



POUVOIR JUDICIAIRE

A/3455/2006

ATAS/291/2007

ARRET SUR PARTIE
DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4
du 14 mars 2007

En la cause

Monsieur C _____, domicilié , 1227 Carouge, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître BUONOMO Christian

recourant

contre

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'AVS DE LA
FEDERATION ROMANDE DES S, domicilié Rue Saint-Jean
98;Case postale 5278, 1211 GENEVE 11

intimée

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Isabelle DUBOIS et Valérie MONTANI, Juges

EN FAIT

1. Par jugement du 3 mai 2005, le Tribunal de première instance de la République et canton de Genève a prononcé la faillite de la société X_____ SA. La société a été radiée du Registre du commerce le 19 mai 2006.
2. L'état de collocation, déposé le 8 mars 2006, a révélé qu'aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers.
3. La Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des Entreprises Romandes FER-CIAM (ci-après la caisse), auprès de laquelle la société était affiliée pour son personnel salarié depuis le 13 avril 1998, a reçu de l'Office des faillites en date du 26 avril 2006 des actes de défaut de biens de 90'860 fr. 55 pour les créances de 2^{ème} classe et 12'391 fr. 20 pour celles de 3^{ème} classe.
4. Par décisions du 22 novembre 2005, la caisse a réclamé à Messieurs l C_____ et M_____, en leur qualité d'organes de la société faillie, le paiement de la somme de 99'210 fr., à titre de réparation du dommage subi en raison du non paiement des cotisations paritaires pour les périodes d'août à décembre 2003, ainsi que celles dues à l'assurance maternité des périodes d'août à décembre 2003, et complément année 2002.
5. Par courriers datés du 30 novembre 2005, postés par LSI le 9 décembre 2005, Messieurs C_____ et M_____ ont formé opposition. Ils contestaient les montants réclamés qui ne correspondaient pas à la réalité.
6. Le 15 août 2006, la caisse a rejeté les oppositions. La décision notifiée à Monsieur C_____ par courrier LSI du 15 août 2006 a été retournée à la caisse par La Poste, avec la mention "non réclamé". La caisse, qui a reçu ce pli le 28 août 2006, l'a adressé à l'intéressé le lendemain, sous pli simple.
7. L'intéressé a adressé à la caisse un courrier daté du 27 septembre 2006, posté par LSI le 29 septembre 2006, par lequel il déclare confirmer son opposition du 22 novembre 2005. Ce courrier a été transmis par la caisse au Tribunal de céans le 2 octobre 2006. La cause a été enregistrée sous le numéro A/3585/2006.
8. Le 5 octobre 2006, l'intéressé a adressé un courrier au Tribunal de céans par lequel il déclare faire recours contre l'action introduite par la caisse et a sollicité un délai pour mandater un conseil, afin d'étayer sa contestation.
9. Par courrier du 11 octobre 2006, la caisse a sollicité la jonction de la présente cause avec celle concernant le recours de Monsieur M_____, cause no. A/3455/2006, ainsi qu'un délai pour répondre.

10. Le 23 octobre 2006, Me Christian BUONOMO s'est constitué pour la défense des intérêts de Monsieur C _____. Dans ses écritures du 15 novembre 2006, le recourant a contesté sa responsabilité et conclu à l'annulation de la décision de la caisse.
11. Par ordonnance du 28 novembre 2006, le Tribunal de céans a joint les procédure sous le numéro de cause A/3455/2006.
12. Dans sa réponse du 15 janvier 2007, la caisse a conclu à l'irrecevabilité du recours interjeté par Monsieur C _____, pour cause de tardiveté. Elle relève que la décision, notifiée par courrier recommandé du 23 août 2006 n'a pas été retirée pendant le délai de garde de sept jours, et qu'elle lui est revenue en retour le 28 août 2006. Elle a été renvoyée au recourant sous pli simple le 29 août 2006. Le recours du recourant du 29 septembre 2006 n'a pas été formé en temps utile.
13. Dans ses écritures du 8 février 2007, le recourant conteste que son recours soit tardif et fait valoir que la décision sur opposition a été rendue plus de neuf mois plus tard, qu'il était en vacances du 12 août au 2 septembre 2006. Il ne s'attendait pas à une notification durant la période de vacances estivales. Il n'a pris connaissance de la décision litigieuse que le 2 septembre 2006, par pli simple. Il a produit des attestations de son employeur et de son amie, confirmant son absence pour cause de vacances.
14. La caisse, dans ses dernières écritures du 26 février 2007, a persisté dans ses conclusions.
15. Sur quoi, la cause a été gardée à juger, s'agissant du recours de Monsieur C _____.

EN DROIT

1. 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, 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 (LAVS).

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 des assurances sociales. 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).

La LPGA s'applique donc au cas d'espèce.

4. Le litige porte sur la recevabilité du recours interjeté par l'intéressé contre la décision sur opposition rendue par l'intimée.

Les nouvelles dispositions légales ont remplacé la procédure de la décision administrative, suivie, en cas d'opposition, d'une action de la caisse en réparation du dommage (ancien art. 81 RAVS), par une procédure de décision, de décision sur opposition et de recours de droit administratif (art. 52 al. 2 LAVS, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2003, art. 52 et 56 LPGA).

Conformément à l'art. 56 al. 1 LPGA, les décisions sur opposition et celles contre lesquelles la voie de l'opposition n'est pas ouverte sont sujettes à recours. Le recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision sujette à recours. Les articles 38 à 41 sont applicables par analogie (art. 60 LPGA). Le délai de recours commence à courir le lendemain de la communication (art. 38 al. 1 LPGA) et, en tant que délai légal, il ne peut pas être prolongé (art 40 al. 1 LPGA).

5. En l'espèce, l'intimée a rejeté l'opposition formée par le recourant par décision du 15 août 2006, notifiée par LSI le même jour. Le 28 août 2006, elle a reçu sa décision en retour, avec mention de La Poste "non réclamé", qu'elle a adressé au recourant le 29 août 2006, sous pli simple.

Le recourant expose qu'il n'a pas reçu le pli recommandé, dès lors qu'il se trouvait en vacances du 12 août au 2 septembre 2006. Il allègue qu'il ne s'attendait pas à

recevoir une décision plus de neuf mois après son opposition, et surtout pas durant la période de vacances estivales.

Selon la jurisprudence, une décision ou une communication de procédure est considérée comme étant notifiée, non pas au moment où le justiciable en prend connaissance, mais le jour où elle est dûment communiquée; s'agissant d'un acte soumis à réception, la notification est réputée parfaite au moment où l'envoi entre dans la sphère de puissance de son destinataire. Point n'est besoin que celui-ci ait eu effectivement en mains le pli qui contenait la décision. Il suffit ainsi que la communication soit entrée dans sa sphère de puissance de manière qu'il puisse en prendre connaissance (ATF 122 III 319 consid. 4 et les références; GRISEL, *Traité de droit administratif*, p. 876 et la jurisprudence citée; KNAPP, *Précis de droit administratif*, 4ème éd., n° 704 p. 153; KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2ème éd., no 341 p. 123). Lorsque la notification intervient par pli recommandé (actuellement lettre signature), elle est réputée parfaite lorsque l'intéressé ou toute personne qui le représente ou dont on peut légitimement penser qu'elle le représente (cf. ATF 110 V 37 consid. 3) a reçu le pli ou l'a retiré au guichet postal en cas d'absence lors du passage du facteur. Lorsque le destinataire ne peut pas être atteint et qu'une invitation à retirer l'envoi est déposée dans sa boîte aux lettres ou dans sa case postale, la date du retrait de l'envoi est déterminante; si l'envoi n'est pas retiré dans le délai de garde de sept jours (art. 169 al. 1 let. d et e de l'ordonnance [1] relative à la loi sur le service des postes), il est réputé avoir été communiqué le dernier jour de ce délai.

En l'occurrence, le Tribunal de céans constate que le recourant, contrairement à ce qu'il prétend, devait s'attendre à recevoir une décision de la caisse, puisqu'il avait formé opposition contre la décision en réparation du dommage qui lui avait été notifiée le 22 novembre 2005. Dans ces conditions, il lui incombait de prendre toutes dispositions utiles, en cas d'absence, pour sauvegarder ses droits. En effet, celui qui, pendant une procédure, s'absente un certain temps du lieu dont il a communiqué l'adresse aux autorités, en omettant de prendre les dispositions nécessaires pour que les envois postaux parvenant à cette adresse lui soient transmis, ou de renseigner l'autorité sur l'endroit où il peut être atteint, ou encore de désigner un représentant habilité à agir en son nom, ne peut se prévaloir de son absence lors de la tentative de notification d'une communication officielle à son adresse habituelle, s'il devait s'attendre avec quelque vraisemblance à recevoir une telle communication (ATF 117 V 131). L'ordre donné au bureau de poste de conserver les envois ne constitue pas une mesure appropriée au sens ci-dessus; en pareil cas, la date du retrait effectif de l'envoi n'est pas déterminante (ATF 107 V 187).

N'ayant pris aucune mesure idoine pendant son absence, le recourant doit se voir opposer la fiction que la décision lui a été notifiée le dernier jour du délai de garde. En conséquence, il y a lieu d'admettre que la décision litigieuse lui a été notifiée le

vendredi 25 août 2006 au plus tard (la caisse ayant reçu la décision en retour le lundi 28 août 2006), de sorte que le délai de recours de 30 jours échéait le lundi 25 septembre 2006 au plus tard. Il s'ensuit que le recours remis à La Poste le 29 septembre 2006 est tardif. Pour le surplus, une restitution du délai de recours au sens de l'art. 41 al. 1 LPGA ne se justifie pas et il n'est pas nécessaire d'examiner si toutes les conditions légales en sont réunies. En effet, selon ses propres déclarations, le recourant a pris personnellement connaissance de la communication en date du 2 septembre 2006, à son retour de vacances, si bien qu'il disposait encore de suffisamment de temps pour agir avant l'expiration du délai de recours (cf. Jean-François POUDRET/Suzette SANDOZ-MONOD, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. I, Berne 1990, note 2.7 ad art. 35, p. 249).

Au vu de ce qui précède, le recours doit être déclaré irrecevable.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

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

1. Déclare le recours irrecevable pour cause de tardiveté.
2. Dit que la procédure est gratuite.
3. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Sylvie CHAMOUX

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