RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2559/2005 **ATAS/571/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

du 14 juin 2006

En la cause

Monsieur B_____, domicilié PETIT-LANCY recourant

contre

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'AVS DE LA FEDERATION ROMANDE DES SYNDICATS PATRONAUX, rue Saint-Jean 98, case postale 5278, 1211 GENEVE 11 intimée

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente ; Karine STECK et Maya CRAMER, Juges

EN FAIT

1. La société X_____ Sàrl (ci-après la société) a été inscrite au Registre du commerce de Genève le 26 janvier 1998. Elle avait pour but le commerce de matériel de communication ainsi que les services et réparations s'y rapportant.

2. Etaient inscrits au Registre du commerce Messieurs B_____ en qualité d'associé gérant pour une part de 10'000 fr., M_____ associé gérant pour une part de 5'000 fr. et Jacques S_____, directeur et associé pour une part de 5'000 fr. Tous trois bénéficiaient d'un droit de signature collective à deux.

3. La société était affiliée dès sa création auprès de la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des Entreprises Romandes - FER CIAM (ci-après la caisse). Dès mai 2000, la société a rencontré des difficultés dans le paiement des charges sociales.

4. Le 22 août 2001, la caisse a adressé aux trois associés une menace de poursuite pénale.

5. Par courrier du 3 septembre 2001, la société a informé la caisse qu'elle connaissait des difficultés depuis plus d'une année, que depuis mars 2001, Messieurs M_____ et S_____ n'avaient plus touché de salaire et que la société n'avait plus de salarié, à l'exception d'un apprenti jusqu'en août 2001.

6. Par jugement du 26 novembre 2001, le Tribunal de première instance de la République et canton de Genève a prononcé la faillite de la société X_____ Sàrl.

7. A réception de l'attestation des salaires le 22 mai 2002, la caisse a constaté que les salaires versés à Messieurs M_____ et S_____ en 2001 étaient plus élevés qu'annoncés, de sorte qu'elle a dû produire des factures supplémentaires dans la faillite.

8. L'état de collocation a été publié le 12 mars 2003 et la caisse a reçu un acte de défaut de biens le 28 septembre 2004 pour un montant de 9'822 fr. 70.

9. Par décisions du 3 février 2005, la caisse a réclamé aux trois associés, pris conjointement et solidairement, le paiement de la somme de 8'081 fr. 80 à titre de réparation du dommage subi en raison du non-paiement des cotisations paritaires dues pour la période de novembre 2000, janvier à juin, septembre et octobre 2001, plus complément année 2001, ainsi qu'aux cotisations dues au régime des allocations familiales d'octobre 2001 et complément année 2001 et aux cotisations paritaires assurance-maternité des périodes de septembre et octobre 2001, plus complément année 2001.

10. Les trois associés ont formé opposition le 22 février 2005, alléguant que le solde de la part pénale, 78 fr. 60, a été réglé le 30 mai 2002, que Messieurs M_____ et S_____ sont actuellement toujours au chômage et que la fiduciaire ne leur avait jamais dit qu'il y aurait à payer ces montants.

11. Par décisions du 20 juin 2005 notifiées à chaque associé, la caisse a rejeté les oppositions, au motif qu'en leur qualité d'organes de la société, ils avaient commis une négligence grave en n'ayant pas fait le nécessaire pour que les cotisations soient réglées. En conséquence, ils répondaient entièrement du dommage subi.

12. Le 15 juillet 2005, Monsieur B_____ a interjeté recours. Il conteste avoir commis une négligence grave et expose avoir tenté, avec ses deux associés, de maintenir la société à flot. Leurs efforts n'ont cependant pas abouti et c'est pourquoi ils ont avisé tout de suite le juge pour mettre la société en faillite. Le recourant rappelle que seuls Messieurs M_____ et S_____ étaient responsables et s'occupaient de la société. Lorsqu'il a été mis au courant des difficultés, il est immédiatement intervenu auprès de la fiduciaire afin qu'elle établisse un bilan et avise le juge. Il conclut à l'annulation de la décision.

13. Dans sa réponse du 26 août 2005, la caisse considère que la responsabilité du recourant est engagée, dès lors qu'il était associé gérant de la société. Il lui incombait de surveiller la marche des affaires et de veiller à ce que les charges sociales soient payées, ce qu'il n'a pas fait. La caisse conclut au rejet du recours.

14. Le Tribunal a entendu les parties en audience de comparution personnelle le 26 avril 2006. Le recourant a déclaré que les difficultés de la société ont commencé dès le moment où les opérateurs téléphoniques ont proposé des abonnements avec téléphone gratuit. La vente des téléphones portables a ainsi chuté. Avec ses associés, ils ont tenté de diversifier les affaires, durant deux à trois mois, puis, voyant que les choses ne s'arrangeaient pas, ont décidé d'avertir le juge. Il a expliqué que, contrairement à lui, ses deux associés travaillaient à plein temps dans la société et s'occupaient en conséquence des paiements. Il ignorait que les charges sociales n'étaient pas payées, il faisait totalement confiance à ses associés et n'a pas vérifié la comptabilité.

    La caisse a précisé qu'en 2001, elle avait facturé à la société des acomptes forfaitaires selon les indications qui lui avaient été fournies et que finalement la masse salariale était supérieure à ce qui avait été annoncé. Elle a précisé que les deux autres associés ont pris un arrangement de paiement à raison de 100 fr. chacun, par mois. Actuellement, le montant du dommage est réduit à 6'481 fr. 80.

15. Les parties ont persisté dans leurs conclusions 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. 56V al. 1 let. a ch.1 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946.

   Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La 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'art. 52 LAVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'art. 52 LAVS et les art. 81 et 82 RAVS ont été abrogés.

   Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2; ATF 129 V 4 consid. 1.2; ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). Les règles de procédure quant à elles s'appliquent sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b).

   En l'occurrence, conformément à l'art. 52 al. 2 LAVS, en sa teneur en vigueur dès le 1er janvier 2003, la caisse a réclamé au recourant, par une décision notifiée le 3 février 2005, la réparation du dommage qu'elle a subi par suite de la faillite de la société X_____ Sàrl, concernant des cotisations impayées en 2000 et 2001. Il convient de préciser que la faillite a été prononcée le 26 novembre 2001 et l'état de collocation déposé le 12 mars 2003. La LPGA s'appliquent dès lors au cas d'espèce.

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

5. Aux termes de l'art. 52 al. 1 LAVS, en sa teneur en vigueur dès le 1er 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. Cette disposition reprend l'ancien art. 52 LAVS quasiment sans modification : les termes « caisses de compensation » sont remplacés par « assurance », sans que cela entraîne un changement quant aux conditions de la responsabilité de l'employeur (cf. ATF 129 V 13 ss consid. 3.5).

   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 délais de prescription et non de péremption : ces délais peuvent être interrompus et l'employeur peut renoncer à invoquer la prescription (FF 1994 V p. 964 ss, 1999 p. 4422).

   Par "connaissance du dommage", 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 128 V 17 consid. 2a, 126 V 444 consid. 2a, 121 III 388 consid. 3b et les références). En cas de faillite, la jurisprudence considère que le dommage est en règle ordinaire suffisamment connu au moment du dépôt de l'état de collocation. En effet, à ce moment-là, le créancier peut ou peut connaître suffisamment son préjudice lorsqu'il est informé de sa collocation dans la liquidation, ainsi que du dividende prévisible (ATF 128 V 17 consid. 2a et les références citées).

   En l'espèce, la faillite de la société a été prononcée le 26 novembre 2001. L'état de collocation a été déposé et publié le 12 mars 2003 et la caisse a reçu des actes de défaut de bien le 28 septembre 2004. Il y a lieu d'admettre qu'elle a eu connaissance du dommage le 12 mars 2003.

   Au vu de ce qui précède, force est de constater qu'en notifiant sa demande en réparation du dommage le 3 février 2005, la caisse a agi dans le délai de prescription de deux ans prévu à l'art. 52 al. 3 LAVS.

6. a) La condition essentielle de l'obligation de réparer le dommage consiste, selon le texte même de l'art. 52 LAVS, dans le fait que l'employeur a, intentionnellement ou par négligence grave, violé des prescriptions et ainsi causé un préjudice. L'intention et la négligence constituent différentes formes de la faute. L'art. 52 LAVS consacre en conséquence une responsabilité pour faute résultant du droit public. 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 de 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).

Selon la jurisprudence, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui manque de l'attention qu'un homme raisonnable aurait observée dans la même situation et dans les mêmes circonstances. La mesure de la diligence requise s'apprécie d'après le devoir de diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie que celle de l'intéressé. En présence d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions. Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985 p. 51 consid. 2a et p. 648 consid. 3b).

b) 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). Le caractère subsidiaire de la responsabilité des organes d'une personne morale signifie que la caisse de compensation doit d'abord agir contre le débiteur des cotisations, à savoir l'employeur. Ce n'est que lorsque celui-ci n'est plus à même de remplir ses obligations que la caisse est fondée à agir contre les organes responsables, autrement dit en cas d'insolvabilité de l'employeur ou lorsque la personne morale n'existe plus (ATF 113 V 256).

7. En l'espèce, le recourant était inscrit au registre du commerce en qualité d'associé gérant de la société, au bénéfice d'un droit de signature collective à deux. Or, l'associé gérant d'une société à responsabilité limitée est investi précisément de pouvoirs de gestion et encourt de ce fait une responsabilité en cas de violation de ses obligations conformément aux règles prescrites pour la société anonyme (cf. art. 827 CO en corrélation avec l'art. 754 CO; ATF 126 V 239, VSI 2000 p. 2278; VSI 2002 p. 176 consid. 3b). Le recourant avait ainsi indiscutablement la qualité d'organe de la société faillie.

Le recourant conteste avoir commis une négligence grave, alléguant qu'il ne travaillait pas dans la société et que la gestion des affaires ainsi que les paiements des factures incombaient en fait à ses deux associés, lesquels travaillaient à plein temps. Il fait valoir que les affaires ont commencé à mal tourner lorsque les opérateurs téléphoniques ont commencé à proposer des abonnements avec un téléphone gratuit, ce qui a fait chuter la vente des téléphones portables. Il avait bien pris la décision de diversifier les affaires de la société, notamment dans les réparations de téléphones, vidéos, etc. Malheureusement, cela n'avait pas suffi. Il a toutefois reconnu qu'il ne savait pas que les cotisations sociales n'étaient pas payées, car il n'avait pas contrôlé la comptabilité, ni suivi de près la marche des affaires. Il s'était en revanche enquis auprès de ses associés de la situation de la société, ceux-ci lui avaient dit que ça allait. Il leur faisait totalement confiance. Finalement, c'est lorsqu'il avait appris par la régie qui leur louait les locaux que les loyers n'étaient pas payés qu'il avait questionné plus précisément un de ses associés et appris que les charges sociales étaient également impayées. Afin d'éviter que la société tombe en faillite, il avait même payé de sa poche des loyers en retard à la régie, afin de préserver les contacts d'affaires qu'il entretenait avec cette dernière.

Le Tribunal de céans relève cependant que le recourant n'a pas surveillé de près la marche des affaires de la société, ni la gestion de ses autres associés, comme la loi le lui impose. En effet, il s'est contenté de réponses pour le moins évasives à ses questions, n'a pas cherché à savoir si les gérants s'acquittaient effectivement des charges sociales et n'a pas vérifié les comptes de la société. S'il l'avait fait, il se serait aperçu très vite des retards dans le paiement des charges sociales et aurait pu prendre des dispositions afin d'éviter que la caisse ne subisse un dommage.

Le comportement du recourant doit être ainsi qualifié de négligence grave, de sorte qu'il répond entièrement du dommage. Le montant du dommage doit être cependant réduit, compte tenu des paiements effectués par les ex-associés du recourant, à 6' 481 fr. 80, sous réserve d'autres versements qui auraient été effectués entre-temps et qu'il conviendra de déduire.

Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis.

***

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. L'admet partiellement.

3. Condamne le recourant à payer à la Caisse de compensation FER CIAM le montant de 6'481 fr. 80, sous réserve d'autres imputations.

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

5. Dit que la procédure est gratuite.

6. 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 le