RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2055/2005 **ATAS/463/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 1

du 16 mai 2006

En la cause

Madame W_____, domiciliée RAPPERSWIL, comparant avec élection de domicile en l'Etude de Maître KUHN Rolf	recourante
Contre	
CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, sise route de Chêne 54, 1208 GENEVE	intimée

---

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Karine STECK et Valérie MONTANI, Juges

EN FAIT

1. La société X_____SA (ci-après la société), ayant pour but le commerce de lunettes, de montures de lunettes, de lunettes de soleil, de loupes de lecture ainsi que tous produits et accessoires d'optique, a été créée en 1999 à Berne. Elle a été inscrite au registre du commerce de Genève le 19 mars 2003.

2. Selon le registre du commerce, Madame W_____ en a été l'administratrice-présidente, avec signature individuelle, jusqu'au 19 mars 2003; Monsieur F_____ a repris la fonction d'administrateur dès cette date.

3. La société a été affiliée auprès de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, service des allocations familiales (ci-après la caisse) en tant qu'employeur pour les salariés travaillant dans le canton de Genève dès le 1er février 1999.

   La société n'a effectué aucun versement pour l'année 2000; elle s'est en revanche acquittée d'acomptes forfaitaires pour l'année 2001, soit 210 fr. par trimestre.

   La caisse a été contrainte d'adresser à la société plusieurs sommations dans le courant des années 2001 et 2002. Ce n'est que le 26 janvier 2004 que la société lui a communiqué les attestations de salaires 2000 et 2001, signées par Monsieur F_____.

   Par décisions du 27 février 2004, la caisse a alors été en mesure de fixer le montant des contributions allocations familiales (AF) dues à 7'824 fr. 40 pour 2000 et à 8'486 fr. 75 pour 2001.

4. La société a été dissoute par suite de faillite prononcée par jugement du Tribunal de première instance du 3 février 2004 et est devenue X_____SA en liquidation. Cette information a été publiée dans la FAO du 5 mars 2004.

5. Par décision du 29 octobre 2004, la caisse a réclamé à l'intéressée le paiement de la somme de 16'198 fr. 35 représentant le dommage subi en raison du non-paiement des contributions AF dues par la société pour les années 2000 et 2001, frais y compris.

6. L'intéressée a formé opposition le 27 décembre 2004 à ladite décision. Elle précise que la société est assujettie au régime d'allocations familiales du canton de Berne. Les contributions AF ont ainsi été dûment payées dans ce canton, calculées sur la base d'un taux de 1,9% de la masse salariale. Elle en conclut que la caisse, qui applique un taux de 1,7%, ne saurait subir de dommage, puisqu'elle a encore la possibilité de réclamer le remboursement de ce qui lui serait dû auprès de la caisse bernoise. Elle considère par ailleurs n'avoir commis aucune négligence, ayant remis

tous les décomptes en temps utile auprès de la caisse bernoise. Elle ajoute enfin qu'elle a démissionné de son poste d'administratrice en 2001.

7. Par décision du 11 mai 2005, la caisse a rejeté l'opposition. Elle rappelle que pour l'année 2000 aucun acompte ne lui a été versé et que les attestations de salaires 2000 et 2001 ne lui ont été remises qu'en janvier 2004, nonobstant plusieurs sommations, amendes et menaces de dénonciation pénale.

   La caisse a par ailleurs informé l'intéressée qu'elle avait renoncé à rechercher Monsieur F_____ en raison de son domicile au Brésil.

8. L'intéressée, représentée par Maîtres Rolf KUHN et Julien VEYRASSA, a interjeté recours le 13 juin 2005 auprès du Tribunal de céans. Elle a produit copie de la lettre qu'elle avait adressée à la société le 4 décembre 2002 confirmant sa démission en qualité de membre du conseil d'administration. C'est ainsi qu'elle n'a même pas eu connaissance de la faillite de la société survenue le 3 février 2004. Elle allègue que la société s'est acquittée des contributions AF auprès de la caisse bernoise, et considère qu'elle n'est pas responsable du fait que les éventuels remboursements de cette caisse n'aient pas été transférés à l'intimée, après sa démission en février 2002.

9. Invitée à se déterminer, la caisse a, le 6 juillet 2005, conclu au rejet du recours.

10. Les parties ont été entendues en comparution personnelle le 27 septembre 2005. L'intéressée, assistée d'un interprète, a déclaré :

    "J'ai prêté de l'argent à Monsieur F_____ pour créer la société. Il m'a remboursé dans le courant de l'année 2002 (49'000 fr.). C'est lui le propriétaire de la société. Je l'ai vu pour la dernière fois le 7 septembre 2001. C'est à ce moment-là que je lui ai annoncé que je voulais démissionner de mon mandat d'administratrice. Je l'ai fait oralement. Je n'ai pas d'autres documents que ma lettre du 4 décembre 2002.

    Je travaillais en qualité d'acheteuse jusqu'en 1997 chez Y_____ dans le domaine des lunettes. C'est là que j'ai connu Monsieur F_____. Mon mari tenait un magasin de lunettes en Allemagne et était partenaire de mon employeur, fournisseur de Y_____. Cet employeur étant décédé, Monsieur F_____ a repris son affaire et a demandé à mon mari un prêt de 49'000 fr. C'est pourquoi je suis devenue l'administratrice de la société. Je n'ai pas bien compris quelles étaient les conséquences de mon inscription au registre du commerce. Personne ne m'a informée.

    Je ne me suis jamais occupée de la société, Monsieur F_____ la gérait seul.

Je n'ai jamais eu connaissance des courriers que la caisse genevoise adressait à la société (sommations, rappels et amendes). Je n'ai eu aucun contact avec Monsieur F_____ depuis septembre 2001. Ce n'est que le 29 octobre 2004, date à laquelle la caisse m'a écrit directement que j'ai appris ce qui se passait".

11. Interrogée par le Tribunal de céans, la caisse de compensation du canton de Berne a, par courrier du 11 novembre 2005, confirmé qu'elle avait affilié la société, avec siège à Berne, du 1er février 1999 au 31 mars 2003, que toutefois seules des cotisations AVS-AI avaient été décomptées, la société n'ayant déclaré aucun personnel salarié à Berne. Elle avait considéré, sur la base des déclarations de la société, que les contributions AF avaient été payées à la caisse genevoise à compter du 1er février 1999.

12. Le courrier de la caisse bernoise ainsi que ses annexes, à savoir les attestations de salaires annuelles 2000 et 2001, ont été communiqués aux parties. A noter que ces attestations avaient été transmises à la caisse bernoise les 9 avril 2001 et 13 mai 2002.

    L'intéressée relève que la preuve est ainsi apportée que la société a dûment communiqué les salaires des collaborateurs de la société à la caisse bernoise et que les cotisations y relatives ont été payées. Elle rappelle par ailleurs qu'elle n'a plus eu accès aux dossiers de la société après 2002 (courrier du 15 décembre 2005).

    La caisse constate quant à elle que la caisse bernoise a confirmé que la société n'occupait pas de personnel dans le canton de Berne et produit copie d'un courrier adressé à la société le 13 juin 2000 confirmant l'affiliation de celle-ci au Service cantonal genevois d'allocations familiales dès le 1er février 1999 (courrier du 17 janvier 2006).

13. Constatant que sur les décomptes produits par l'intéressée, figuraient des salaires soumis à contribution AF ainsi que des allocations versées, le Tribunal de céans a à nouveau interrogé la caisse bernoise.

    Celle-ci a confirmé le 21 mars 2006 qu'il n'y avait eu ni prélèvement de contribution AF ni versement d'allocation. Les contributions indiquées sur les décomptes avaient été annulées et extournées.

14. Invitée à se déterminer, l'intéressée a souligné que des contributions AF avaient ainsi bel et bien été enregistrées par la caisse bernoise, que dans ces conditions, la société était en droit de considérer que les contributions étaient dues à cette caisse-ci.

    Selon la caisse au contraire, l'intéressée n'avait aucune raison de penser que les allocations étaient payées auprès de cette caisse.

15. Les observations des parties ont été dûment transmises et la cause a été gardée à juger.

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, 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.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 2 let. e LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 38 de la loi cantonale sur les allocations familiales du 1er mars 1996 (LAF). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. Déposé dans les forme et délai légaux, le recours est recevable.

4. Aux termes de 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 (LAVS) s'applique par analogie".

   L'art. 52 al. 1 LAVS, en sa teneur en vigueur dès le 1er janvier 2003, dit également que 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. Cette disposition reprend l'ancien art. 52 LAVS quasiment sans modification: les termes "caisse de compensation" sont remplacés par "assurance", sans que cela entraîne un changement quant aux conditions de la responsabilité de l'employeur (ATF 129 V 13).

5. Selon l'art. 52 al. 3 LAVS, 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. Contrairement à l'ancien droit il s'agit de délai de prescription et non de péremption: ces délais peuvent être interrompus et l'employeur peut renoncer à invoquer la prescription (FF 1994/5 p. 964 et ss, 1999 p. 4422).

En l'espèce, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de la société le 3 février 2004. C'est à ce moment-là que la caisse a su qu'elle risquait de subir un dommage (ATF 123 V 16). Force est ainsi de constater qu'en notifiant sa demande en réparation du dommage en date du 27 février 2004, la caisse a respecté le délai de prescription.

6. Il y a dommage au sens de l'art. 52 LAVS, et partant de l'art. 30 LAF, dès qu'un montant appartenant ou revenant à une caisse en sa qualité d'organe de l'AVS ou des AF lui échappe.

   Le montant du dommage correspond à la perte subie par la caisse. Appartiennent à ce montant les contributions AF, les taxes de sommation, les frais de poursuite et les intérêts moratoires. Les amendes d'ordre ne font en revanche pas partie du dommage (ATFA du 4 novembre 1996 H 194/96). En l'espèce, le dommage subi par la caisse s'élève à 16'198 fr. 35.

   Il y a lieu de constater que le montant de la créance de la caisse a été fixé par décisions du 27 février 2004, décisions notifiées à la société, alors que le jugement de faillite avait déjà été prononcé. On ne saurait cependant reprocher à la caisse de n'avoir pas notifié à la société X_____SA en liquidation lesdites décisions dans la mesure où la publication dans la Feuille d'avis officielle (FAO) n'est intervenue que le 5 mars 2004. Quoi qu'il en soit, la possibilité de réexaminer de manière appropriée la créance dans la procédure en réparation du dommage est garantie (VSI 1993 p. 180).

   A cet égard, l'intéressée considère que la société était assujettie au régime d'allocations familiales bernois, puisqu'elle avait son siège à Berne. Tel ne saurait être l'avis du Tribunal de céans. Il résulte en effet de la partie en fait qui précède que la société n'employait du personnel qu'à Genève. Les dispositions légales sont claires. Selon l'art. 23 LAF: "Doit obligatoirement être affilié à une caisse quiconque a qualité d'employeur au sens de l'art. 12 LAVS, s'il possède un établissement stable dans le canton". L'art. 12 LAVS définit l'employeur comme étant celui qui verse à des personnes obligatoirement assurées une rémunération au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, et l'art. 2 LAF prévoit que sont assujetties à la loi les personnes salariées au service d'un employeur tenu de s'affilier à une caisse d'allocations familiales.

   Il y a ainsi lieu de constater que la société était tenue de s'acquitter auprès de la caisse de contributions AF calculées sur la base des salaires versés à ses collaborateurs travaillant à Genève (art. 27 LAF). Aussi la caisse était-elle fondée à notifier à la société les décisions du 27 février 2004.

7. 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 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. Le TFA 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).

8. L'obligation imposée par l'art. 52 LAVS à l'employeur fautif s'étend, lorsque l'employeur est une personne morale, aux personnes qui ont agi en son nom : le juge des assurances sociales est compétent pour statuer sur la décision de dommages-intérêts, qu'elle soit prise contre la personne morale ou contre ses organes responsables (ATF 113 V 256 consid. 3c, 111 V 173 consid. 2, 110 V 357 consid. 4a, 109 V 99 consid. 2, 108 V 194 consid. 2e et la jurisprudence citée).

   En l'espèce l'intéressée était inscrite au registre du commerce en qualité d'administratrice-présidente, titulaire de la signature individuelle, durant les années en cause. Elle avait dès lors indéniablement la qualité d'organe de la société.

   Elle allègue à cet égard avoir donné sa démission en 2001 déjà, démission qu'elle a confirmée par courrier du 4 décembre 2003. L'inscription au registre du commerce n'a toutefois été radiée que le 19 mars 2003.

   Selon la jurisprudence, la responsabilité de l'administrateur ne dure en règle ordinaire que jusqu'au moment de sa sortie effective du conseil d'administration et non jusqu'au moment de la radiation de ses pouvoirs au registre du commerce. Cela vaut en tous cas lorsque l'intéressé postérieurement à sa démission n'a plus aucune influence sur la marche des affaires et qu'il n'a plus reçu de rémunération (ATF 112 V 4). C'est dire que l'administrateur sortant ne peut être appelé à réparer un dommage en vertu de l'art. 52 LAVS qu'en raison du non-paiement par la société de cotisations échues et exigibles (art. 34 RAVS) au moment de sa sortie effective. Demeure réservée toutefois l'hypothèse où il a provoqué le dommage par des actes dont les effets ne se sont produits qu'après sa démission (NUSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, PJA 9/96, p. 1081).

   Il est vrai qu'en l'espèce les décisions de cotisations n'ont été notifiées à la société que le 27 février 2004, date à laquelle l'intéressée n'occupait plus le poste d'administratrice. Force est cependant de constater que la société n'ayant adressé à la caisse les attestations de salaires annuelles 2000 et 2001 qu'en janvier 2004, celle-ci a agi avec diligence en calculant les montants dus en février 2004 déjà. Aussi dans l'hypothèse où l'intéressée a commis une faute ou une négligence grave ayant conduit au non-paiement des contributions AF durant les années 2000 et 2001, répondra-t-elle du dommage ainsi causé.

9. Les faits reprochés à une entreprise ne sont pas nécessairement imputables à tous les organes de celle-ci. Il convient bien plutôt d'examiner si et dans quelle mesure ces faits peuvent être attribués à un organe déterminé, compte tenu de la situation juridique et de fait de ce dernier au sein de l'entreprise. Savoir si un organe a commis une faute dépend des responsabilités et des compétences qui lui ont été confiées par l'entreprise (ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985 p. 647 consid. 3b). Lorsque plusieurs administrateurs d'une société anonyme sont en fonction, il y a lieu d'examiner, pour chacun d'eux, si une négligence grave leur est imputable quant à l'omission de payer des cotisations dues par la société. Ainsi, lorsque la gestion est essentiellement le fait du président ou du délégué du conseil d'administration, un autre administrateur commet une négligence grave s'il ne déploie pas toute la diligence nécessaire à la surveillance de cette gestion. S'il n'y a que deux administrateurs, surtout lorsqu'ils sont appelés à signer collectivement à deux, leur devoir réciproque de surveillance s'apprécie plus sévèrement (arrêt S. du 4 mars 1993 [H 94/91], consid. 2c non publié aux ATF 119 V 86, arrêts non publiés D. du 7 décembre 1987 [H 171/87] et K. du 4 août 1987 [H 25/87]). Lorsque plusieurs employeurs (par exemple les associés d'une société simple) ou plusieurs organes d'une personne morale ont causé ensemble un dommage, ils en répondent solidairement (ATF 114 V 214 et les arrêts cités).

10. 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 (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. 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 (RCC 1978 p. 261). Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (RCC 1985 p. 51).

11. L'intéressée fait valoir qu'elle n'a accepté le mandat d'administratrice que parce qu'on le lui avait demandé et précise qu'elle ne s'est jamais occupée des affaires de la société, laissant Monsieur F_____ en assumer seul la gestion.

    Les arguments invoqués par la défenderesse ne sauraient être retenus. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, en effet lorsqu'un membre du conseil d'administration est exclu de la gestion, son devoir de surveillance concernant l'accomplissement de l'obligation légale de payer des cotisations doit être jugé plus sévèrement (ATF 108 V 17; RCC 1983, p. 153; RCC 1987 p. 620 consid. 2b; RCC 1989 p. 114). Il sied de rappeler que conformément à l'art. 722, al. 2, chiffre 3 CO, l'administration d'une société anonyme est tenue de surveiller les personnes chargées de la gestion et de se faire renseigner régulièrement sur la

marche des affaires (cf. ATFA du 29.9.1988, en la cause B.B., RCC 1989 p. 115 consid. 4). L'administration doit s'acquitter de cette obligation avec « toute la diligence nécessaire » en tenant compte des circonstances spéciales du cas particulier. Cela signifie notamment que les administrateurs doivent lire d'un œil critique les rapports qui leur sont soumis, demander au besoin des renseignements complémentaires au directeur et intervenir, s'ils constatent des erreurs ou des irrégularités (cf. ATF 97 p. 403, JT 1973, 66). En effet, l'élément essentiel des obligations non délégables d'agir avec soin et diligence est la « cura in custodiendo ». Le seul fait de méconnaître les devoirs d'un membre du conseil d'administration représente une grave violation du devoir de diligence (cf. RCC 1989, p. 114 ; RCC 1992, p. 262).

L'obligation de surveiller avec diligence la gestion confiée à un tiers fait partie de la responsabilité des administrateurs (ATF 122 III 195). D'une façon générale, le TFA a considéré que commet une faute grave celui qui accepte une charge d'administrateur sans se réserver la possibilité d'assumer les obligations légales qui en sont le corollaire.

12. En l'espèce, il y a lieu de constater que l'intéressée a totalement minimisé son rôle d'administratrice. Elle ne s'est jamais préoccupée de la gestion de la société, n'a pas cherché à obtenir des renseignements précis, notamment quant à la question du paiement des charges sociales à Genève durant la période en cause, alors qu'elle savait que la société y employait du personnel. Elle s'est complètement déchargée de ses obligations sur Monsieur F_____, en venant même à ignorer l'existence des courriers que la caisse adressait à la société (confirmation d'affiliation, sommations, rappels et amendes), alors qu'elle était titulaire de la signature individuelle.

    Force est en conséquence de considérer que l'intéressée a engagé sa responsabilité au sens de l'art. 30 LAF et répond de ce fait du dommage causé à la caisse.

13. Au vu de ce qui précède, le recours ne peut qu'être rejeté.

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. Le rejette.

3. Dit que la procédure est gratuite.

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	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 le