 2001, soit Fr. 2'973, a été payée par la société (cf. relevé informatique, pièce SCAF ; PV de comparution personnelle des parties, p. 2). Les contributions dues pour le deuxième trimestre 2001 n'ont pu être fixées par le SCAF, en raison de la faillite intervenue en date du 11 juin 2001, et n'étaient en conséquence pas exigibles. Dans ces conditions, le défendeur répondra du dommage à concurrence du montant dû pour le solde des contributions de l'année 1999, soit Fr. 2'416,95.

**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 de l'opposition formée par Monsieur L _____
à la demande en réparation du dommage du 23 mai 2002 ;

Au fond :

2. L'admet partiellement ;
3. Lève l'opposition formée par Monsieur L _____, à concurrence du montant
de Fr. 2'416,95 ;
4. Condamne le service cantonal d'allocations familiales à verser au défendeur la
somme de fr. 300.-- à titre de participation à ses frais et dépens ;
5. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions.

Le greffier :

La Présidente :

Walid BEN AMER

Juliana BALDE

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