RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/368/2005 **ATAS/1105/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 15 décembre 2005

En la cause

Monsieur C_____, recourant

contre

FER CIAM, rue de Saint-Jean 98, case postale 5278, 1211 GENEVE 11 intimée

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,
Mesdames Maya CRAMER et Doris WANGELER, Juges

EN FAIT

1. La société X_____SA en faillite (ci-après : la société), inscrite au Registre du commerce de Genève (RC) depuis le 26 août 1999, avait pour but le commerce de matériels et logiciels informatiques, l'édition et la distribution de logiciels, les travaux de régie, d'engineering et de développement s'y rapportant ainsi que la prise de participations, à l'exclusion de participations immobilières en Suisse. La société faisait partie du groupe SOCHRYS.COM.INC., enregistré au Nevada (USA), auquel appartiennent également la société GRAPH-O-LOGIC SA en faillite, Y_____ SA en faillite et X_____INC., sise au Canada.

2. Monsieur H_____ a été inscrit au RC en qualité d'administrateur unique avec signature individuelle le 26 août 1999, date à laquelle Messieurs C_____ et H_____ ont également été inscrits, comme directeurs avec signature individuelle. Ils le sont restés jusqu'au 5 mars 2001.

3. Dès le mois d'août 2000, la société a rencontré des difficultés financières et les cotisations sociales n'ont plus été acquittées dans les délais prescrits par la loi. La Caisse interprofessionnelle d'AVS de la Fédération des entreprises romandes (ci-après la caisse), à laquelle la société était affiliée, a dû déposer plusieurs réquisitions de poursuite.

4. A la réception, le 26 avril 2001, d'un rapport de contrôle portant sur les années 1999 et 2000 et mettant en évidence un déficit de Fr. 3'325'083 pour l'an 2000, Monsieur H_____ a avisé le juge et la faillite de la société a été prononcée le 6 juillet 2001.

5. La caisse a produit une créance de Fr. 55'685.90 rectifiée à Fr. 65'281.45.

6. Le 4 juillet 2002, la liquidation de la faillite a été suspendue pour défaut d'actifs. Par la suite, elle a été reprise et un état de collocation a été déposé.

7. Le 11 décembre 2003, la caisse a notifié à Monsieur H_____ une décision en réparation du dommage d'un montant de Fr. 51'435.35. Deux autres décisions ont été notifiées le même jour à Messieurs H_____ et Paul C_____ pour un montant de Fr. 46'511.50.

8. Le 29 décembre 2003, Monsieur C_____ a formé opposition à la décision le concernant.

9. Le 30 avril 2004, un acte de défaut de biens a été adressé à la caisse.

10. La faillite a été clôturée par jugement du 8 juillet 2004.

11. Par décision sur opposition du 17 janvier 2005, la caisse a confirmé sa décision initiale.

12. Par acte du 17 février 2005, Monsieur C_____ a interjeté recours contre cette décision.

13. Invitée à se prononcer, la caisse, dans sa réponse du 22 mars 2005, a conclu au rejet du recours.

14. Dans sa réplique du 23 avril 2005, le recourant a maintenu sa position.

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 LOJ, le TCAS connaît en instance unique notamment 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 ; 830.1) relatives à la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS ; art. 56 V al. 1 let. a ch. 1 LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est donc établie.

3. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-vieillesse, 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 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) ont été abrogés. Les nouvelles dispositions légales ont notamment 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).

4. Le Tribunal de céans constate que le recours, interjeté en temps utile (art. 60 al. 1 LPGA) est recevable en la forme.

5. Selon l'art. 52 LAVS, tel qu'en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse de compensation, est tenu à réparation. Si l'organe 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).

   L'art. 52 al. 1 LAVS en vigueur depuis le 1er janvier 2003 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 (cf. ATF 129 V 13 sv. consid. 3.5).

6. Se pose en revanche la question préalable de savoir quelles sont les dispositions applicables en matière de prescription en l'espèce.

   L'ancien art. 82 RAVS, qui régissait les effets du temps sur une créance en réparation du dommage, a été abrogé à la suite de l'entrée en vigueur de la LPGA et la question est désormais réglée par l'art. 52 al. 3 LAVS. Le recourant se réfère à cette disposition et fait valoir que la caisse n'a pas agi suffisamment tôt après avoir eu connaissance du dommage qu'elle subissait dans la faillite de la société, de sorte que ses prétentions étaient prescrites ou périmées lorsqu'elle lui a notifié la décision de réparation du dommage.

7. a) Selon l'ancien art. 82 al. 1 RAVS, le droit de demander la réparation du 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, et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du fait dommageable. Il s'agit de délais de péremption, en ce sens que la caisse de compensation est déchue du droit d'exiger la réparation du dommage si elle n'a pas agi dans les délais requis (cf. ATF 128 V 12 consid. 5a, 17 consid. 2a, 126 V 451 consid. 2a, 121 III 388 consid. 3b et les références; cf. également Andrea BRACONI, Prescription et péremption dans l'assurance sociale, in : Droit privé et assurances sociales, Fribourg 1990, p. 223 et 227ss). Si elle a rendu une décision de réparation du dommage dans ces délais et, en cas d'opposition, ouvert une action dans les 30 jours à compter du moment où elle a eu connaissance de l'opposition (ancien art. 81 al. 3 RAVS), ses droits sont sauvegardés pour toute la durée de la procédure, jusqu'à ce que la décision entre en force ou qu'un jugement définitif soit rendu (RCC 1991 p. 136 consid. 2c; arrêt non publié B. du 8 janvier 1990 [H 102/88] consid. 2c).

   b) L'art. 52 al. 3 LAVS, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2003, prévoit que le droit à réparation est prescrit («verjährt»; «si prescrive») *deux ans* après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance de celui-ci. Ces délais peuvent être interrompus et l'employeur peut renoncer à s'en prévaloir. Il s'agit de délais de

prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (FF 1994 V p. 964ss et FF 1999 p. 4422).

c) En l'absence de disposition transitoire relative aux délais de péremption et de prescription prévus par l'ancien art. 82 RAVS et l'art. 52 al. 3 LAVS, le TFA a relevé que l'on pourrait considérer comme un état de fait durable la créance en réparation du dommage soumise à prescription ou péremption, et lui appliquer la nouvelle réglementation dès son entrée en vigueur (cf. ATF 107 Ib 203ss consid. 7b, 102 V 207ss consid. 2; RDAF 1998 II p. 189ss consid. 7a; RDAT 1995 I n. 46 p. 115ss consid. 3). Il a cependant rappelé à cet égard que la péremption ou la prescription sont des institutions de droit matériel qui concernent directement l'existence de la créance en réparation du dommage, à laquelle elles sont donc étroitement liées. Selon lui, ce lien de connexité pourrait justifier de soumettre la naissance de la créance en réparation du dommage et sa péremption ou prescription à un seul et même régime de droit transitoire (ATFA H 96/03, H 98/03, H 99/03, H 103/03 du 30 novembre 2004, consid. 5.1 et 5.2; cf. ATF 126 II 2 sv. consid. 2a; RDAF 2002 II p. 94 consid. 5b). Dans cet arrêt du 30 novembre 2004, le TFA n'a cependant pas tranché la question et s'est contenté de relever que le délai de deux ans prévu par le nouveau droit ne commencerait à courir, le cas échéant, qu'à partir de l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation, le 1er janvier 2003, et pour autant que la créance ne soit pas déjà périmée à cette date conformément à l'ancien art. 82 al. 1 RAVS (ATF 107 Ib 203ss consid. 7b, 102 V 207ss consid. 2; RDAF 1998 II p. 189ss consid. 7a, RDAT 1995 I n. 46 p. 115ss consid. 3). Un recourant ne saurait donc, selon lui, se prévaloir du délai fixé par le nouvel art. 52 al. 3 LAVS moins de deux ans après son entrée en vigueur.

Dans un arrêt en matière de droit fiscal du 23 novembre 2001, publié in RDAF II p. 89ss, le Tribunal fédéral, lui, a tranché la question de la manière suivante : il a confirmé la jurisprudence selon laquelle des créances en matière d'impôt fédéral direct nées et interrompues sous l'empire de l'ancien droit ne devaient pas se voir appliquer les nouvelles dispositions relatives à la prescription, bien que ces normes soient intégrées à la partie de la loi relative à la procédure. Il a rappelé que la prescription et une institution de droit matériel qui concerne directement l'existence de la créance et qu'en l'absence d'une réglementation expresse contraire du nouveau droit, il se justifie de l'examiner d'après les dispositions de l'ancien droit (ATF 126 II 1 consid. 2a et réf. citées).

8. La créance de la caisse est née au moment de la survenance du dommage, c'est-à-dire dès que l'on doit admettre que les cotisations dues ne peuvent plus être recouvrées, pour des motifs juridiques ou de fait (ATF 129 V 195 consid. 2.2, 126 V 444 consid. 3a, 121 III 384 consid. 3bb, 388 consid. 3a). Tel est le cas lorsque des cotisations sont frappées de péremption, ou en cas de faillite, en raison de l'impossibilité pour la caisse de récupérer les cotisations dans la procédure ordinaire de recouvrement. Le dommage est réputé être survenu au moment de l'avènement

de la péremption ou le jour de la faillite; ce jour marque également celui de la naissance de la créance en réparation et la date à partir de laquelle court le délai de 5 ans de l'ancien art. 82 al. 1 in fine RAVS (ATF 129 V 195 consid. 2.2, 123 V 16 consid. 5c).

En l'occurrence, la faillite a été prononcée en date du 6 juillet 2001, date à laquelle doivent donc être fixées la survenance du dommage et la naissance de la créance de la caisse. En application de la jurisprudence citée supra, ce sont donc les anciennes dispositions légales en matière de péremption qui s'appliquent. En ne notifiant ses décisions en réparation du dommage qu'en date du 11 décembre 2003, soit plus d'une année après eu connaissance du dommage (le 4 juillet 2002) la caisse a donc agi tardivement. Cela parait d'autant plus justifié qu'au moment où la caisse a eu connaissance du dommage, c'est-à-dire au moment où a commencé à courir la péremption d'un an, les anciennes règles étaient encore applicables. La caisse savait donc qu'elle devait agir dans le délai d'une année.

Eu égard aux considérations qui précèdent, le recours est admis.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant sur incident

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

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.

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
Janine BOFFI	Karine STECK

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