



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1268/1999

ATAS/271/2005

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 24 mars 2005

3^{ème} Chambre

En la cause

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,
route de Chêne 54, à Genève

demanderesse

contre

Monsieur L _____, mais comparant par Maître Thierry
ULMANN, en l'Etude duquel il élit domicile

défendeurs

Madame G, à Bernex

Anciens

organes de

L _____,

Y _____

Sàrl (faillie)

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,

Mesdames Isabelle DUBOIS et Doris WANGELER, juges

EN FAIT

1. La société L _____, Y _____ Sàrl (ci-après : la société) a été créée le 29 octobre 1992 dans le but d'exploiter à Genève une entreprise de pompes funèbres, chargée notamment d'assurer les services nécessaires à des ensevelissements et de vendre des objets ou fournitures liés à cette activité.
2. Selon un extrait du registre du commerce de Genève, Messieurs H _____, M _____ et L _____ ont été inscrits en qualité d'associés de la société à partir du 3 novembre 1992. Madame G _____ a quant à elle été inscrite comme gérante, avec signature individuelle, à partir du 21 septembre 1993. Depuis le 21 septembre 1993 également, Monsieur L _____ a détenu une part sociale majoritaire de 35'000 fr. La société était affiliée, pour les cotisations sociales, à la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la CCGC).
3. Par des décisions et des sommations régulières, intervenant toujours dans un délai maximum de cinq mois dès la période de cotisations en cause, la CCGC a réclamé à la société les cotisations sociales qu'elle lui devait (cf. pièces au dossier concernant les décisions de cotisations et les sommations).
4. Parallèlement, des procédures de poursuite ont été régulièrement entamées par la CCGC. Ces poursuites ont abouti à des procès-verbaux de saisie. L'Office des poursuites et des faillites n'a cependant pas procédé à la vente des biens, malgré les réquisitions de vente de la CCGC.
5. Par jugement du 2 mai 1996, le Tribunal de première instance a octroyé un sursis concordataire de quatre mois à la société, jusqu'au 22 août 1996. Par jugement du 22 août 1996, le Tribunal a prolongé le sursis de deux mois, jusqu'au 22 octobre, mais la société n'a pas valablement requis l'homologation de ce sursis.
6. Par jugement du 27 juin 1997, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de la société. Le délai de production est venu à échéance le 6 mars 1998 et le 13 février 1998, la CCGC a produit une créance définitive de 53'397 fr. 75. L'état de collocation a été déposé à l'Office des poursuites et des faillites Arve-Lac le 23 décembre 1998. La créance de la CCGC a été admise en troisième classe pour la somme de 53'397 fr. 75 ; aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers chirographaires. Le tableau de distribution a été déposé le 2 novembre 1999 et un acte de défaut de biens après faillite a été délivré le 25 novembre 1999.
7. En octobre 1997, Monsieur L _____ s'est engagé à rembourser à la CCGC le solde de la part pénale pour l'année 1994, ainsi que celui de la part pénale 1995

(total 15'538 fr. 80) par mensualités de 2'000 fr. Il n'a pas respecté son engagement.

8. En date du 15 novembre 1999, la CCGC a notifié des décisions en réparation du dommage à Monsieur L_____ et à Madame G_____, pour un montant de 52'947 fr. 75, correspondant aux cotisations paritaires de 1993 (solde 342 fr. 70), de 1994 (solde 23'804 fr. 50), de 1995 (solde 25'336 fr. 35) et de 1996 (solde 3'464 fr. 20), frais de sommation, intérêts moratoires et frais de poursuite inclus. Les autres associés n'ont pas été recherchés en réparation du dommage, en raison du fait que leur lieu de domicile était inconnu.
9. Par courrier du 17 novembre 1999, Monsieur L_____ a formé opposition auprès de la CCGC, contestant devoir payer le montant réclamé et expliquant n'avoir assumé aucun rôle de gestionnaire ou de gérant, mais uniquement celui d'associé.
10. Par courrier du 6 décembre 1999 à la CCGC, Madame G_____ a contesté avoir eu une quelconque responsabilité au sein de la société, dirigée exclusivement par Monsieur L_____. Elle a par ailleurs allégué n'avoir jamais détenu de participation dans la société faillie. Enfin, elle a ajouté que Monsieur L_____ lui avait affirmé qu'en tant qu'associé principal, il payerait personnellement les montants réclamés par la CCGC.
11. Par acte du 17 décembre 1999, la CCGC a requis la mainlevée des oppositions formées par Monsieur L_____ et Madame G_____ auprès de la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants, alors compétente. Elle a relevé que la société n'avait plus employé à partir de 1996 que deux salariés, dont Madame G_____, et qu'au moment de la faillite, la dette de cotisations s'élevait à 53'397 fr. 75, correspondant au solde des cotisations impayées de 1993 et 1994 et à l'intégralité des cotisations 1995 et 1996. La CCGC a fait valoir que le comportement des organes devait être qualifié de négligence grave et qu'ils devaient être tenus responsables du dommage qui lui avait été causé. En effet, Monsieur L_____ connaissait les difficultés de la société mais n'avait pris aucune disposition pour éviter un dommage. Bien qu'il s'y fût engagé, il n'avait pas non plus payé la part pénale. Quant à Madame G_____, elle n'avait pas non plus respecté ses obligations légales. Enfin, la CCGC a relevé qu'au cours des années 1995 et 1996, aucun versement n'avait été effectué, alors que selon les procès-verbaux de saisie, des stocks de pierres tombales et de cercueils, régulièrement acquis et revendus, démontraient que la société disposait de fonds suffisants pour verser des cotisations.

12. Dans des observations du 1^{er} février 2000, Madame G _____ s'est référée à son opposition du 6 décembre 1999, faisant valoir qu'étant atteinte d'une grave maladie et au bénéfice d'une rente de l'assurance-vieillesse et survivants, elle était dans l'impossibilité de payer la moindre somme d'argent.
13. Le 1^{er} août 2003, la cause a été transmise d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales.
14. En date du 1^{er} avril 2004, le Tribunal de céans a procédé à la comparution personnelle des parties.

Madame G _____ a déclaré avoir travaillé pour la société du 21 septembre 1993 jusqu'en 1996. Son activité consistait principalement à coordonner les pompes funèbres et la marbrerie. Elle s'occupait des comptes, des salariés, assumait le secrétariat et établissait les déclarations de salaires. Elle disposait de la signature individuelle sur les comptes bancaires. La comptabilité était régulièrement tenue. Elle s'occupait de la caisse et les comptes étaient ensuite remis à une fiduciaire. En revanche, c'était Monsieur L _____ qui se chargeait de l'engagement du personnel. Madame G _____ connaissait la situation de la société et savait que les cotisations n'étaient pas payées et des poursuites engagées. Elle en avait avisé Monsieur L _____, associé principal. Les difficultés provenaient du fait que les charges - le loyer notamment - étaient bien trop lourdes par rapport au chiffre d'affaires. Elle a déclaré que Monsieur L _____ passait une à deux fois par mois et demandait à voir les comptes. Il versait le cas échéant de l'argent pour continuer et s'était engagé devant le Tribunal à verser à la CCGC la somme de 2'000 fr. par mois pour rembourser les cotisations sociales, ce qu'il n'avait jamais fait. Les priorités de paiement étaient établies par Monsieur L _____ qui demandait d'honorer les salaires puis le loyer. C'est également lui qui avait requis le sursis concordataire. Selon Madame G _____, il était difficile de prendre des mesures pour diminuer le déficit car il était impossible de réduire le personnel, l'activité de la société nécessitant quatre personnes au minimum. Enfin, l'intéressée a produit une lettre adressée par Monsieur L _____ le 21 juin 1999 à un avocat, dans laquelle il affirmait ne pas vouloir la laisser dans les difficultés.

Monsieur L _____ n'a pas comparu en personne, mais s'est fait représenter par un avocat. Ce dernier a exposé que son mandant considérait la société comme un investissement, qu'il était associé mais ne venait que rarement à Genève, qu'il contestait avoir été activement présent au sein de la société et qu'il ne possédait pas de signature bancaire.

15. Par courrier du 5 avril 2004, le Tribunal de céans a posé à Monsieur L _____ plusieurs questions concernant son rôle dans la société.
16. Par courrier du 21 avril 2004, Monsieur L _____ a expliqué que son rôle dans la société était celui d'un actionnaire. Madame G _____ l'appelait tous les deux ou trois mois ; il ne se déplaçait pas. Le pouvoir de décision appartenait à Madame G _____ seule. Ainsi, il lui revenait d'engager ou de licencier le personnel, lui-même ne connaissant pas même le nom des collaborateurs. La société était représentée vis-à-vis des tiers par Madame G _____. C'était elle également qui décidait des paiements (salaires, fournisseurs, achats etc.) et tenait la comptabilité. Elle avait aussi décidé de déposer le sursis concordataire et l'avait signé. Pour sa part, il a assuré n'avoir eu connaissance des comptes de la société, des difficultés de celle-ci et du non-paiement des cotisations sociales que lors du dernier exercice comptable. Il a expliqué n'avoir entrepris aucune démarche concernant lesdites cotisations car il lui était impossible d'intervenir, ne résidant pas en Suisse et n'y allant pratiquement jamais. Il avait cependant alors été amené à « injecter » dans la société une somme de 20'000 à 30'000 fr. afin de permettre les paiements et de tenter de sortir des difficultés. Les démarches auprès de la CCGC avaient été exclusivement effectuées par Madame G _____. Il n'avait jamais détenu de signature bancaire.
17. Par courrier du 6 avril 2004, le Tribunal de céans a requis de l'Office des poursuites et des faillites Arve-Lac la production des comptes de la société depuis sa création à la date de sa faillite, ainsi que celle de la demande de sursis concordataire.
18. Par courrier du même jour, le Tribunal a également demandé à la fiduciaire Z _____ SA de produire les comptes de la société.
19. Par courrier du 30 avril 2004, l'Office des faillites a répondu au Tribunal de céans que les documents demandés ne figuraient pas dans le dossier de la société.
20. Par courrier du 7 mai 2004, le Tribunal de céans a demandé à Monsieur L _____ s'il existait un contrat écrit entre lui-même et Madame G _____ ou entre la société et cette dernière.
21. Par courrier du même jour, le Tribunal de céans a questionné le commissaire au sursis, lui demandant de produire les comptes de la société ainsi que le sursis concordataire.
22. Par courrier du 12 mai 2002, la fiduciaire Z _____ SA a répondu n'avoir jamais établi de comptabilité pour la société.

23. Par courrier du 18 mai 2004, le commissaire au sursis a expliqué que le dossier original complet avait été remis au Tribunal de première instance et qu'il n'était pas en possession des documents requis. Il a en revanche remis une copie des jugements du Tribunal de première instance des 2 mai et 22 août 1996 concernant l'octroi et la prolongation du sursis concordataire.
24. Par courrier du 24 mai 2004, Monsieur L_____ a indiqué n'avoir jamais conclu de contrat avec la gérante de la société ou la société elle-même. Il a par la même occasion invoqué la prescription des créances de la caisse de compensation.
25. Par courrier du 9 juin 2004, le Tribunal de céans a demandé au Tribunal de première instance le jugement de faillite ainsi que toutes pièces utiles, soit notamment les pièces comptables.
26. Par courrier du 2 juillet 2004, le Tribunal de première instance a transmis le jugement de faillite du 27 juin 1997.
27. Par courrier du 10 août 2004, Madame G_____ a transmis au Tribunal de céans les bilans et comptes de pertes et profits des exercices 1994 et 1995 (établis par la fiduciaire Z_____ SA). Il en ressortait notamment que Monsieur L_____ était inscrit au passif comme créancier de la société pour une somme de 371'714 fr. 85 en 1994 et de 431'113 fr. 70 en 1995 et que les montants des pertes de la société s'étaient élevés à 236'720 fr. 45 en 1994 et à 122'127 fr. en 1995.
28. Monsieur L_____ a, par courrier du 8 octobre 2004, reconnu qu'il avait de temps à autre versé des avances à la société, en précisant qu'il ne s'agissait que de faibles montants, soit de quelques milliers de francs. Il ne pouvait cependant s'expliquer l'importance du poste le concernant au passif du bilan. Il a émis l'hypothèse que des factures de fournitures achetées à la centrale du groupe avaient sans doute été réglées par les sociétés françaises et que le comptable avait à tort considéré ces avances « intergroupe » comme des avances d'actionnaire.
29. Par courrier du 29 octobre 2004, la CCGC a conclu qu'il régnait une grave confusion sur le plan administratif dans la société ou que Monsieur L_____ faisait preuve de mauvaise volonté dans le cadre de l'instruction de la procédure. Pour sa part, elle considérait tant Madame G_____ que Monsieur L_____ comme entièrement responsables de son dommage.
30. En date du 18 novembre 2004 se sont tenues devant le Tribunal de céans une deuxième audience de comparution personnelle ainsi qu'une audience d'enquêtes avec les témoins suivants : Messieurs T_____, D_____.

M_____ et B_____, tous anciens employés de la société. Leurs déclarations seront reprises en tant que de besoin dans la partie en droit.

Quant à Madame G_____, elle a déclaré que lorsque Monsieur L_____ ne venait pas à Genève, elle se rendait elle-même en France pour le tenir informé de la marche de la société et participer à des séminaires sur la manière de gérer une entreprise de pompes funèbres. Elle ne s'était pas résolue à démissionner car le travail lui plaisait. Elle a rappelé qu'elle devait en référer à Monsieur L_____ et que c'est lui qui avait demandé la mise en sursis concordataire.

31. Par courrier du 16 décembre 2004, la cause a été gardée à juger.
32. Par ordonnance du 17 janvier 2005 et courriers des 2 février et 8 mars 2005, le Tribunal de céans a demandé au Tribunal de première instance de lui transmettre le dossier de la société L_____, Y_____ Sàrl, relatif à la demande de sursis concordataire et à la faillite.
33. Par courrier du 8 mars 2005, le Tribunal de première instance a informé le Tribunal de céans que ledit dossier avait été détruit.

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. 3 al. 3 des dispositions transitoires de la loi modifiant la loi sur l'organisation judiciaire du 14 novembre 2002, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la présente loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours ont été transmises d'office au Tribunal de céans. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. 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 et a entraîné la modification de nombreuses dispositions dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants. La législation en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 demeure toutefois déterminante en l'espèce. En effet, d'après la jurisprudence, la législation applicable en cas de changement de règles de droit reste celle qui était en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (ATF 125 V 467 consid. 1 ; 126 V 166 consid. 4b), les faits sur lesquels l'autorité de recours peut être amenée à se prononcer dans le cadre d'une procédure de recours de droit administratif étant par ailleurs ceux qui se sont produits jusqu'au moment de la décision administrative litigieuse (ATF 121 V 366 consid. 1b). Les dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS) et de son règlement d'application seront donc citées dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.
4. a) Aux termes de l'art. 82 al. 1 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS), le droit de demander la réparation d'un dommage "se prescrit" lorsque la caisse de compensation ne le fait pas valoir par une décision en réparation dans l'année après qu'elle a eu connaissance du dommage. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit-là d'un délai de péremption. La péremption devant être examinée d'office par le juge, il y a lieu de vérifier si la caisse de compensation a agi en temps utile (VSI 2001 consid. 2a p. 97ss. ; VSI 1996 consid. 3b p. 172 ; VSI 1993 consid. 2b p. 84 ; Revue à l'intention des caisses de compensation [RCC] 1991 consid. 2a p. 134ss. ; RCC 1987 consid. 2 p. 608 ; ATF 112 V 8 consid. 4c = RCC 1986 consid. 4c p. 694).

Par "moment de la connaissance du dommage" au sens de l'art. 82 al. 1 RAVS, il faut entendre, en règle générale, le moment où la caisse aurait dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances ne lui permettaient plus de recouvrer les cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (VSI 2001 consid. 3a p. 195; VSI 2001 consid. 2a p. 98; VSI 1996 consid. 3b p. 172; VSI 1995 consid. 2 p. 169ss.; ATF 119 V 92 consid. 3 = VSI 1993 p. 110; ATF 118 V 195 consid. 3a et réf. cit. = VSI 1993 p. 83; VSI 1993 consid. 3a p. 84; RCC 1992 consid. 5b p. 265; ATF 116 V 75 consid. 3b = RCC 1990 p. 415; ATF 113 V 181 consid. 2 = RCC 1987 p. 607; ATF 112 V 8 consid. 4d = RCC 1986 p. 493; ATF 112 V 158 = RCC 1987 p. 217). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a "rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer" (cf. Fritsche, "Schuldbetreibung und Konkurs" II, 2ème éd., p. 112), d'où la perte de la caisse.

Lors d'un sursis concordataire, le Tribunal fédéral des assurances (ci-après le TFA) a jugé qu'en cas de refus de concordat, la caisse devait requérir l'édition du jugement de refus pour se faire une idée précise des risques qu'elle encourait, soit pour avoir une connaissance suffisante de son dommage afin d'être en mesure de prendre une décision en réparation dans le délai prescrit par l'art. 82 al. 1 RAVS (VSI 1995 p. 169 ss. ; ATFA non publié du 3 mai 2001, en la cause H 433/00).

b) Cependant, en l'occurrence, la société n'a pas demandé l'homologation du concordat auprès du Tribunal de première instance. L'instruction de la présente cause n'a pas permis de déterminer si à ce stade de la procédure, la caisse aurait pu avoir une connaissance suffisante de son dommage afin de prendre une décision en réparation, notamment en consultant la demande de prolongation du sursis. Quoiqu'il en soit, elle a continué à agir par la voie des poursuites et faillite et en raison de l'absence de preuves, il ne peut qu'être constaté qu'elle n'a pas agi tardivement par rapport au sursis concordataire.

c) Dans le cas d'une faillite, le moment de la connaissance du dommage ne coïncide pas forcément avec celui où la caisse peut consulter le tableau de distribution et le compte final du liquidateur ou reçoit un acte de défaut de biens. La jurisprudence considère en effet que le créancier qui entend demander la réparation d'une perte qu'il subit dans une faillite connaît suffisamment son préjudice, en règle ordinaire, lorsqu'il est informé de sa collocation dans la liquidation, c'est-à-dire lorsque l'état de collocation et l'inventaire ont été déposés et peuvent être consultés; il connaît ou peut connaître à ce moment-là le montant de l'inventaire, sa propre collocation dans la liquidation, ainsi que le dividende prévisible (VSI 1996 consid. 3b p. 172ss.; VSI 1995 consid. 2 p. 170; ATF 119 V 92 consid. 3 = VSI 1993 consid. 3 p. 112; ATF 118 V 96 consid. 3a et réf. = VSI 1993 p. 84ss. consid. 3a; RCC 1992 consid. 5b p. 265; ATF 116 II 161 consid. 4a; RCC 1991 consid. 6a p. 384; ATF 116 V 75 consid. 3b = RCC 1990 consid. 3b p. 417; ATF 114 V 82 consid. 3b = RCC 1989 consid. 3b p. 221; ATF 112 V 9 consid. 4d = RCC 1986 p. 493; 112 V 161 = RCC 1987 p. 260).

d) En l'espèce, l'état de collocation a été déposé à l'Office des poursuites et des faillites le 23 décembre 1998. En notifiant ses décisions en réparation du dommage à l'encontre de Madame G _____ et de Monsieur L _____ le 15 novembre 1999, la caisse de compensation a donc respecté le délai d'un an prévu par l'art. 82 al. 1 RAVS.

Le Tribunal constate au surplus que les défendeurs ont formé opposition, respectivement les 17 novembre et 6 décembre 1999 et que la caisse en a requis la mainlevée par acte du 17 décembre 1999. Il s'ensuit que tant les oppositions que la requête en mainlevée sont recevables à la forme (cf. art. 81 al. 2 et 3 RAVS).

e) Enfin, Monsieur L. _____ soulève dans ses écritures le moyen de la prescription. Toutefois toutes les décisions de cotisations ont été rendues dans le délai fixé par l'art. 16 LAVS, qui prescrit que les cotisations dont le montant n'a pas été fixé dans un délai de cinq ans à compter de la fin de l'année civile pour laquelle elles sont dues ne peuvent plus être exigées ni payées. Ce grief doit en conséquence être rejeté.

5. a) En vertu de l'art. 52 LAVS, 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 responsables (VSI 1993 p. 83 consid. 2a; ATF 114 V 79 consid. 3 = RCC 1988 p. 631; ATF 113 V 256 consid. 3c = RCC 1988 p. 136; ATF 111 V 173 consid. 2 = RCC 1985 p. 650; RCC 1985 p. 603 consid. 2 et réf. citées).

Les prescriptions que doit respecter l'employeur sont tout d'abord celles de la LAVS et de ses dispositions d'exécution, notamment celles concernant l'obligation de déduire, à chaque paiement de salaire, la cotisation du salarié, puis de la verser à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation, ainsi que l'obligation de remettre périodiquement à la caisse les pièces comptables concernant les salaires versés aux employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions (RCC 1985 p. 607 consid. 5; RCC 1985 p. 646 consid. 3a).

L'obligation de percevoir les cotisations et de régler les comptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. 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 (VSI 1993 p. 83 ss. consid. 2a; ATF 111 V 173 consid. 2 = RCC 1985 p. 649; ATF 108 V 186 consid. 1a; ATF 108 V 192 consid. 2a = RCC 1983 p. 100; RCC 1985 p. 646 consid. 3a).

b) En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse en raison de la faillite de la société, ce qui représente, si l'on considère la période de 1993 à 1996, 52'947 fr. 75, frais de sommation, intérêts moratoires et frais de poursuite inclus.

6. a) Lorsque l'employeur est une personne morale, ses organes répondent solidairement, à titre subsidiaire, du dommage causé par celui-ci. En cas d'insolvabilité de l'employeur, ils peuvent donc être directement poursuivis, même si la personne morale existe toujours (ATF 114 V 79 consid. 3; ATF 113 V 256 consid. 3c; RCC 1988 p. 136 consid. 3c).

La notion d'organe selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui se dégage de l'art. 754 al. 1 CO. En matière de responsabilité des organes d'une société anonyme, l'art. 52 LAVS vise donc aussi, en première ligne, les organes statutaires ou légaux de celle-ci, soit les administrateurs, l'organe de révision ou les liquidateurs (NUSSBAUMER, Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS; RCC 1991 p. 403ss.; KNUS, Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV, thèse Zurich 1989, p. 14ss.). Mais les critères d'ordre formel ne sont, à eux seuls, pas décisifs et la qualité d'organe s'étend aux personnes qui ont pris des décisions réservées aux organes ou se sont chargées de la gestion proprement dite, participant ainsi de manière déterminante à la formation de la volonté de la société (ATF 119 II 255 ;117 II 571 consid. 3; 441 consid. 2b; 114 V 214 ss. consid. 4, 79ss.; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2e éd., p. 209ss.; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2e éd., p. 1072, note 1969; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, § 37, note 4; Peter Viktor KUNZ, Rechtsnatur und Einreideordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, thèse Berne 1993 p. 182ss.).

Il convient de mentionner que le TFA a jugé que les gérants d'une Sarl qui ont été formellement désignés en cette qualité, ainsi que les personnes qui exercent cette fonction en fait répondent selon les mêmes principes que les organes d'une société anonyme pour le dommage causé à une caisse de compensation ensuite du non paiement de cotisations d'assurances sociales, le simple associé d'une telle société n'ayant pas en revanche, sous réserve d'une règle contraire des statuts, d'obligation de contrôle ou de surveillance de la gestion, de sorte qu'on ne peut lui imputer un manquement dû à la société (ATF 126 V 238 ; ATFA non publié du 21 juin 2001 en la cause H 20/01 Tn).

La qualité d'organe est donc réservée aux personnes exécutant leurs obligations au sein de la société ou à l'égard des tiers en vertu de leur propre pouvoir de décision. Le fait qu'une personne est inscrite au registre du commerce avec droit de signature n'est, à lui seul, pas déterminant (Forstmoser, op. cit., p. 209, note 656). La préparation de décisions par une collaboration technique, commerciale ou juridique ne suffit pas à conférer la qualité d'organe au sens matériel. En d'autres termes, la responsabilité liée à la qualité d'organe présuppose que l'intéressé ait eu des compétences allant nettement au-delà d'un travail préparatoire et de la création des bases de décisions, pour se concentrer sur la participation, comme telle, à la formation de la volonté de la société. La responsabilité pour la gestion ne vise ainsi que la direction supérieure de la société, au plus haut niveau de sa hiérarchie (sur ces divers points, voir ATF 117 II 572 ss.). Enfin, sous l'angle du principe de l'égalité de traitement entre les justiciables, il serait inéquitable, le cas échéant, de

ne rechercher que les personnes inscrites au registre du commerce, lesquelles, précisément, n'avaient peut-être aucun pouvoir réel de décision (RCC 1988 p. 633 consid. 3).

b) En l'espèce il ressort de l'extrait du registre du commerce que Monsieur L _____ a été associé de la société à compter du 3 novembre 1992 et ce jusqu'à la faillite. Depuis le 21 septembre 1993, il a détenu une part sociale majoritaire.

Bien que Monsieur L _____ ne soit inscrit au registre du commerce qu'en qualité d'associé de la société et non de gérant, il convient de déterminer s'il avait néanmoins la qualité d'organe, soit s'il participait de manière prépondérante à la formation de la volonté de la société.

Il y a tout d'abord lieu de relever qu'il détenait une part majoritaire de 35'000 fr.

Lors de la deuxième comparution personnelle, Madame G _____ a expliqué que Monsieur L _____ se rendait régulièrement à Genève ou qu'elle allait elle-même en France afin de le tenir informé de la situation financière de la société. Selon elle, c'était Monsieur L _____ qui établissait les priorités concernant les paiements (soit les salaires, puis le loyer). C'était également lui qui se chargeait de l'engagement du personnel et qui avait déposé la demande de sursis concordataire.

Selon le témoin T _____, les instructions étaient données par quatre personnes : Madame G _____, Messieurs M _____ et D _____ et lui-même. Monsieur L _____ ne travaillait pas dans la société et ne recevait pas de salaire. On le voyait trois à quatre fois par an à Genève et il insufflait de l'argent dans la société lorsque cela ne tournait pas comme il voulait, argent sans doute affecté au paiement des fournisseurs. C'était en tout cas Madame G _____ qui gérait l'argent de la société, elle payait les salaires et lorsque l'argent manquait, elle renonçait au sien. En revanche, Monsieur L _____ était au courant des difficultés financières de la société.

Quant à Monsieur D _____, il a expliqué que Monsieur L _____ passait de temps en temps et que c'était essentiellement Madame G _____ qui donnait des instructions. Cependant, selon lui, Monsieur L _____ exerçait un contrôle strict sur la marche générale de la société. C'était lui qui imposait les prix de vente des services funéraires, Madame G _____ ne pouvant décider de la marge bénéficiaire. Les employés avaient suggéré à Monsieur L _____ un prix de vente calculé sur la base du prix de revient, mais il avait imposé le sien. Ces derniers lui avaient également suggéré de réduire

la surface du magasin pour augmenter les chances de survie de la société, ce qu'il avait interdit. De la même manière, Monsieur L _____ imposait de s'approvisionner en marbrerie auprès de certains fournisseurs. Il souhaitait faire marcher son commerce en France. Il était informé des difficultés financières de la société et avait dû insuffler à plusieurs reprises de l'argent. Le chiffre d'affaires de la société n'aurait d'ailleurs jamais permis de payer les salaires. Sans ses apports, la société n'aurait pas pu survivre au-delà de 1992. Monsieur L _____ venait à Genève deux à trois fois par an. C'est lors de ces visites qu'il exerçait l'essentiel de son contrôle. Pour le reste, il était sans doute tenu au courant téléphoniquement.

Quant à Monsieur M _____, il a expliqué que Monsieur L _____ venait irrégulièrement à Genève à la demande, une fois par mois ou une fois tous les six mois, mais assez souvent. A son avis, c'était Madame G _____ qui prenait les décisions, mais elle devait certainement en référer à Monsieur L _____. Ce dernier était sans aucun doute au courant des difficultés de la société. Pour assurer la survie de la société, Monsieur M _____ avait entendu dire qu'il avait à plusieurs reprises insufflé de l'argent.

Monsieur B _____ a tout d'abord exposé qu'il ne pouvait pas dire précisément qui prenait les décisions. La logique aurait voulu que ce soit Monsieur L _____, mais il pensait que c'était Madame G _____. Il est cependant revenu sur ses déclarations en ajoutant qu'à son avis Madame G _____ s'était retrouvée « entre le marteau et l'enclume » et que le véritable responsable était Monsieur L _____. Ce dernier avait en effet textuellement dit aux employés que le fait d'avoir une affaire à Genève lui procurait des avantages fiscaux en France. Madame G _____, en sa qualité de gérante, ne faisait qu'appliquer les décisions prises par ce dernier. Lorsque Monsieur L _____ venait à Genève, il apportait ou prenait de l'argent. S'agissant des prix pratiqués, Monsieur B _____ pouvait confirmer que le prix d'un service funéraire était inférieur à son coût réel. Il supposait que ce prix avait été fixé par Monsieur L _____ mais ne pouvait l'assurer.

c) Il ressort des différents témoignages et des déclarations de Madame G _____ que Monsieur L _____, bien que domicilié à Paris et ne participant pas à la gestion courante de la société, intervenait dans la prise des décisions de ladite société. C'était lui en effet qui avait fixé le prix du service funéraire, qui décidait des fournisseurs auprès desquels la société s'approvisionnait et de l'emplacement de la société – dans des locaux trop grands et trop chers aux dires des témoins. Il était sans nul doute, lors de ses passages réguliers à Genève et lors de la venue de la gérante à Paris, tenu au courant de la

situation financière de la société. Preuve en est le fait qu'il y insufflait régulièrement de l'argent pour sa survie.

Il doit par conséquent être considéré comme un organe de fait.

d) Quant à Madame G _____, inscrite au registre du commerce comme gérante, avec signature individuelle, du 21 septembre 1993 à la date de la faillite, et participant à la gestion courante de la société, notamment au paiement des salaires et aux relations avec la CCGC, il ne fait pas de doute qu'elle avait la qualité d'organe.

e) Selon la jurisprudence, s'il existe une pluralité de responsables, la caisse de compensation jouit d'un concours d'actions et le rapport interne entre les coresponsables ne la concerne pas; elle ne peut prétendre qu'une seule fois à la réparation du dommage, chacun des débiteurs répondant solidairement envers elle de l'intégralité du dommage. Il lui est en outre loisible de rechercher tous les débiteurs, quelques-uns ou un seul d'entre eux, à son choix (ATF 119 V 87 consid. 5a).

7. a) Il s'agit maintenant d'examiner si les organes se sont rendus coupables d'une violation intentionnelle ou d'une négligence grave des prescriptions régissant l'assurance-vieillesse et survivants. En effet, l'obligation de réparer le dommage n'existe, dans le cas concret, que s'il n'y a pas de circonstances faisant apparaître comme justifié le comportement de l'employeur ou excluant qu'il ait commis une faute intentionnellement ou par négligence. Il est donc concevable qu'un employeur, causant un dommage à une caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions de l'assurance-vieillesse et survivants, ne soit néanmoins pas tenu de le réparer, si des circonstances spéciales permettent de conclure que la non observation desdites prescriptions était permise ou ne représentait pas une faute (RCC 1985 p. 603 consid. 2 et réf. citées).

De jurisprudence constante, 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. 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, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé (RCC 1988 p. 634 consid. 5a; ATF 112 V 159 consid. 4 = RCC 1987 p. 217; RCC 1985 p. 51 consid. 2a; ATF 108 V 202 consid. 3a = RCC 1983 p. 106; RCC 1983 p. 377 ss.).

A cet égard, il sied de rappeler l'obligation imposée aux administrateurs par l'art. 716a al. 1 CO de surveiller les personnes chargées de la gestion et de se faire

renseigner régulièrement sur la marche des affaires. L'administration doit s'acquitter de cette tâche avec toute la diligence nécessaire en tenant compte des circonstances spéciales du cas particulier. Cela implique notamment l'obligation d'assister aux séances du conseil d'administration, de se faire renseigner périodiquement sur la marche des affaires, de lire les rapports d'un œil critique, de demander au besoin des renseignements complémentaires et d'intervenir lorsque des erreurs ou des irrégularités ont été constatées.

b) Les défendeurs étaient associé, respectivement gérante, de la société. Ils avaient tous deux un réel pouvoir de décision. Il leur incombait donc de veiller au paiement des cotisations sociales, conformément aux obligations légales de la société (art. 14 al. 1 LAVS en corrélation avec les art. 34 ss. RAVS; voir aussi VSI 2000 p. 226). En ne se souciant pas des relations de la société avec les organes de l'assurance-vieillesse et survivants, en dépit d'une situation financière précaire, pratiquement depuis la création de ladite société, les deux défendeurs ont commis une négligence qui, sous l'angle de l'art. 52 LAVS, doit être qualifiée de grave.

Leur passivité - car ils n'ont pris aucune mesure propre à inverser le cours des choses - l'argent insufflé par Monsieur L _____ étant insuffisant à la survie de la société, de même que l'initiative de Madame G _____ de baisser les salaires - est de surcroît en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage. En effet, s'ils avaient correctement exécuté leur mandat, ils auraient pris les mesures qui s'imposaient, soit par exemple augmenter les prix des services funéraires afin qu'ils rapportent un bénéfice ou diminuer la surface des locaux, qui coûtaient cher. Rien de tel n'a été fait, Monsieur L _____ s'y opposant.

On relèvera enfin que les défendeurs ont sciemment poursuivi l'exploitation d'une entreprise vouée à l'échec, en en faisant supporter le risque à l'assurance sociale. De surcroît, en l'espèce, la responsabilité des défendeurs doit être examinée avec d'autant plus de sévérité qu'il s'agissait d'une petite entreprise dont il était facile de se rendre compte de la situation financière désastreuse. Il était en outre également facile de constater que la société n'était pas viable sans les apports de Monsieur L _____, notamment en raison du prix trop élevé des locaux loués et des services funéraires vendus en-dessous de leur prix de revient.

En agissant de la sorte et sur une si longue période, les défendeurs se sont rendus coupables de négligence grave, de sorte que la requête en mainlevée déposée par la caisse doit être admise.

**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 la requête de la Caisse cantonale genevoise de compensation visant à obtenir la mainlevée des oppositions formées par Madame G _____ et Monsieur L _____ recevable ;

Au fond :

2. Prononce la mainlevée de l'opposition formée par Madame G _____ ;
3. Prononce la mainlevée de l'opposition formée par Monsieur L _____ ;
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 qu'elle 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 :

Janine BOFFI

La Présidente :

Karine STECK

La secrétaire-juriste :

Frédérique GLAUSER

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