

# **GE\_GERICHTE ATAS/317/2019 vom 16. April 2019**

GE Cour de justice, 2019-04-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_317\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_317_2019)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/317/2019 du 16 avril 2019

IT: GE\_GERICHTE ATAS/317/2019 del 16 aprile 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la CJCAS 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 - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie, le recours étant dirigé contre une décision rendue sur opposition fondée sur la LAVS. Le recours a été interjeté en temps utile (art. 60 LPGA), dans le respect des exigences de forme et de contenu prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA ; cf. aussi art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 LPA – E 5 10). Touché par la décision attaquée et ayant un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification, le recourant a qualité pour recourir (art. 59 LPGA). Le recours est donc recevable.

### **E. 2**

a. Pour l'établissement des faits pertinents, il y a lieu d'appliquer les principes ordinaires régissant la procédure en matière d'assurances sociales, à savoir, en particulier, la maxime inquisitoire, ainsi que les règles sur l'appréciation des preuves et le degré de la preuve.

A/1527/2018 - 5/11 - b. La maxime inquisitoire régit la procédure (non contentieuse et contentieuse) en matière d'assurances sociales. L'assureur social (ou, en cas de litige, le juge) établit d'office les faits déterminants, sans préjudice de la collaboration des parties (art. 43 et 61 let. c LPGA ; Ghislaine FRÉSARD-FELLAY, Procédure et contentieux, in Ghislaine FRÉSARD-FELLAY / Bettina KAHIL-WOLFF / Stéphanie PERRENOUD, Droit suisse de la sécurité sociale, vol. II, 2015, n. 27 ss). Les parties ont l'obligation d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués ; à défaut, elles s'exposent à devoir supporter les conséquences de l'absence de preuve (art. 28 LPGA ; ATF 125 V 193 consid. 2 ; 122 V 157 consid. 1a ; 117 V 261 consid. 3b et les références). c. Comme l'administration, le juge des assurances sociales apprécie librement les preuves, sans être lié par des règles formelles (art. 61 let. c in fine LPGA). Il doit examiner de manière objective tous les moyens de preuve, quelle qu'en soit la provenance, puis décider si les documents à disposition permettent de porter un jugement valable sur le droit litigieux (Ghislaine FRÉSARD-FELLAY, Procédure et contentieux, op. cit., n. 78). Si l'administration ou le juge, se fondant sur une appréciation consciencieuse des preuves fournies par les investigations auxquelles ils doivent procéder d'office, sont convaincus que certains faits présentent un degré de vraisemblance prépondérante et que d'autres mesures probatoires ne pourraient plus modifier cette appréciation, il est superflu d'administrer d'autres preuves (appréciation anticipée des preuves ; ATF 122 II 464 consid. 4a ; 122 III 219 consid. 3c) ;

une telle manière de procéder ne viole pas le droit d'être entendu selon l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101 – Cst ; SVR 2001 IV n. 10 p. 28 consid. 4b ; cf. not. ATF 124 V 90 consid. 4b et 122 V 157 consid. 1d s'agissant de la jurisprudence, toujours valable, rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst.). d. Quant au degré de preuve requis, le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 ; 126 V 353 consid. 5b ; 125 V 193 consid. 2 et les références). Il n'existe pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 319 consid. 5a ; Ghislaine FRÉSARD-FELLAY, op. cit., n. 81 ss).

### **E. 3**

Le litige porte sur la responsabilité du recourant, en qualité d'organe, pour le dommage subi par l'intimée du fait que la société n'a pas payé les cotisations sociales afférentes aux périodes de l'année 2014.

A/1527/2018 - 6/11 -

### **E. 4**

a. L'art. 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 ss du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS - RS 831.101), prescrit l'obligation pour l'employeur de déduire sur chaque salaire la cotisation du salarié et de verser celle-ci à la caisse de compensation avec sa propre cotisation. Pendant l'année, les employeurs doivent verser périodiquement des acomptes de cotisations ; pour fixer les acomptes, la caisse de compensation se base sur la masse salariale probable (art. 35 al. 1 RAVS). Les employeurs sont tenus d'informer la caisse de compensation chaque fois que la masse salariale varie sensiblement en cours d'année (art. 35 al. 2 LAVS). Les employeurs doivent fournir le décompte des salaires dans les trente jours qui suivent le terme de la période de décompte, qui comprend une année civile (art. 36 al. 2 et 3 phr. 1 RAVS), de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. La caisse de compensation établit le solde entre les acomptes versés et les cotisations effectivement dues, sur la base du décompte ; les cotisations encore dues doivent être versées dans les trente jours à compter de la facturation ; les cotisations versées en trop sont restituées ou compensées (art. 36 al. 4 RAVS). La LAVS s'applique par analogie à la fixation et la perception des cotisations de l'assurance-invalidité (art. 3 al. 1 phr. 1 de la loi sur l'assurance invalidité - LAI - RS 831.20), des cotisations dues pour les allocations pour perte de gain (art. 27 al. 2 phr. 1 de la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité du 25 septembre 1952 - LAPG - RS 834.1) et des cotisations dues pour les prestations de l'assurance-chômage (art. 6 de la loi fédérale sur l'assurance chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 - LACI - RS 837.0). Il incombe aux caisses de compensation pour allocations familiales admises de fixer et prélever les cotisations (art. 15 al. 1 let. b de la loi fédérale sur les allocations familiales du 24 mars 2006 LAFam – RS 836.2), au nombre desquelles figurent celles qui sont gérées par des caisses de compensation AVS (art. 14 let. c LAFam). b. L'obligation de payer les

cotisations et de fournir les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 193 consid. 2a). À teneur de l'art. 52 LAVS, 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 (al. 1). Si l'employeur est une personne morale, les membres de l'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à titre subsidiaire du dommage ; lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles répondent solidairement de la totalité du dommage (al. 2).

## **E. 5**

a. Une des conditions pour que la responsabilité subsidiaire des organes puisse être engagée est que la personne mise en cause soit un organe d'une personne morale

A/1527/2018 - 7/11 - tenue, à titre d'employeur, de payer des cotisations sociales, ce qu'était sans conteste la société. 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 234/02 du 16 avril 2003 consid. 7.3 publié in REAS 2003 p. 251). Elle comprend tant les organes formels que matériels et de fait de la personne morale employeur.

b. Les organes formels sont les organes décisionnels et de contrôle prévus par les dispositions organisationnelles de la personne morale considérée et nommés pour occuper lesdites fonctions (ATF 114 V 211 consid. 4). Ils représentent la personne morale à l'extérieur (ch. 8005 des directives de l'office fédéral des assurances sociales sur la perception des cotisations dans l'AVS, AI et APG [en abrégé : DP]). Ont notamment cette qualité, impliquant la haute surveillance sur la direction de la personne morale, les membres du conseil d'administration d'une société anonyme ou d'une société coopérative, les gérants d'une société à responsabilité limitée formellement désignés en cette qualité, les membres du comité d'un conseil de fondation ou d'une association. Les organes formels répondent, au sens de l'art. 52 LAVS, indépendamment de leur fonction ou de leur influence sur la marche des affaires de la société, de leur titularité ou non d'un pouvoir de signature ainsi que des motifs de leur mandat (ATF 126 V 237 ; Michel VALTERIO, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI], 2011, n. 2393 s.). Sont des organes matériels les personnes auxquelles l'exécution de certaines tâches, incluant le domaine des cotisations sociales, a été déléguée par un acte juridiquement valable sur le plan interne de la personne morale considérée, en sorte de détenir en la matière des compétences allant au-delà d'un travail préparatoire et de collaboration technique ou juridique, autrement dit les faisant participer à la formation de la volonté de la société (Michel VALTERIO, op. cit., n. 2395 s.). Les organes de fait englobent les personnes qui, sans être désignées formellement en qualité d'organes sur un plan externe ou purement interne, prennent dans les faits les décisions réservées aux organes formels ou matériels ou se chargent de la gestion proprement dite de la personne morale, à telle enseigne qu'elles concourent de manière déterminante à la formation de la volonté sociale et exercent effectivement une influence sur la marche des affaires de la société (ch. 8005 DP ; ATF 132 III 523 consid. 4.5). La qualité d'organe de fait doit être niée s'agissant de personnes qui ne détiennent aucune maîtrise sur la société et ne prennent pas de décisions réservées aux organes, mais n'effectuent que des tâches de bureau, comme l'échange de correspondances avec la caisse de compensation, la tenue de la comptabilité, la signature

d'attestations de salaire, la réception de commandements de payer (Michel VALTERIO, op. cit., n. 2397 ss et jurisprudences citées).

A/1527/2018 - 8/11 - c. En l'espèce, le recourant a été organe formel de la société, en tant que gérant du 25 septembre 2012 au 16 septembre 2014 (et même associé-gérant du 25 septembre 2012 au 5 mai 2014), en étant titulaire de la signature individuelle. Certes, il prétend avoir démissionné en tant qu'associé gérant par un courrier du 18 novembre 2013, par lequel il priait par ailleurs la société de faire le nécessaire pour radier son nom au registre du commerce dans les plus brefs délais. Cependant, en plus qu'il n'est pas établi que cette lettre de démission a bien été envoyée (de plus à cette date), il importe de noter que si sa qualité d'associé gérant de la société a certes été radiée au registre du commerce le 5 mai 2014, le recourant y a été inscrit à la même date comme gérant, toujours avec la signature individuelle, et ce jusqu'au 16 septembre 2014, période durant laquelle M. F\_\_\_\_\_, auquel il apparaît que la société a été progressivement remise, a été inscrit comme associé sans signature, avant d'en devenir, depuis cette date-ci, l'associé gérant avec signature individuelle. De surcroît, si la date de radiation de l'inscription au registre du commerce n'est pas déterminante (ch. 8009 DP et arrêts du Tribunal fédéral cités sous la note n° 205), il appert, en l'espèce, que le recourant a continué à exercer un rôle actif au sein de la société après le 18 novembre 2013, puisqu'il avait signé, le 8 janvier 2014, l'attestation des salaires de la société et que c'était en ses mains qu'avait été notifié, le 14 juillet 2014, le commandement de payer relatif à la période de cotisation de janvier à mars 2014. En outre, il résulte du procès-verbal de son interrogatoire du 31 mars 2015 par le chargé de faillites de la société que le recourant était l'administrateur de la société jusqu'au mois de septembre 2014, qu'il était resté « chef à bord » après avoir cédé ses parts, selon lui jusqu'en août 2014, comme organe de fait salarié de la société, qu'il avait un bureau dans les locaux de la société à la route D\_\_\_\_\_ c/o E\_\_\_\_\_ SA, locaux qu'il avait quittés le 11 ou 12 septembre 2014 lorsque M. F\_\_\_\_\_ l'avait « mis dehors », alors qu'il avait encore trois personnes sous ses ordres. Il faut en revanche retenir que le recourant n'a plus été organe de la société, ni formel ni matériel ni même de fait, au-delà du début du mois de septembre 2014.

## **E. 6**

L'obligation légale de réparer le dommage ne doit être reconnue que dans les cas où le dommage est dû à une violation intentionnelle ou par négligence grave, par l'employeur, des prescriptions régissant l'assurance-vieillesse et survivants (RCC, 1978, p. 259 ; RCC, 1972, p. 687). Pour savoir s'il y a un manquement d'une certaine gravité, il convient de tenir compte de toutes les circonstances du cas concret (ATF 121 V 243 consid. 4b). La caisse de compensation qui constate qu'elle a subi un dommage par suite de la non-observation de prescriptions peut admettre que l'employeur a violé celles-ci intentionnellement ou du moins par négligence grave, dans la mesure où il n'existe pas d'indice faisant croire à la légitimité de son comportement ou à l'absence d'une faute (RCC, 1983, p. 101). Selon la jurisprudence constante, 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

A/1527/2018 - 9/11 - 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 ou d'une société à responsabilité limitée, 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. Les faits reprochés à une entreprise ne sont pas nécessairement imputables à chacun des organes de celle-ci. Il convient d'examiner si et dans quelle mesure ces faits peuvent être attribués à un organe déterminé, compte tenu de la situation juridique et de fait de ce dernier au sein de l'entreprise. Savoir si un organe a commis une faute dépend des responsabilités et des compétences qui lui ont été confiées par l'entreprise (ATF 108 V 199 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_926/2009 du 27 avril 2010 consid. 4.3.2). Un organe formel – comme l'était le recourant jusqu'au 16 septembre 2014 – n'en est pas moins tenu par un strict devoir de surveillance à l'endroit des autres organes de droit ou de fait de la société (Michel VALTERIO, op. cit., n. 2392, 2399 ; cf. arrêt du Tribunal cantonal des assurances du canton d'Argovie du 19 décembre 2017 dans la cause VBE.2017.584, in RSJ 114/2018 p. 481 s., selon lequel une incarcération ne libère pas un membre du conseil d'administration de son obligation de veiller au paiement correct des cotisations d'assurance sociale de la société).

#### **E. 7**

a. En l'espèce, il appert que le recourant était tenu de veiller au paiement des cotisations sociales de la société durant toute la période durant laquelle il a été associé gérant puis gérant de cette dernière, soit jusqu'à sa sortie effective des locaux de cette dernière, vers le 11 ou 12 septembre 2014. Il n'est en revanche pas compréhensible que l'intimée l'ait tenu pour responsable du paiement des cotisations et contributions n'ayant été facturées à la société que de façon contemporaine et même postérieure à ce moment-ci, soit, s'agissant de celles du troisième trimestre 2014, le 7 septembre 2014, et, s'agissant de celles du quatrième trimestre 2014, le 4 décembre 2014. b. La décision attaquée n'est bien fondée que pour les cotisations sociales des premier et deuxième trimestres 2014, pour lesquelles les rappels et sommations ont été adressés à la société alors que le recourant était encore organe et « maître à bord » de cette dernière. Les relevés de compte des 5 septembre et 18 décembre 2014 font mention de montants de respectivement CHF 3'861.- et CHF 4'062.60 pour ces deux périodes, y compris les frais d'administration et les frais de poursuites. Le recours est mal fondé en tant qu'il conteste la responsabilité du recourant pour ces deux montants, auxquels il faut toutefois encore ajouter les intérêts moratoires, qu'il y a lieu de réserver dès lors que leur montant afférant aux deux factures

A/1527/2018 - 10/11 - considérées n'a pas été calculé par l'intimée, qui les a calculés pour l'entier de l'année 2014. Pour le surplus, le recours doit être admis, la décision attaquée être réformée et la cause être renvoyée à l'intimée pour le calcul et la facturation au recourant des intérêts moratoires ainsi réservés.

#### **E. 8**

La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). Le recourant étant représenté par un mandataire professionnellement qualifié, il se justifie, vu l'issue donnée au recours (art. 61 let. g LPGA), de lui allouer une indemnité de procédure d'un montant réduit, soit de CHF 250.-. \* \* \* \* \*

A/1527/2018 - 11/11 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme : 1. Déclare le recours recevable. Au fond : 2. L'admet partiellement, à savoir le rejette dans la mesure où il porte sur les montants de CHF 3'861.- et CHF 4'062.60 afférents aux périodes de cotisations sociales respectivement des premier

et deuxième trimestres de l'année 2014 ainsi que sur les intérêts moratoires dus pour ces deux périodes, et l'admet pour le surplus. 3. Réforme dans ce sens la décision sur opposition du 24 avril 2018. 4. Renvoie la cause à la caisse cantonale genevoise de compensation pour le calcul et la facturation desdits intérêts moratoires. 5. Dit que la procédure est gratuite. 6. Alloue à Monsieur A\_\_\_\_\_ une indemnité de procédure de CHF 250.-, à la charge de la caisse cantonale genevoise de compensation. 7. 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 - RS 173.110). Selon l'art. 85 LTF, s'agissant de contestations pécuniaires, le recours est irrecevable si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 30'000.- (al. 1 let. a). Même lorsque la valeur litigieuse n'atteint pas le montant déterminant, le recours est recevable si la contestation soulève une question juridique de principe (al. 2). 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

Marie NIERMARÉCHAL

Le président

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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.