

GE_GERICHTE ATAS/3/2024 vom 8. Januar 2024

GE Cour de justice, 2024-01-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_3_2024

FR: GE_GERICHTE ATAS/3/2024 du 8 janvier 2024

IT: GE_GERICHTE ATAS/3/2024 del 8 gennaio 2024

Erwägungen

E. 1.1

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 chambre des assurances sociales de la Cour de justice 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 ratione materiae pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 1.2

Selon l'art. 52 al. 5 LAVS, en dérogation à l'art. 58 al. 1 LPGA, le tribunal des assurances du canton dans lequel l'employeur est domicilié est compétent pour traiter le recours. Cette disposition est également applicable lorsque la caisse recherche un organe de l'employeur en réparation du dommage, et ce quel que soit le domicile dudit organe (arrêt du Tribunal fédéral H 184/06 du 25 avril 2007 consid. 2.3).

E. 1.3

La société ayant été domiciliée dans le canton de Genève depuis le 15 octobre 2010 jusqu'au moment de sa faillite, la chambre de céans est également compétente ratione loci.

E. 2

À teneur de l'art. 1 al. 1 LAVS, les dispositions de la LPGA s'appliquent aux art. 1 à 97 LAVS, à moins que la loi n'y déroge expressément.

E. 3

La LPGA, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, a entraîné 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 y est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les art. 81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS - RS 831.101) ont été abrogés. Il faut toutefois préciser que le nouveau droit n'a fait que reprendre textuellement, à l'art. 52 al. 1 LAVS, le principe de la responsabilité de l'employeur figurant à l'art. 52 aLAVS, la seule différence portant sur la désignation de la caisse de compensation, désormais appelée assurance. Les principes dégagés par la jurisprudence sur les conditions de droit matériel de la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 aLAVS (dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2002) restent par ailleurs valables sous l'empire des modifications introduites par la LPGA (ATF 129 V 11 consid. 3.5 et 3.6).

E. 4

Les dispositions de la nouvelle du 17 mars 2011 modifiant la LAVS sont entrées en vigueur le 1er janvier 2012. Elles n'ont pas amené de changements en matière de responsabilité subsidiaire des organes fondée sur l'art. 52 LAVS. En effet, outre quelques retouches de forme, le nouvel art. 52 al. 2 LAVS concrétise les principes établis par la jurisprudence constante du Tribunal fédéral (cf. Message relatif à la modification de la LAVS du 3 décembre 2010, FF 2011 519, p. 536 à 538). Sur le

A/3533/2022 - 8/23 - plan matériel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 129 V 1 consid. 1 ; 127 V 467 consid. 1 et les références). En l'espèce, les montants litigieux concernent la période allant du 1er janvier 2012 au 31 janvier 2013, de sorte que l'art. 52 al. 1 LAVS est applicable dans sa teneur en vigueur au 1er janvier 2012 (arrêt du Tribunal fédéral 9C_80/2017 du 31 mai 2017 consid. 3.2).

E. 5

Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA ; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]). Interjeté dans les formes et délai prévus par la loi, le recours est recevable.

E. 6

Le litige porte sur la responsabilité du recourant quant au préjudice causé à l'intimée, par le défaut de paiement des cotisations sociales (AVS-AI-APG, AC, AF et AMat) entre le 1er janvier 2012 et le 31 décembre 2013.

E. 7.1

Les personnes tenues à la réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS sont solidairement responsables. Il appartient à la caisse de compensation de décider si elle attaquera un employeur pour lui demander la réparation du dommage subi. S'il existe une pluralité de responsables, elle jouit d'un concours d'actions et le rapport interne entre les coresponsables ne la concerne pas ; si elle ne peut prétendre qu'une seule fois la réparation, chacun des débiteurs répond solidairement envers elle de l'intégralité du dommage et il lui est loisible de rechercher tous les débiteurs, quelques-uns ou un seul d'entre eux, à son choix (ATF 119 V 86 consid. 5a). Cependant, cette jurisprudence ne vise que les rapports juridiques qui existent entre la caisse de compensation et l'employeur : elle ne restreint en aucune manière le droit de ce dernier d'intenter, le cas échéant, une action récursoire contre un tiers qui n'a pas été mis en cause (ATF 112 V 261 consid. 2b). La situation juridique et de fait du responsable du dommage est affectée par le fait que ce dernier peut cas échéant se retourner contre d'autres coresponsables (sur les conditions de l'action récursoire, cf. ATF 132 III 523 consid. 4.2) et par la possibilité que la caisse de compensation fera d'abord valoir sa créance à l'encontre des autres responsables. Il a ainsi un intérêt juridique et de fait à ce que d'autres personnes soient reconnues responsables. Cet intérêt peut justifier sa participation à la procédure contre d'autres personnes qui pourraient répondre du dommage (ATF 134 V 306 consid. 3.1).

E. 7.2

Selon l'art. 71 LPA, l'autorité peut ordonner, d'office ou sur requête, l'appel en cause de tiers dont la situation juridique est susceptible d'être affectée par l'issue de la procédure ; la décision leur devient dans ce cas opposable (al. 1). L'appelé en cause peut exercer les droits qui sont conférés aux parties (al. 2). L'appel en cause a pour but d'attirer un tiers dans une

procédure afin d'éviter que ce tiers, qui aurait un rapport de droit avec une des parties à cette procédure, ne déclenche ou ne soit contraint de participer à une autre procédure sur les mêmes

A/3533/2022 - 9/23 - questions litigieuses. L'appel en cause permet ainsi notamment d'éviter des décisions ou des jugements contradictoires en imposant une procédure unique et en rendant le jugement prononcé à l'issue de celle-ci opposable au tiers appelé en cause (François BELLANGER, La qualité de partie à la procédure administrative in Les tiers dans la procédure administrative, TANQUEREL/BELLANGER [éd.], 2004, p. 50). L'appel en cause a en outre pour but de préserver les intérêts juridiques ou de fait de la personne qui pourrait être affectée par l'issue de la procédure. Dans cette mesure, il est un prolongement du droit d'être entendu. En revanche, lorsque l'appel en cause vise à opposer la force de chose jugée du jugement à l'appelé en cause, ses conditions sont plus restrictives et il est nécessaire que la décision ait une incidence sur la relation juridique entre la partie et la personne à appeler en cause (Alfred KÖLZ / Isabelle HÄNER / Martin BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3ème éd. 2013, p. 324, n. 929). Les tribunaux cantonaux des assurances sociales doivent appeler en cause les autres débiteurs solidaires recherchés par la caisse de compensation, que la procédure les concernant soit pendante ou que leur responsabilité ait fait l'objet d'une décision déjà entrée en force (SVR 2007 AVS n° 2 consid. 2.2). L'intéressé qui fait l'objet de la décision de réparation ne peut toutefois pas appeler en cause tout tiers qui pourrait cas échéant être solidairement responsable lorsque ce dernier n'a pas été recherché par la caisse de compensation (ATF 112 V 261 consid. 2c). Il appartient ainsi au juge d'inviter à participer à la procédure, à titre de cointéressés, les personnes contre lesquelles la caisse a rendu une décision de réparation du dommage et contre lesquelles elle n'a pas renoncé à ouvrir action ensuite de leur opposition (arrêt du Tribunal fédéral H 101/06 du 7 mai 2007 consid. 4.5).

E. 7.3

En l'espèce, malgré les affirmations (peu précises) du représentant de l'intimée en audience, il ne ressort pas du dossier que l'intimée aurait recherché C_____ en réparation de son dommage. Il n'y figure en effet aucune décision rendue à son encontre. De plus, bien que ce dernier était également associé de la société, du 30 avril 2013 au 9 juillet 2014, sa responsabilité ne semble a priori pas engagée, dans la mesure où le simple associé d'une Sàrl n'a pas, 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 237). L'absence de décision rendue à son encontre semble donc plus vraisemblable que le contraire, étant au surplus relevé que le choix d'agir contre tel ou tel débiteur coresponsable appartient à la caisse de compensation. Dans cette mesure, il ne se justifie pas d'appeler en cause C_____. Il sera par ailleurs rappelé que le recourant est libre, le cas échéant, d'intenter une action à l'encontre de tiers qui n'ont pas été mis en cause dans la procédure en réparation du dommage intentée par l'intimée, s'il estime avoir des prétentions à leur encontre.

A/3533/2022 - 10/23 -

E. 8.1

L'art. 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 ss RAVS, 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. Les employeurs doivent envoyer aux

caisses, périodiquement, les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs salariés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de payer les cotisations et de fournir les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. À cet égard, le Tribunal fédéral a déclaré, à réitérées reprises, que la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS est liée au statut de droit public. 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 137 V 51 consid. 3.2 et les références).

E. 8.2

Selon l'art. 52 LAVS dans sa teneur en vigueur le 1er janvier 2012, 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). Le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus. L'employeur peut renoncer à invoquer la prescription. Si le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est applicable (al. 3). La caisse de compensation fait valoir sa créance en réparation du dommage par voie de décision (al. 4). Selon le Message relatif à la modification de la loi fédérale sur l'assurance- vieillesse et survivants (LAVS) du 3 décembre 2010 relatif à l'art. 52 LAVS al. 2 à 4, la réparation du dommage est le corollaire des obligations de droit public que l'employeur assume en matière de perception, de versement et de décompte des cotisations paritaires d'assurances sociales en sa qualité d'organe d'exécution de l'AVS. Ce principe occupe une place prépondérante en droit des cotisations. En effet, d'après la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral des assurances depuis 1970, non seulement les employeurs peuvent être tenus de réparer le dommage, mais également, à titre subsidiaire, les personnes physiques qui agissent en leur nom (ATF 114 V 219 et 129 V 11). Actuellement, il est insatisfaisant que la responsabilité subsidiaire des organes, de même que d'autres caractéristiques importantes de la réparation du dommage, ne soient pas réglées dans la loi et ne puissent qu'être déduites de l'étude d'une abondante jurisprudence. Pour le citoyen, la loi doit être conçue de manière plus

A/3533/2022 - 11/23 - transparente. La conception de base ne sera pas modifiée ; la responsabilité reste limitée à la faute grave (FF 2011 519, p. 536). En d'autres termes, la nouvelle teneur de l'art. 52 al. 2 LAVS, entrée en vigueur le 1er janvier 2012, codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle, si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom (ATAS/610/2013 du 18 juin 2013 consid. 4a).

E. 9.1

À titre liminaire, il convient d'examiner si la prétention de la caisse est prescrite.

E. 9.2

Le 1er janvier 2020 est entrée en vigueur la révision du droit de la prescription de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO, Code des obligations - RS

220), entraînant la modification de l'art. 52 al. 3 LAVS (RO 2018 5343 ; FF 2014 221). Cet alinéa prévoit désormais que l'action en réparation du dommage se prescrit conformément aux dispositions du code des obligations sur les actes illicites. Selon l'art. 60 CO, dans sa teneur en vigueur à compter du 1er janvier 2020, l'action en dommages-intérêts ou en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation morale se prescrit par trois ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne tenue à réparation et, dans tous les cas, par dix ans à compter du jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé (al. 1). Si le fait dommageable résulte d'un acte punissable de la personne tenue à réparation, elle se prescrit au plus tôt à l'échéance du délai de prescription de l'action pénale, nonobstant les alinéas précédents. Si la prescription de l'action pénale ne court plus parce qu'un jugement de première instance a été rendu, l'action civile se prescrit au plus tôt par trois ans à compter de la notification du jugement (al. 2).

E. 9.3

Jusqu'au 31 décembre 2019, l'art. 52 al. 3 LAVS prévoyait que le droit à la réparation se prescrivait deux ans après que la caisse de compensation compétente avait eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. En renvoyant désormais aux dispositions du CO sur la prescription des actions introduites en cas d'acte illicite, le délai de prescription relatif se trouve porté de deux à trois ans et le délai de prescription absolu de cinq à dix ans. De plus, la prescription plus longue de l'action pénale visée à l'art. 60 al. 2 CO est applicable. Le délai de prescription ne commence plus à courir à la survenance du dommage mais le jour où le fait dommageable s'est produit ou a cessé. Les autres aspects de la prescription, notamment les motifs d'empêchement ou de suspension et les actes interruptifs, sont régis par les art. 130 ss CO (Message du Conseil fédéral relatif à la modification du code des obligations [droit de la prescription] du 29 novembre 2013, FF 2014 221, p. 260).

A/3533/2022 - 12/23 -

E. 9.4

L'art. 49 Titre final du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC - RS 210) règle de manière générale les questions de droit transitoire en matière de prescription et a été réécrit lors de la révision du droit de la prescription (Message précité, FF 2014 221, pp. 230 et 231). Depuis le 1er janvier 2020, cet article dispose notamment que lorsque le nouveau droit prévoit des délais de prescription plus longs que l'ancien droit, le nouveau droit s'applique dès lors que la prescription n'est pas échue en vertu de l'ancien droit (al. 1). L'entrée en vigueur du nouveau droit est sans effet sur le début des délais de prescription en cours, à moins que la loi n'en dispose autrement (al. 3). Au surplus, la prescription est régie par le nouveau droit dès son entrée en vigueur (al. 4). Le principe est que le nouveau droit s'applique dès lors qu'il prévoit un délai plus long que l'ancien droit, mais uniquement à la condition que la prescription ne soit pas déjà acquise. En d'autres termes, les délais de prescription en cours sont allongés par le nouveau droit. A contrario, une créance déjà prescrite demeure prescrite (Message précité, FF 2014 221, p. 231). Par ailleurs, même si la prétention bénéficie d'un nouveau délai plus long de prescription, cela n'influence pas le point de départ de la prescription, c'est-à-dire que le délai ne recommence pas à courir au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit. Pour les questions de droit de la prescription autres que celles du début et de la longueur du délai, par exemple les

(nouveaux) motifs de suspension et d'interruption, la renonciation à la prescription ou le droit transitoire, seul le nouveau droit est applicable dès son entrée en vigueur pour la période suivant celle-ci et non rétroactivement. Ainsi, les déclarations de renonciation à la prescription valablement faites sous l'ancien droit restent valables sous l'empire du nouveau droit (Message précité, FF 2014 221, p. 254).

E. 9.5

Les délais prévus par les art. 52 al. 3 aLAVS et 60 al. 1 CO sont des délais de prescription, de sorte qu'ils ne sont pas sauvegardés une fois pour toutes avec la décision relative aux dommages-intérêts ; le droit à la réparation du dommage au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS peut donc aussi se prescrire durant la procédure d'opposition (ATF 135 V 74 consid. 4.2).

E. 9.6

S'agissant de la prescription absolue, selon la jurisprudence rendue à propos de l'ancien droit, le dommage survient 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 193 consid. 2.2 ; 126 V 443 consid. 3a). Ainsi, en matière de cotisations, un dommage se produit au sens de l'art. 52 LAVS lorsque l'employeur ne déclare pas à l'AVS tout ou partie des salaires qu'il verse à ses employés et que, notamment, les cotisations correspondantes se trouvent ultérieurement frappées de péremption selon l'art. 16 al. 1 LAVS. Dans un tel cas, le dommage est réputé survenu au moment de l'avènement de la péremption (ATF 112 V 156 consid. 2 ; arrêt du Tribunal fédéral H 35/06 du 4 octobre 2006 consid. 6). Ce jour marque également celui de la naissance de la créance en réparation et la date à partir de laquelle court le délai de cinq ans (ATF 129 V 193 consid. 2.2 ; 123 V 12

A/3533/2022 - 13/23 - consid. 5c). Un dommage se produit également en cas de faillite, en raison de l'impossibilité pour la caisse de récupérer les cotisations dans la procédure ordinaire de recouvrement. Le dommage subi par la caisse est réputé être survenu le jour de la faillite (ATF 129 V 193 consid. 2.2).

E. 9.7

S'agissant de la prescription relative, le nouveau droit n'a pas modifié son point de départ ; il faut entendre par moment de la « connaissance du dommage », 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 129 V 193 consid. 2.1). En cas de faillite, le moment de la connaissance du dommage correspond en règle générale à celui du dépôt de l'état de collocation, ou celui de la publication de la suspension de la liquidation de la faillite faute d'actif (ATF 129 V 193 consid. 2.3), la date de la publication de cette mesure dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) étant déterminante (arrêt du Tribunal fédéral H 142/03 du 19 août 2003 consid. 4.3 ; ATF 129 V 193 consid. 2.3).

E. 9.8

S'agissant des actes interruptifs de prescription, il résulte de la jurisprudence rendue à propos de l'art. 52 al. 3 aLAVS les éléments qui suivent. Les délais de prescription sont interrompus par les actes énumérés à l'art. 135 CO (applicable par analogie) ainsi que par tous les actes adéquats par lesquels la créance en dommages-intérêts est invoquée de manière appropriée à l'encontre du débiteur (arrêt du Tribunal fédéral 9C_641/2020 du 30

mars 2021 consid. 5.3 et la référence ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_400/2020 du 19 octobre 2020 consid. 3.2.1 et la référence). Tant la décision que l'opposition interrompent les délais de prescription (ATF 135 V 74 consid. 4.2.2). La prescription est notamment interrompue par une action ou une exception devant un tribunal (art. 135 ch. 2 CO par analogie) et recommence à courir lorsque le litige devant l'instance saisie est clos (art. 138 al. 1 CO ; ATF 147 III 419 consid. 5.3.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_906/2017 du 21 juin 2018 consid. 1.2 ; sur l'application par analogie des dispositions générales selon les art. 135 ss CO, cf. ATF 141 V 487 consid. 2.3 et les références ; ATF 135 V 74 consid. 4.2.1 et les références).

E. 9.9

En l'espèce, en application du droit transitoire, la question du point de départ des délais de prescription doit être tranchée à la lumière de l'ancien droit, les faits étant antérieurs à l'entrée en vigueur de l'actuel art. 52 al. 3 LAVS, intervenue le 1er janvier 2020. S'agissant du délai absolu, le dommage est survenu le jour du prononcé de la faillite, soit le 7 septembre 2016, date à laquelle ce délai a donc commencé à courir.

A/3533/2022 - 14/23 - S'agissant du délai relatif, on peut s'interroger sur la question de savoir si le moment déterminant du dies a quo est le jour du dépôt de l'état de collocation par l'office des faillites (25 avril 2017), ou le jour du prononcé de la suspension de la liquidation de la faillite faut d'actif (30 novembre 2016), car cette mesure a ensuite été annulée et la liquidation sommaire ordonnée. Cette question peut cependant demeurer indéterminée puisque, dans les deux cas, la prescription a été interrompue avant l'échéance du délai relatif de deux ans, par le prononcé de la décision de réparation du dommage du 10 octobre 2018. Cet acte a par ailleurs eu pour effet de faire courir de nouveaux délais de prescription (cf. art. 137 al. 1 CO qui prescrit qu'un nouveau délai court dès l'interruption) qui n'étaient pas échus lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit de la prescription, le 1er janvier 2020. Les délais plus longs de prescription de trois ans et dix ans prévus par la nouvelle réglementation se sont par conséquent substitués aux anciens et s'appliquent en l'occurrence. En outre, la prescription ayant été valablement interrompue tant par la décision, l'opposition, la décision sur opposition que durant la procédure de recours qui s'est achevée par l'arrêt du 3 août 2020, et ces actes ayant fait courir de nouveaux délais, la créance de l'intimée n'était pas prescrite lorsqu'elle a rendu une nouvelle décision sur opposition le 26 septembre 2022, soit moins de trois ans après la clôture de la première procédure.

E. 9.10

Par conséquent, la prétention de l'intimée en réparation du dommage à l'encontre du recourant n'est pas prescrite.

E. 10

Il convient à présent d'examiner si les autres conditions de la responsabilité de l'art. 52 LAVS sont réalisées, à savoir si le recourant peut être considéré comme étant « l'employeur » tenu de verser les cotisations à l'intimée, s'il a commis une faute ou une négligence grave et enfin s'il existe un lien de causalité adéquate entre son comportement et le dommage causé à l'intimée.

E. 11

À teneur de l'art. 52 al. 2 LAVS, 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.

E. 11.1

S'agissant de la notion d'« employeur », la jurisprudence considère que, si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom, notamment quand la personne morale n'existe plus au moment où la responsabilité est engagée (ATF 123 V 12 consid. 5b ; 122 V 65 consid. 4a). Le caractère subsidiaire de la responsabilité des organes d'une personne morale signifie que la caisse de compensation ne peut agir contre ces derniers que si le débiteur des cotisations (la personne morale) est devenu insolvable (ATF 123 V 12 consid. 5b). L'art. 52 LAVS ne permet ainsi pas de déclarer l'organe d'une personne morale directement débiteur de cotisations d'assurances sociales. En revanche, il le rend

A/3533/2022 - 15/23 - responsable du dommage qu'il a causé aux différentes assurances sociales fédérales, intentionnellement ou par négligence grave, en ne veillant pas au paiement des cotisations sociales contrairement à ses obligations (arrêt du Tribunal fédéral H 96/05 du 5 décembre 2005 consid. 4.1).

E. 11.2

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 en première ligne les organes statutaires ou légaux de celle-ci, soit les administrateurs, l'organe de révision ou les liquidateurs (ATF 128 III 29 consid. 3a ; Thomas NUSSBAUMER, Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS, in RCC 1991 p. 403). S'agissant plus particulièrement du cas d'une Sàrl, les gérants qui ont été formellement désignés en cette qualité, ainsi que les personnes qui exercent cette fonction en fait, sont soumis à des obligations de contrôle et de surveillance étendues, dont le non-respect peut engager leur responsabilité (art. 827 CO en corrélation avec l'art. 754 CO). Ils 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 (ATF 126 V 237 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral H 252/01 du 14 mai 2002 consid. 3b et consid. 3d, in VSI 2002 p. 176 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_344/2011 du 3 février 2012 consid. 3.2). Ils ont l'obligation de se faire renseigner périodiquement sur la marche des affaires, ce qui inclut notamment la surveillance du paiement des cotisations sociales paritaires ; ils sont tenus en corollaire de prendre les mesures appropriées lorsqu'ils ont connaissance ou auraient dû avoir connaissance d'irrégularités commises dans la gestion de la société (ATF 114 V 219 consid. 4a ; voir également arrêt du Tribunal fédéral 9C_152/2009 du 18 novembre 2009 consid. 6.1, in SVR 2010 AHV n° 4 p. 11).

E. 12

En l'espèce, le recourant était inscrit au RC en qualité d'associé gérant du 30 avril 2013 au 18 novembre 2014, avec signature individuelle. Il disposait donc indéniablement de la qualité d'organe de la société et, à ce titre, peut être recherché par l'intimée pour le non-paiement des cotisations litigieuses.

E. 13

Le recourant revêtant la qualité d'organe formel, il convient maintenant de déterminer s'il a commis une faute qualifiée ou une négligence grave au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS

E. 13.1

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). Il faut donc un manquement d'une certaine gravité. Pour savoir si tel est le cas, il convient de tenir compte de toutes les circonstances du cas concret (ATF 121 V 243 consid. 4b).

A/3533/2022 - 16/23 - 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 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 189). Les faits reprochés à une entreprise ne sont pas nécessairement imputables à chacun des organes de celle-ci. Il convient bien plutôt 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). La négligence grave mentionnée à l'art. 52 LAVS est admise très largement par la jurisprudence (ATF 132 III 523 consid. 4.6). Commet notamment une faute ou une négligence grave, l'organe qui verse des salaires pour lesquels les créances de cotisations qui en découlent de par la loi ne sont pas couvertes (arrêt du Tribunal fédéral 9C_430/2021 du 7 avril 2022 consid. 5.2 et les références).

E. 13.2

La responsabilité d'un administrateur dure en règle générale jusqu'au moment où il quitte effectivement le conseil d'administration et non pas jusqu'à la date où son nom est radié du registre du commerce. Cette règle vaut pour tous les cas où les démissionnaires n'exercent plus d'influence sur la marche des affaires et ne reçoivent plus de rémunération pour leur mandat d'administrateur (ATF 126 V 61 consid. 4a). En d'autres termes, un organe engage sa responsabilité pour les cotisations sociales qui sont venues à échéance entre le moment de son entrée en fonction et celui de sa sortie effective de la société, ainsi que pour les cotisations qui étaient déjà échues lors de son entrée en fonction, soit pendant la durée où il a exercé une influence sur la marche des affaires. Demeurent réservés les cas où le dommage résulte d'actes qui ne déploient leurs effets qu'après le départ du conseil d'administration (arrêt du Tribunal fédéral H 263/02 du 6 février 2003 consid. 3.2).

E. 14

En l'espèce, le recourant ne fait pas valoir directement d'argument permettant de contester qu'il a commis une faute ou une négligence grave en ne s'assurant pas

A/3533/2022 - 17/23 - que les cotisations sociales prévues par la loi étaient réglées. Il a au contraire admis lors de sa première audition qu'en tant qu'associé gérant il avait un regard sur les comptes et les paiements de la société, de sorte qu'il devait avoir connaissance du défaut de paiement des cotisations. De plus, les développements consistant à dire que la société n'a pas réglé toutes les cotisations sociales car la masse salariale mentionnée dans les attestations transmises ne correspondait pas aux salaires réellement dus, compte tenu des décommissions revendiquées par CSS Assurance SA et HELSANA Assurances SA, ne constitue pas un motif justificatif. En effet, il appartenait au recourant, en tant qu'associé gérant de la société, de faire en sorte que le modèle d'affaires de cette dernière lui permette d'acquitter l'ensemble des cotisations sociales calculées sur les salaires versés aux employés. Or, d'après les déclarations du recourant faites en audience, ceux-ci étaient rémunérés uniquement à la commission par la société. Un tel système encourageait selon toute vraisemblance les employés à adopter des pratiques que le recourant a lui-même qualifiées de douteuses, faisant croire aux clients qu'ils signaient des devis à la place de contrats définitifs, qui ont engendré un nombre important d'annulations et, par voie de conséquence, de décommissions. Par ailleurs, même si, selon les déclarations faites en audience, le recourant a tenté de récupérer les commissions indues auprès des employés concernés et a injecté des fonds personnels dans la société afin de lui donner des liquidités, il a commis une faute qualifiée, à tout le moins une négligence grave, en laissant perdurer un système qui impliquait que la société pouvait se retrouver à court de liquidités dans le cas où des décommissions importantes étaient exigées de la part d'assurances partenaires et où elle ne pouvait plus compenser ces montants sur les futurs salaires de ses employés, compte tenu du départ de ceux-ci. Ce risque financier – qui s'est précisément concrétisé – était d'autant plus accru que les commissions étaient versées aux employés dès la signature des polices par les clients, avant même que la société ne les perçoive des différentes compagnies d'assurance. Le recourant devait ainsi être conscient que le mode de fonctionnement de la société créait un risque important concernant le non- paiement des cotisations sociales, ce d'autant plus que, selon ses déclarations, les décommissions constituaient un problème connu de toutes les sociétés de courtage et qu'il était à l'époque des faits facile de retrouver du travail comme courtier en assurances. En somme, l'intimée n'a pas à répondre du modèle d'affaires défectueux de la société gérée par le recourant. Il sera également rappelé que la jurisprudence admet largement la réalisation d'une faute ou d'une négligence grave dans les cas où l'organe verse des salaires pour lesquels les créances de cotisations sociales ne sont pas couvertes. Par ailleurs, la faute – à tout le moins la négligence grave – du recourant est également engagée pour les cotisations sociales de l'année 2012, antérieures à son entrée dans la société en qualité d'associé gérant, dans la mesure où ces cotisations sociales étaient déjà échues lors de sa prise de fonction, de sorte qu'il aurait été en mesure de les acquitter.

A/3533/2022 - 18/23 -

E. 15.1

La responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS suppose enfin un rapport de causalité (naturelle et) adéquate entre la violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions et la survenance du dommage. La causalité est adéquate si, d'après le cours

ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance (ATF 129 V 177 consid. 3.2). L'administrateur d'une société anonyme répond non seulement des cotisations d'assurances sociales courantes, mais également de la dette de cotisations échues avant son entrée dans le conseil d'administration. En effet, selon la jurisprudence, le nouvel administrateur a le devoir de veiller tant au versement des cotisations courantes qu'à l'acquittement des cotisations arriérées, qui sont dues pour la période où il ne faisait pas encore partie du conseil d'administration car il y a dans les deux cas un lien de cause à effet entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations. Ce lien de cause à effet n'existe pas, toutefois, quand un dommage au sens de l'art. 52 LAVS préexiste, parce que la société était déjà insolvable avant l'entrée du nouveau membre au conseil d'administration (ATF 119 V 401 consid. 4 et les références ; arrêts du Tribunal fédéral H 71/05 du 10 août 2006 consid. 5.1 ; H 295/00 du 22 janvier 2001 consid. 6a).

E. 15.2

Le lien de causalité adéquate entre le comportement fautif – soit la rétention des cotisations alors même que les salaires sont versés – et le dommage survenu ne peut pas être contesté avec succès lorsque les salaires versés sont tels que les créances de cotisations qui en découlent directement ex lege ne sont plus couvertes (SVR 1995 AHV n° 70 p. 214 consid. 5; arrêts du Tribunal fédéral H 167/05 du 21 juin 2006 consid. 8 ; H 74/05 du 8 novembre 2005 consid. 4). La causalité adéquate peut être exclue, c'est-à-dire interrompue, l'enchaînement des faits perdant alors sa portée juridique, lorsqu'une autre cause concomitante – la force majeure, la faute ou le fait d'un tiers, la faute ou le fait de la victime – constitue une circonstance tout à fait exceptionnelle ou apparaît si extraordinaire que l'on ne pouvait pas s'y attendre. L'imprévisibilité de l'acte concurrent ne suffit pas en soi à interrompre le rapport de causalité adéquate ; il faut encore que cet acte ait une importance telle qu'il s'impose comme la cause la plus probable et la plus immédiate de l'événement considéré, reléguant à l'arrière-plan tous les autres facteurs qui ont contribué à l'amener, en particulier le comportement de l'auteur (arrêt du Tribunal fédéral H 95/05 du 10 janvier 2007 consid. 4).

E. 16

En l'occurrence, sous l'angle de la causalité, le fait que le recourant soit devenu associé gérant de la société à partir du 30 avril 2013 uniquement, soit à une date à laquelle une partie des cotisations sociales réclamées par l'intimée étaient déjà échues, n'est pas pertinent.

A/3533/2022 - 19/23 - En effet, les faits de la cause ne mettent pas en avant que la société était insolvable lors de l'entrée en fonction du recourant ou qu'elle était alors à court de toutes liquidités, dans une mesure qui ne lui permettait pas d'opérer le paiement des cotisations sociales courantes et échues. Il ressort au contraire de l'audition du recourant que la société était plutôt saine à son arrivée. Par ailleurs, le fait que les anciens salariés de la société n'aient pas remboursé les montants correspondant aux décommissions réclamées par les assurances partenaires, portant sur les contrats qu'ils avaient fait signer et qui avaient par la suite été annulés par les clients, ne permet pas de retenir la faute de tiers interrompant le lien de causalité entre les propres manquements du recourant et le dommage. Cette éventualité du départ de plusieurs collaborateurs n'apparaissait pas si extraordinaire qu'elle

relèguerait à l'arrière-plan la faute du recourant, qui n'a précisément pas pris les mesures pour empêcher le risque de non-paiement des cotisations. Partant, le recourant est responsable de toutes les dettes de cotisations sociales revendiquées par l'intimée, celles-ci étant soit antérieures à son entrée en fonction, soit venues à échéance durant son mandat (cf. art. 34 al. 1 let. a RAVS qui prévoit que les cotisations sont payées par les employeurs chaque mois à la caisse ou par trimestre lorsque la masse salariale n'excède pas CHF 200'000.-).

E. 17.1

Le montant du dommage correspond à celui pour lequel la caisse de compensation subit une perte. Appartiennent à ce montant les cotisations paritaires (cotisations patronales et d'employés ou ouvriers) dues par l'employeur, les contributions aux frais d'administration, les intérêts moratoires, les taxes de sommation et les frais de poursuite (OFAS, Directives sur la perception des cotisations - DP, état au 1er janvier 2023, no 8017 ; ATF 121 III 382 consid. 3/bb). Les éventuelles amendes prononcées par la caisse de compensation ne font pas partie du dommage et doivent le cas échéant être déduites (arrêt du Tribunal fédéral H 142/03 du 19 août 2003 consid. 5.5).

E. 17.2

S'agissant des cotisations dues en vertu de la loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption du 21 avril 2005 (LAMat - J 5 07), par arrêt du 30 janvier 2020, la chambre de céans a jugé qu'il n'existait pas de base légale suffisante pour rechercher les employeurs ou leurs organes pour le dommage résultant du défaut de paiement des cotisations précitées (ATAS/79/2020). L'art. 11A LAMat, entré en vigueur le 1er février 2023, prévoit désormais que l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage au fonds cantonal de compensation de l'assurance-maternité ou à la caisse de compensation AVS est tenu de le réparer. L'article 52 LAVS s'applique par analogie.

E. 17.3

La créance en réparation du dommage fondée sur une décision de paiement rétroactif entrée en force n'est examinée, dans la procédure selon l'art. 52 LAVS,

A/3533/2022 - 20/23 - que s'il y a des éléments pour conclure à une inexactitude évidente des montants fixés (RCC 1991 p. 132). La possibilité pour la société de recourir contre la décision (sur opposition) de cotisations arriérées garantit en effet de manière suffisante que les organes de l'employeur devenu insolvable ne soient pas confrontés à des créances en réparation injustifiées (arrêts du Tribunal fédéral 9C_381/2018 du 6 décembre 2018 consid. 4.1 et 9C_651/2012 du 15 mai 2013 consid. 4.1 et les références). Si la décision de cotisations arriérées est notifiée à une époque postérieure à l'ouverture de la faillite, la possibilité de réexaminer la créance en réparation du dommage quant à son montant reste garantie (VSI 1993 p. 180). De même, une décision de cotisations peut être librement réexaminée dans le cadre de la procédure en réparation du dommage lorsque la personne mise en cause n'était plus organe de l'employeur au moment où la décision a été rendue (ATF 134 V 401).

E. 18.1

En l'espèce, indépendamment de la question des rétro-commissions, il s'agit de distinguer en premier lieu entre les cotisations afférentes à l'année 2012 de celles afférentes à l'année

2013, compte tenu du fait que les premières sont basées sur une décision rectificative qui a été rendue le 4 mars 2014, soit à une époque où le recourant était associé gérant de la société, tandis que les cotisations de l'année 2013 ont été réclamées dans une décision finale datant du 4 avril 2018, à une époque où il n'était plus organe de la société et alors que celle-ci avait été déclarée en faillite. Sous réserve d'une inexactitude manifeste, les cotisations sociales pour l'année 2012 ne peuvent ainsi plus être remises en cause par le recourant qui ne les a pas contestées lorsqu'il était associé gérant de la société, étant précisé que les montants réclamés par l'intimée à l'encontre du recourant à titre de dommage sont identiques à ceux réclamés dans la décision du 4 mars 2014, sauf pour ce qui a trait aux intérêts moratoires (CHF 976.05 au lieu de CHF 602.- réclamés dans la décision précitée) et aux frais de poursuites (CHF 169.90, nouvellement exigés). Le recourant ne conteste néanmoins pas ces montants et ceux-ci semblent corrects, à tout le moins n'apparaissent pas manifestement inexacts. S'agissant des cotisations sociales de l'année 2013, le montant final de celles-ci a été fixé par l'intimée après la sortie du recourant de la société et sa faillite ; l'exactitude de la somme réclamée peut donc être librement revue par la chambre de céans, bien que les premières factures pour ces cotisations-là aient également été rendues avant la fin des fonctions du recourant au sein de la société.

E. 18.2

Le recourant se prévaut du fait que la masse salariale de la société aurait été inférieure à celle prise en compte par l'intimée et ayant servi de base à la fixation du montant des cotisations sociales, dans la mesure où les activités qu'elle réalisait étaient sujettes à de fréquentes décommissions.

A/3533/2022 - 21/23 - L'instruction de la cause, notamment les pièces récoltées auprès de CSS Assurance SA et HELSANA Assurances SA, a en effet démontré que des décommissions avaient été exigées par ces deux assurances à la société, durant la période litigieuse. Ce point n'est par ailleurs pas contesté en tant que tel par l'intimée, même si les parties ne sont pas d'accord sur les montants des décommissions réclamées. Néanmoins, il faut donner raison à l'intimée lorsqu'elle affirme que ce n'est que si les employés remboursent une partie ou l'entier de leur salaire que la décision ayant fixé les cotisations sociales peut être revue à la baisse. En effet, la loi ne laisse pas de marge de manœuvre et prescrit que les cotisations des assurés exerçant une activité lucrative sont perçues sur le revenu de l'activité dépendante, l'employeur devant retenir les cotisations lors de chaque paie et les verser périodiquement, en même temps que la cotisation due par lui-même (art. 5, 12, 13 et 14 al. 1 LAVS ; art. 2 et 3 de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du

E. 18.3

Par ailleurs, comme l'a retenu la chambre de céans dans un arrêt de principe (ATAS779/2020), jusqu'au 31 janvier 2023, il n'existait pas de base légale suffisante pour rechercher un employeur ou ses organes pour le dommage résultant du défaut de paiement des cotisations dues en vertu de la LAMat.

A/3533/2022 - 22/23 - Il apparaît cependant que la demande de réparation du dommage du 10 octobre 2018 notifiée au recourant et les facture de cotisations des 4 mars 2014 et 4 avril 2018 sur lesquelles elle se fonde contiennent des montants dus à titre de la LAMat.

E. 19

Eu égard à ce qui précède, le recours est partiellement admis. La décision du 26 septembre 2022 est annulée et la cause doit être renvoyée à l'intimée, afin qu'elle procède à un nouveau calcul du dommage tenant compte d'une masse salariale rabaissée de CHF 11'599.95 pour l'année 2013, et excluant les cotisations impayées fondées sur la LAMat ainsi que les éventuels autres frais y afférents.

E. 20

Bien que le recourant obtienne partiellement gain de cause, il n'est pas représenté et n'a pas fait valoir de frais engendrés par la présente procédure. Il n'a ainsi pas droit à des dépens, suivant la pratique constante de la chambre de céans (ATAS/595/2022 [arrêt de principe] du 9 juin 2022 consid. 9 ; ATAS/1320/2021 du 16 décembre 2021 [arrêt de principe] consid. 9 ; ATAS/177/2021 [arrêt de principe] du 4 mars 2021 consid. 11 ; ATAS/1001/2022 du 11 novembre 2022 consid. 11). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. fbis LPGA a contrario et 89H al. 1 LPA).

A/3533/2022 - 23/23 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES
SOCIALES : Statuant À la forme :

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