Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Cour des assurances sociales
du Tribunal fédéral

Cause
{T 7}
H 259/03

Arrêt du 22 décembre 2003
IIe Chambre

Composition
MM. et Mme les Juges Schön, Président, Widmer et Frésard. Greffière : Mme Gehring

Parties
1. D._____,
2. S._____, recourants,
tous les 2 représentés par Me Christian Luscher, avocat, rue Saint-Ours 5, 1205 Genève,

contre

Caisse cantonale genevoise de compensation, route de Chêne 54, 1208 Genève, intimée,

Instance précédente
Commission cantonale de recours en matière d'AVS/AI, Genève

(Jugement du 13 mars 2003)

Faits:
A.
La société X._____ SA a été inscrite au registre du commerce du canton Z._____ le 16 janvier 1984 en tant qu'entreprise spécialisée dans l'exécution des travaux du second oeuvre et le commerce des produits relatifs à cette activité. En qualité d'employeur, elle a été affiliée successivement auprès de la Caisse du bâtiment, puis, à compter du 1er janvier 1992, de la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la caisse). D._____ a exercé au service de cette entreprise, à partir de 1984, respectivement 1990, les fonctions de fondé de procuration avec signature collective à deux puis de directeur avec signature individuelle. S._____ en a été administratrice unique à partir de 1990.

La faillite de la société X._____ SA a été prononcée le 3 février 1994. La caisse y a produit à titre définitif une créance de 64'204 fr. 10 correspondant aux cotisations sociales impayées en 1992 et 1993. Cette créance a été admise à hauteur de 61'291 fr. 60 à l'état de collocation publié le 30 avril 1997. Au terme de la liquidation sommaire de la société faillie, la caisse a perçu un dividende de 8,13 % soit 4'984 fr. 55. Le 9 février 1998, elle s'est vu délivrer un acte de défaut de biens d'un montant de 56'307 fr. 05 correspondant au solde impayé de sa créance. Par décisions séparées du 20 avril 1998, la caisse a reconnu D._____ et S._____ solidairement responsables du préjudice qu'elle avait subi et leur a réclamé le remboursement de la somme de 52'545 fr. 75.
B.
Les prénommés ayant formé opposition contre cette décision, la caisse a porté, le 29 mai 1998, le cas devant la Commission cantonale de recours en matière d'AVS/AI (aujourd'hui, en matière d'assurances sociales : Tribunal cantonal des assurances sociales, Genève), en concluant à ce que les défendeurs fussent condamnés à lui

payer la somme de 52'545 fr. 75 (y compris les frais et les intérêts moratoires).

Par jugement daté du 13 mars 2003, la juridiction cantonale a admis entièrement les conclusions de la caisse.
C.
D._____ et S._____ interjettent recours de droit administratif contre ce jugement dont ils requièrent, sous suite de frais et dépens, l'annulation en même temps qu'ils concluent à ce que la caisse soit déboutée de toutes ses conclusions.

La caisse conclut au rejet du recours, tandis que l'Office fédéral des assurances sociales a renoncé à se déterminer.

Considérant en droit:
1.
La décision litigieuse n'ayant pas pour objet l'octroi ou le refus de prestations d'assurance, le Tribunal fédéral des assurances doit se borner à examiner si les premiers juges ont violé le droit fédéral, y compris par l'excès ou par l'abus de leur pouvoir d'appréciation, ou si les faits pertinents ont été constatés d'une manière manifestement inexacte ou incomplète, ou s'ils ont été établis au mépris de règles essentielles de procédure (art. 132 en corrélation avec les art. 104 let. a et b et 105 al. 2 OJ).
2.
La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (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. Le cas d'espèce reste toutefois 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).

3.
Sur le plan formel, les recourants font d'une part valoir qu'au mépris des dispositions de procédure cantonale, le jugement entrepris n'a pas été rendu dans les quatre mois suivant la clôture de l'instruction (cf. art. 89A à 89H de la loi genevoise sur la procédure administrative, auxquels renvoie l'art. 7 du règlement de la commission cantonale de recours).

Leur point de vue ne saurait être partagé. En effet, le délai imparti à l'autorité afin qu'elle statue dans les quatre mois suivant la clôture de l'instruction - qui n'est au demeurant que très rarement appliqué en matière d'assurances sociales - s'avère être, de toute évidence, un délai d'ordre et non d'ordre public (cf. SJ 1985 p. 272). Les recourants ne peuvent dès lors rien déduire de ces dispositions en leur faveur.
4.
D'autre part, les recourants invoquent une violation du principe de la célérité de la procédure garanti par les art. 6 § 1 CEDH et 29 al. 1 Cst., dans la mesure où la commission de recours a rendu son jugement trois ans environ après la clôture de l'instruction.

Ils ne sauraient être davantage suivis sur ce point. En tant que l'autorité de première instance a rendu son jugement, le point de savoir s'il y a ou non retard injustifié au sens des art. 29 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH - soit déni de justice formel - ne présente plus d'intérêt actuel et ne saurait par conséquent faire l'objet d'un examen, cela d'autant moins que les recourants ne concluent pas à la constatation par la Cour de céans d'une violation du principe de la célérité (comp. ATF 129 V 411). De plus, contrairement à ce que les recourants suggèrent, une éventuelle violation dudit principe ne rend pas nul ou annulable un jugement attaqué à ce motif.
5.
5.1 Par ailleurs, les recourants se prévalent de la péremption du droit de la caisse de leur réclamer la réparation du dommage invoqué. Ils font valoir que l'ouverture de la faillite a été publiée dans la Feuille d'avis officielle du 15 juin 1994, dans laquelle il était précisé que la société faillie serait liquidée selon les règles de la procédure

sommaire. Cette liquidation intervenant le plus souvent en raison de l'insuffisance du produit de la réalisation des biens inventoriés, les recourants en concluent que la caisse devait savoir, à partir de ce moment déjà, que sa créance ne serait pas couverte. En prononçant le 20 avril 1998 ses décisions en réparation du dommage subi, elle n'aurait ainsi pas agi dans le délai d'une année prescrit à l'art. 82 aRAVS.
5.2 L'art. 82 aRAVS (en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002) règle la prescription du droit de la caisse de compensation de demander la réparation du dommage. Un tel droit se prescrit lorsque la caisse 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 (al. 1). 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 (al. 2). En dépit de la terminologie dont use l'art. 82 aRAVS, les délais institués par cette norme ont un caractère péremptoire (ATF 128 V 12 consid. 5a, 17 consid. 2a, 126 V 451 consid. 2a, 121 III 388 consid. 3b et les références).
Par moment de la «connaissance du dommage» au sens de l'art. 82 al. 1 aRAVS, 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. 3a, 452 consid. 2a, 121 III 388 consid. 3b et les références).
En outre, la jurisprudence considère qu'en cas de faillite, le dommage est en règle ordinaire suffisamment connu au moment du dépôt de l'état de collocation. Ces principes s'appliquent également lorsque la société faillie est liquidée selon les règles de la procédure sommaire car le jugement ordonnant une telle liquidation ne permet pas à lui seul de prendre connaissance d'un éventuel dommage (ATF 129 V 195 consid. 2.3, 126 V 445 consid. 3b et les références).
5.3 En l'occurrence, c'est par lettre du 30 avril 1997 de l'Office des poursuites et des faillites Y._____ que la caisse a été informée du dépôt de l'état de collocation et de la publication de celui-ci le même jour. Par le biais dudit courrier, elle a en outre été avisée du fait que sa créance était admise en 2ème classe et qu'aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers de la 5ème classe. En rendant ses décisions en réparation du dommage moins d'une année après cette communication, la caisse a agi en temps utile, de sorte que le moyen tiré de la péremption est mal fondé.
6.
6.1 Sur le fond, les premiers juges ont considéré que la recourante ne pouvait se soustraire de sa responsabilité en alléguant avoir été nommée administratrice de la société faillie en raison uniquement de sa nationalité suisse et d'avoir tout ignoré des affaires de celle-ci. Ils ont également constaté que la santé financière de la société faillie avait été fortement obérée à partir de 1990 déjà, dès lors que le montant total des dettes bancaires s'élevait alors à 1'400'000 fr., qu'au cours des années 1991 et 1992, les recettes avaient à peine couvert les charges courantes et que plus aucun mandat n'avait été confié à l'entreprise à partir des mois de mars-avril 1993. Dès lors, les recourants avaient maintenu l'exploitation de la société durant plus de huit mois sans s'acquitter des charges sociales, alors même que la santé financière de celle-ci était catastrophique depuis 1990. Les premiers juges ont de surcroît relevé que le bénéfice des mesures d'assainissement entreprises avait été affecté en priorité au paiement de certains fournisseurs ainsi qu'au remboursement partiel de la dette bancaire, au détriment de la caisse. Ils en ont conclu que, ce faisant, les recourants avaient agi par négligence grave et qu'ils devaient être par conséquent tenus pour responsables du dommage subi par la caisse.
6.2 Les recourants contestent ce point de vue. Pour l'essentiel, ils soutiennent que le non-paiement des cotisations sociales était, selon une appréciation raisonnable, objectivement indispensable à la survie de l'entreprise, ou à tout le moins, de nature à lui permettre de s'acquitter des créances salariales colloquées en première classe. Ils font également valoir le fait de n'avoir bénéficié d'aucune formation en matière de gestion et d'administration d'entreprises, de n'avoir pas détourné les cotisations litigieuses à leur profit mais d'avoir au contraire entrepris tout ce que faire se pouvait afin de régler les dettes en particulier salariales de l'entreprise, notamment en augmentant la dette hypothécaire de la recourante en contre-partie d'une ligne de crédit supplémentaire accordée en septembre 1993 à hauteur de 200'000 fr. et enfin, d'avoir été acquittés sur le plan pénal des préventions d'infractions à la loi sur la prévoyance professionnelle et de soustraction de l'impôt à la source.
7.
En vertu de l'art. 52 aLAVS, 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'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).
L'art. 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 ss aRAVS, 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. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances a déclaré, à réitérées reprises, que celui qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'art. 52 aLAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 195 consid. 2a et les références).
La condition essentielle de l'obligation de réparer le dommage consiste, selon le texte même de l'art. 52 aLAVS, 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 aLAVS 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 aLAVS, 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).
8.
8.1 En l'espèce, la qualité d'organe des recourants au moment des faits juridiquement déterminants est indiscutable.

Dans le cas d'une société anonyme, la jurisprudence considère en effet que la notion d'organe responsable selon l'art. 52 aLAVS est en principe identique à celle qui ressort de l'art. 754 al. 1 CO. La responsabilité incombe aux membres du conseil d'administration, ainsi qu'à toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation, c'est-à-dire à celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 V 441 consid. 2b, 571 consid. 3, 107 II 353 consid. 5a). Il faut cependant, dans cette dernière éventualité, que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, c'est-à-dire d'exercer effectivement une influence sur la marche des affaires de la société (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 V 442 consid. 2b, 111 II 84 consid. 2a). Un directeur de société a généralement la qualité d'organe en raison de l'étendue des compétences que cette fonction suppose (ATF 104 II 197 consid. 3b; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 37, p. 443 note 17; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2e éd., note 1969 p. 1072). Mais il ne
doit répondre que des actes ou des omissions qui relèvent de son domaine d'activités, ce qui, en d'autres termes, dépend de l'étendue des droits et des obligations qui découlent de ses rapports internes. Sinon, il serait amené

à réparer un dommage dont il ne pouvait empêcher la survenance, faute de disposer des pouvoirs nécessaires (ATF 111 V 178 consid. 5a, Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 37, p. 442 note 8).

En l'occurrence, en tant qu'administratrice unique de la société faillie, la recourante avait indiscutablement qualité d'organe typique de la société anonyme. Quant au recourant, il était le directeur de la société faillie avec signature individuelle. Selon les constatations des premiers juges, il assumait la gestion administrative et financière de la société et prenait toutes les décisions qui engageaient cette dernière. On doit ainsi admettre que le paiement des salaires et des cotisations sociales relevait également de son domaine de compétences. Il a donc été en mesure d'exercer effectivement une influence sur la marche des affaires de la société faillie. En particulier, il avait le pouvoir de décider du paiement des cotisations d'assurances sociales et d'éviter que le dommage subi par la caisse ne survienne.

Dans ces circonstances, c'est à juste titre que la caisse et les premiers juges ont considéré que les recourants avaient agi en qualité d'organes de la société faillie.
8.2 Contrairement à l'opinion qu'elle défend, la recourante ne saurait se prévaloir de son manque d'expérience ou de formation dans le domaine de la gestion et de l'administration d'entreprises pour échapper à l'obligation de réparer le dommage subi par la caisse. Un administrateur ne saurait se libérer de sa responsabilité en prétendant qu'il n'a jamais participé à la gestion de l'entreprise, car un tel comportement est déjà en soi constitutif d'un cas de négligence grave. La jurisprudence s'est toujours montrée sévère, lorsqu'il s'est agi d'apprécier la responsabilité d'administrateurs qui alléguaient avoir été exclus de la gestion d'une société et qui s'étaient accommodés de ce fait sans autre forme de procès (cf. notamment RCC 1992 p. 268-269 consid. 7b, 1989 p. 115-116 consid. 4). Celui qui se déclare prêt à assumer ou à conserver un mandat d'administrateur, tout en sachant qu'il ne pourra pas le remplir consciencieusement, viole son obligation de diligence (voir p. ex. ATF 122 III 200 consid. 3b).
8.3 Les recourants ne sauraient davantage se prévaloir de la jurisprudence selon laquelle il existe un motif d'exculpation quand le non-paiement des cotisations était, selon une appréciation raisonnable, nécessaire à la survie de l'entreprise.

On peut retenir des constatations des premiers juges que depuis 1990, la société faillie connaissait de graves difficultés. A cette époque en effet, la santé financière de celle-ci était des plus précaires étant donné que le montant total des dettes bancaires s'élevait à 1'400'000 fr. En outre, au cours des années 1991 et 1992, les recettes réalisées par l'entreprise ont à peine couvert les charges courantes. Enfin, à partir des mois de mars-avril 1993, plus aucun mandat n'avait été confié à la société. Cette année-là d'ailleurs, moins de la moitié des cotisations d'assurances sociales ont été payées. Au moment où ils ont pris la décision de retarder le paiement des cotisations sociales, les recourants n'avaient ainsi aucun motif sérieux et objectif d'admettre qu'ils pourraient s'en acquitter dans un délai raisonnable. Par ailleurs, il apparaît que les mesures d'assainissement entreprises par les recourants ont permis, selon leurs propres allégués, de réduire à 200'000 fr. les dettes bancaires de la société faillie, soit de rembourser près de 1'200'000 fr. aux banques au détriment de l'intimée. Dès lors, les recourants ne sauraient être mis au bénéfice de circonstances justifiant leur comportement à l'égard de la caisse.
8.4 Enfin, les recourants font valoir qu'ils ont été acquittés sur le plan pénal des préventions pour infractions à la loi sur la prévoyance professionnelle et pour non-versement de l'impôt à la source, le juge pénal ayant constaté à cet égard que «rien ne démontrait que les époux C._____ aient détourné à leur profit des cotisations LPP déduites des salaires, ni qu'ils aient commis des infractions relatives au paiement de l'impôt à la source». Cet élément ne saurait être décisif au regard des conditions de la responsabilité instituée à l'art. 52 aLAVS (voir consid. 7 supra), dont l'application, en particulier, ne suppose pas le détournement de cotisations sociales à des fins personnelles.
8.5 Quant au montant du dommage, il n'est pas contesté et il n'apparaît au demeurant pas sujet à discussion.
8.6 Sur le vu de ce qui précède, c'est juste titre que les premiers juges ont tenu les recourants pour responsables du dommage subi par la caisse. Le recours se révèle dès lors mal fondé.
9.
Vu la nature du litige, la procédure n'est pas gratuite de sorte que les recourants qui succombent (art. 156 al. 1 OJ), en supportent les frais.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances prononce:
1.
Le recours est rejeté.
2.
Les frais de justice, d'un montant de 4'000 fr., sont mis à la charge des recourants et sont compensés avec l'avance de frais qu'ils ont versée.
3.
Le présent arrêt sera communiqué aux parties, au Tribunal cantonal genevois des assurances sociales et à l'Office fédéral des assurances sociales.
Lucerne, le 22 décembre 2003
Au nom du Tribunal fédéral des assurances
p. le Président de la IIe Chambre: La Greffière: