

GE_GERICHTE ATAS/79/2020 vom 30. Januar 2020

GE Cour de justice, 2020-01-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_79_2020

FR: GE_GERICHTE ATAS/79/2020 du 30 janvier 2020

IT: GE_GERICHTE ATAS/79/2020 del 30 gennaio 2020

Regeste

Résumé: Dans sa jurisprudence rendue dans les litiges portant sur la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS, la chambre de céans a, jusqu'à présent, confirmé la responsabilité fondée sur l'art. 52 LAVS pour le dommage lié au défaut de paiement des cotisations dues en vertu de la LAMat, entrée en vigueur le 1er juillet 2005, sans analyser précisément si le renvoi prévu par le nouveau droit cantonal satisfaisait aux exigences découlant du principe de la légalité consacré à l'art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale. La LAMat dispose à son art. 2 que dans la mesure où la loi ne contient pas de dispositions expresses, les dispositions pertinentes de la LAPG, notamment ses articles 16b et suivants, sont applicables par analogie. Les art. 16b à 16h LAPG régissent l'allocation de maternité. Ils définissent notamment les ayants droit, le début et l'extinction du droit et le montant de l'allocation. Par ailleurs, l'art. 21 al. 2 LAPG arrête qu'à moins que cette loi n'en dispose autrement, les dispositions de la LAVS concernant les employeurs, les caisses de compensation, le règlement des comptes et des paiements, la comptabilité, la révision des caisses et le contrôle des employeurs, la Centrale de compensation et le numéro d'assuré sont applicables par analogie. La responsabilité des organes de l'AVS, au sens de l'art. 49 LAVS, est réglée à l'art. 78 LPGA, ainsi qu'aux art. 52, 70 et 71a LAVS, qui s'appliquent par analogie. La LAMat ne reprend donc pas la responsabilité prévue à l'art. 52 LAVS et ne prévoit pas l'application de cette loi par analogie. Elle renvoie uniquement à la LAPG et plus précisément – mais certes non exclusivement – à des dispositions sans lien avec la responsabilité de l'employeur. Ce renvoi en chaîne, qui n'évoque ni la responsabilité de l'employeur, ni même les dispositions matérielles de la LAVS, ne satisfait pas aux exigences découlant du principe de la légalité, notamment en matière de précision et de prévisibilité, et dont le respect doit être apprécié avec rigueur, dès lors que la mesure ici en question est incisive. Par conséquent, si la responsabilité des recourants au sens de l'art. 52 LAVS doit être confirmée, il n'existe toutefois pas de base légale suffisante pour rechercher les employeurs ou leurs organes pour le dommage résultant du défaut de paiement des cotisations dues en vertu de la LAMat.

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 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 pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

E. 2

Interjetés dans les forme et délai prévus par la loi, les recours sont recevables (art. 56ss LPGA). Les recourants ont tous deux pris des conclusions constatatoires tendant à nier leur dette envers l'intimée. Or, les conclusions tendant à l'annulation des décisions englobent ces conclusions constatatoires, qui sont dès lors irrecevables puisqu'elles n'ont qu'un caractère préparatoire. En effet, des conclusions constatatoires ne sont admissibles que s'il existe un intérêt juridique ou de fait digne de protection à ce

A/2550/2018 - 13/27 - qu'elles soient accordées qui ne peut être pleinement sauvegardé par une conclusion formatrice (arrêt du Tribunal fédéral 9C_105/2016 du 5 avril 2016 consid. 1.1).

E. 3

L'objet du litige porte sur la responsabilité des recourants pour le dommage subi par l'intimée du fait du défaut de paiement des cotisations sociales par la société.

E. 4

L'art. 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 et suivants du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS - RS 831.101), prescrit que l'employeur doit déduire, lors de chaque paie, la cotisation du salarié et verser celle-ci à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation. Les employeurs doivent remettre périodiquement aux caisses les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi (ATF 118 V 193 consid. 2a et les références).

E. 5

L'art. 52 LAVS régissant la responsabilité de l'employeur a été modifié le 1er janvier 2020. Eu égard au principe de droit intertemporel selon lequel les dispositions légales applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 445 consid. 1), c'est la teneur de cette disposition en vigueur jusqu'au 31 décembre 2019 qui est applicable au cas d'espèce, et la loi sera citée dans son ancienne version. En vertu de l'art. a52 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 (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).

E. 6

Le délai de prescription de cinq ans prévu à l'art. a52 LAVS débute au moment où survient le dommage. Le dommage ne naît pas dès l'exigibilité des cotisations (Ueli KIESER, Rechtsprechung zur AHV, 3ème éd., n. 116 ad art. 52), mais dès que l'on doit admettre que les cotisations dues ne peuvent plus être recouvrées pour des motifs juridiques ou des motifs

de fait (ATF 126 V 443 consid. 3a). En effet, 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 et les références). Ainsi 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

A/2550/2018 - 14/27 - caisse est réputé survenu le jour de la faillite. Le jour de la survenance du dommage marque celui de la naissance de la créance en réparation (ATF 129 V 193 consid. 2.2). Lorsque la caisse subit un dommage à cause de l'insolvabilité de l'employeur mais en dehors de la faillite de celui-ci, la créance en réparation du dommage prend naissance au moment de la délivrance d'un acte de défaut de biens ou d'un procès-verbal de saisie valant acte de défaut de biens définitif au sens de l'art. 115 al. 1 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP – RS 281.1) (en corrélation avec l'art. 149 LP), soit lorsque le procès-verbal de saisie indique que les biens saisissables sont entièrement défaut (arrêts du Tribunal fédéral des assurances H 188/04 du 28 novembre 2005 consid. 4.1 et H 77/06 du 11 juillet 2007 consid. 5.3). Les délais prévus par l'art. 52 al. 3 LAVS doivent être qualifiés de délais de prescription et non plus de péremption, ils ne sont plus 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 ou la procédure de recours qui s'ensuit (ATF 135 V 74 consid. 4.2.2). Tandis que le juge ne peut interrompre la prescription que par une ordonnance ou une décision, chaque acte judiciaire des parties suffit à produire cet effet (art. 138 al. 1 du Code des obligations [CO – RS 220]). La notion d'acte judiciaire des parties doit être interprétée largement, tout en ayant à l'esprit la ratio legis de la disposition citée, qui est de sanctionner l'inaction du créancier. Il faut donc considérer comme acte judiciaire d'une partie tout acte de procédure relatif au droit invoqué en justice et susceptible de faire progresser l'instance (ATF 130 III 202 consid. 3.2; arrêt du Tribunal fédéral 9C_289/2009 du 19 mai 2010 consid. 4.2). Sont des actes judiciaires les déclarations des parties consignées dans le dossier ou au procès-verbal. Elles doivent être de nature formelle et leur existence doit pouvoir être déterminée sans difficulté (ATF 123 III 213 consid. 6a).

E. 7

Selon la jurisprudence, les personnes qui sont légalement ou formellement organes d'une personne morale entrent en principe toujours en considération en tant que responsables subsidiaires aux conditions de l'art. 52 LAVS. Le Tribunal fédéral a ainsi reconnu la responsabilité non seulement des membres du conseil d'administration, mais également celle de l'organe de révision d'une société anonyme, du directeur d'une société anonyme disposant du droit de signature individuelle, du gérant d'une société à responsabilité limitée ainsi que du président, du directeur financier ou du gérant d'une association sportive (arrêt du Tribunal fédéral 9C_1086/2009 du 15 juillet 2010 consid. 4.2.1). Pour que l'organe, formel ou de fait, soit tenu de réparer le dommage causé à la caisse de compensation en raison du non-paiement des cotisations sociales, il faut que les conditions de l'art. 52 al. 1er LAVS soient réalisées, ce qui suppose que l'organe ait violé intentionnellement ou par une négligence grave les devoirs qui lui

A/2550/2018 - 15/27 - incombent et qu'il existe un lien de causalité adéquate entre le manquement qui lui est imputable et le préjudice subi.

E. 8

La négligence grave mentionnée à l'art. 52 al. 1er LAVS est admise très largement par la jurisprudence. Se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui ne respecte pas la diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie. Dans le cas d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention que la société doit accorder, en tant qu'employeur, au respect des prescriptions de droit public sur le paiement des cotisations d'assurances sociales. Les mêmes exigences s'imposent également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (arrêt du Tribunal fédéral 4C_31/2006 du 4 mai 2006 consid. 4.6). La haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion est une attribution intransmissible et inaliénable du conseil d'administration conformément à l'art. 716a CO (arrêt du Tribunal fédéral 9C_839/2016 du 4 juillet 2017 consid. 5.2). On rappellera ici que les dispositions du droit de la société anonyme concernant la responsabilité des personnes qui ont coopéré à la fondation de la société ou qui s'occupent de la gestion, de la révision ou de la liquidation de la société s'appliquent par analogie à la société à responsabilité limitée, aux termes de l'art. 827 CO. Les associés gérants d'une société à responsabilité limitée 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. 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. C'est ainsi qu'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 (arrêt du Tribunal fédéral 9C_657/2015 du 19 janvier 2016 consid. 5.3). Celui qui appartient au conseil d'administration d'une société et qui ne veille pas au versement des cotisations courantes et à l'acquittement des cotisations arriérées est réputé manquer à ses devoirs (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 96/03 du 30 novembre 2004 consid. 7.3.1 in SJ 2005 I 272). Il en va de même lorsque, en raison de la répartition interne des fonctions administratives, il incombe en premier lieu à certains administrateurs de veiller au paiement des cotisations (arrêts du Tribunal fédéral 9C_961/2012 du 18 mars 2013 consid. 4.2 et 9C_926/2009 du 27 avril 2010 consid. 4.3.3 et les références, arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 40/05 du 29 novembre 2005 consid. 4). Les autres administrateurs n'en sont pas moins tenus de s'enquérir de la situation et de prendre les mesures nécessaires en cas de retard dans le paiement des cotisations (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 262/03 du 14 octobre 2004 consid. 4.2). Le fait que les

A/2550/2018 - 16/27 - organes n'aient pas eux-mêmes la compétence de procéder aux versements n'est pas déterminant (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 77/03 du 18 janvier 2005 consid. 6.4). Une personne qui se déclare prête à assumer ou à conserver un mandat d'administrateur tout en sachant qu'elle ne pourra pas le remplir consciencieusement viole son obligation de diligence (ATF 122 III 195 consid. 3b). Sa négligence peut être qualifiée de grave sous l'angle de l'art. 52 LAVS (ATF 112 V 1 consid. 5b). Tel est le cas d'un homme de paille (arrêt du Tribunal fédéral 9C_722/2015 du 31 mai 2016 consid. 3.3). Notre Haute Cour a en outre eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises qu'un administrateur ne peut s'exonérer de ses responsabilités légales en invoquant son rôle passif

au sein de la société (arrêt du Tribunal fédéral 9C_289/2009 du 19 mai 2010 consid. 6.2; arrêts du Tribunal fédéral des assurances H 87/04 du 22 juin 2005 consid. 5.2.2, H 234/00 du 27 avril 2001 consid. 5d et H 225/00 du 13 février 2001 consid. 3c). La jurisprudence s'est également montrée constante lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité d'administrateurs qui allèguent avoir été exclus de la gestion d'une société et qui s'en sont accommodés sans autre forme de procès (arrêt du Tribunal fédéral 9C_722/2015 du 31 mai 2016 consid. 3.3). Les administrateurs d'une société qui se trouve dans une situation financière désastreuse et qui parent au plus pressé, en réglant les dettes les plus urgentes à l'exception des cotisations sociales, dont l'existence et l'importance leur sont connues, sans qu'ils ne puissent guère espérer, au regard de la gravité de la situation, que la société puisse s'acquitter des cotisations en souffrance dans un délai raisonnable, commettent une négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS (ATF 132 III 523 consid. 4.6). Pour déterminer s'il y a eu négligence grave, il convient de procéder à l'appréciation de l'ensemble des circonstances du cas particulier (arrêt du Tribunal fédéral 9C_817/2008 du 15 janvier 2009 consid. 3.4). La négligence doit être appréciée d'autant plus sévèrement que la structure de l'entreprise est petite et que le nombre de personnes à surveiller est faible (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 65/01 du 13 mai 2002 consid. 5). Dans une petite entreprise à la structure simple, on exigera d'un administrateur unique qu'il garde une vue d'ensemble sur toutes les affaires essentielles de la société quand bien même certaines prérogatives sont assumées par d'autres personnes. Il ne peut déléguer sa responsabilité d'administrateur unique à des tiers (ATF 112 V 1 consid. 2b).

E. 9

La survenance d'un dommage ne suffit pas à conclure à une faute qualifiée au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS. Toutefois, la caisse de compensation qui subit un dommage du fait d'une violation des prescriptions peut partir du principe que l'employeur ou ses organes ont transgressé ces prescriptions de manière intentionnelle ou par négligence grave, lorsqu'il n'existe pas d'indication plaidant en faveur de la licéité de leur comportement (arrêt du Tribunal fédéral 9C_228/2008 du 5 février 2009 consid. 4.2.1). Ainsi, il existe une présomption d'une faute qualifiée de l'employeur

A/2550/2018 - 17/27 - ou de ses organes, ce qui implique un devoir de collaborer accru de la personne recherchée sur ce point. L'employeur et ses organes doivent ainsi procéder aux offres de preuve nécessaires pour exclure une intention ou une négligence grave (arrêt du Tribunal fédéral 9C_325/2010 du 10 décembre 2010 consid. 4.1). Il n'y a pas obligation de réparer le dommage lorsqu'il existe une circonstance justifiant le comportement fautif de l'employeur ou excluant l'intention et la négligence grave. À cet égard, on peut envisager qu'un employeur cause un dommage à la caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions en matière d'AVS, sans que cela entraîne pour autant une obligation de réparer le préjudice. Tel est le cas lorsque l'inobservation des prescriptions en question apparaît, au vu des circonstances, comme légitime ou non fautive (ATF 108 V 189 consid. 2b). Ainsi, il peut arriver qu'en retardant le paiement de cotisations, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie, par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie. Pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'art. 52 LAVS, il faut que l'on puisse admettre que l'employeur avait, au moment où il a pris sa décision, des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable (arrêt du Tribunal fédéral 9C_338/2007 du 21 avril 2008 consid. 3.1). La seule expectativa que la société retrouve un

équilibre financier ne suffit pas ; il faut des éléments concrets et objectifs selon lesquels on peut admettre que la situation économique de la société se stabilisera dans un laps de temps déterminé et que celle-ci recouvrera sa capacité financière (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 163/06 du 11 juin 2007 consid. 4.4). Lorsque l'employeur ne dispose pas des liquidités suffisantes pour s'acquitter des salaires bruts et des cotisations sociales dues, il doit réduire la masse salariale dans une mesure lui permettant de verser les cotisations paritaires sur ces montants (arrêts du Tribunal fédéral des assurances H 69/05 du 15 mars 2006 consid. 5.3.3 et H 21/04 du 29 septembre 2004 consid. 5.2). Un manque de liquidités n'est pas un motif d'exculpation (Ueli KIESER, Rechtsprechung zur AHV, 3ème éd., n. 51 ad art. 52).

E. 10

En ce qui concerne la causalité adéquate, la jurisprudence admet en règle générale un tel lien entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations. Il n'y a pas de lien de causalité lorsque même un comportement conforme au droit n'aurait pas empêché la survenance du dommage (Felix FREY / Hans-Jakob MOSIMANN / Susanne BOLLINGER [éd.], AHVG-IVG, 2018, n. 20 ad art. 52 LAVS ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 77/03 du 18 janvier 2005 consid. 6.5). Au plan temporel, un administrateur ne peut être tenu pour responsable que du dommage résultant du non-paiement des cotisations qui sont venues à échéance et qui auraient dû être versées entre le jour de son entrée effective au conseil d'administration et celui où il a quitté ses fonctions (ATF 134 V 401 consid. 5.1). Ce n'est ainsi pas la date de la radiation de ses pouvoirs au registre du commerce qui est déterminante, pour autant que la personne concernée n'ait plus été en

A/2550/2018 - 18/27 - mesure d'exercer une influence sur la marche des affaires après sa démission et qu'elle n'ait plus perçu de jetons de présence pour sa position d'administrateur (ATF 126 V 61 consid. 4a). Demeurent réservés les cas où le dommage résulte d'actes qui n'ont déployé leurs effets qu'après le départ du conseil d'administration (arrêt du Tribunal fédéral 9C_716/2013 du 30 mai 2014 consid. 4.3.2 et les références). S'agissant des cotisations qui auraient dû être payées avant l'entrée en fonction de l'organe recherché, sa responsabilité est admise s'il existe un lien de causalité entre ses agissements et le dommage (Ueli KIESER, Alters- und Hinterlassenen- versicherung in Soziale Sicherheit, SBVR 3ème éd., 2016, p. 1329 n. 451). Ainsi, le nouveau membre du conseil ne répond pas du dommage déjà subi par la caisse de compensation avant son entrée en fonction. Celui qui devient directeur d'une société anonyme déjà insolvable n'est pas responsable d'un dommage qu'il n'a pas contribué à causer (ATF 119 V 401 consid. 4c).

E. 11

Le dommage selon l'art. 52 LAVS comprend les cotisations impayées dues selon la LAVS, la loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI – RS 831.20) (dont l'art. 66 LAI renvoie à l'art. 52 LAVS), la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (LAPG - RS 834.1) (dont l'art. 21 al. 2 renvoie à l'art. 52 LAVS), la loi fédérale du 20 juin 1952 sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA - RS 836.1) (dont l'art. 25 al. 3 renvoie à l'art. 52 LAVS), la loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales (LAFam - RS 836.2) (dont l'art. 25 let. c renvoie à l'art. 52 LAVS), et la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI - RS 837.0) (dont l'art. 6 renvoie à la LAVS). Le dommage comprend aussi bien la propre cotisation de l'employeur que celle

du salarié. La créance en réparation de la caisse englobe également les intérêts moratoires dus en vertu de l'art. 26 al. 1 LPGA en lien avec l'art. 41bis RAVS jusqu'à la délivrance d'un acte de défaut de biens en cas de poursuite par voie de saisie, les contributions aux frais d'administration des caisses de compensation (art. 69 al. 1 LAVS), les frais de sommation (art. 34a al. 2 RAVS) et les frais de poursuite (Mélanie FRETZ, La responsabilité selon l'art. 52 LAVS : une comparaison avec les art. 78 LPGA et 52 LPP, REAS 2009 p. 240).

E. 12

En l'espèce, il convient en premier lieu d'examiner le grief ayant trait à la prescription de la créance invoqué par M. A_____. Ce dernier affirme que l'intimée connaissait son dommage le 27 septembre 2013 déjà, date à laquelle elle l'avait averti d'une possible dénonciation aux autorités pénales. Or, le dommage naît lorsque la société n'est plus en mesure de payer, ce qui n'était nullement établi à cette date. Le retard de paiement et le non-respect des prescriptions en matière de déclaration et règlement des cotisations ne signifiaient en effet pas encore que la société ne serait pas en mesure de régler ses arriérés, ou même qu'une éventuelle poursuite s'avérerait infructueuse. Ce dommage a été

A/2550/2018 - 19/27 - connu au moment de la délivrance des actes de défaut de biens, soit le 30 octobre 2014. La décision en réparation à l'encontre de M. A_____ ayant été notifiée le 27 septembre 2016, elle est intervenue dans le délai relatif de deux ans dès la connaissance du dommage prévu à l'art. a52 al. 3 LAVS, et a ainsi valablement interrompu la prescription. Le nouveau délai qui a commencé à courir à cette date a été interrompu avant son expiration par la décision du 22 juin 2018, laquelle a également eu pour effet de faire débiter un nouveau délai, non échu à ce jour. Ce moyen doit dès lors être rejeté.

E. 13

Sur le fond, les recourants ne contestent – à juste titre – pas avoir été les organes formels de la société pendant les périodes déterminantes pour lesquelles ils sont recherchés. Leur argumentation consiste essentiellement à invoquer le fait qu'ils n'auraient en pratique pas géré la société, administrée par M. C_____. Or, comme cela ressort de la jurisprudence ci-dessus, le fait de ne pas exercer la surveillance en matière de règlement des cotisations qui leur incombe en qualité d'associés gérants relève précisément d'une négligence grave au sens de la loi, engageant leur responsabilité. On notera que dans le cas concret, une surveillance était d'autant plus exigible que la société ne comptait que deux associés durant les périodes déterminantes et avait un faible nombre d'employés. L'admission par M. C_____, dans son courriel du 24 mars 2017, que M. B_____ n'était pas responsable de la dette de la société envers l'intimée ne suffit pas non plus à éluder sa responsabilité, engagée en raison de son contrôle défaillant sur les obligations de la société en matière de paiement des cotisations (cura in custodiendo). Les recourants ne sauraient pas non plus se dédouaner de leurs obligations de contrôle et de surveillance en invoquant la répartition interne à la société des tâches administratives, comme on l'a vu. En ce qui concerne plus particulièrement le mandat d'administrateur à titre fiduciaire de M. B_____, notre Haute Cour a souligné que lorsque ce mandat a pour seul but de permettre au conseil d'administration, dans le cas d'une société anonyme, de satisfaire aux exigences légales en matière de domiciliation en Suisse de ses membres – exigence qui a motivé la conclusion d'une convention de fiducie dans le cas d'espèce – n'est pas un motif de suppression ou d'atténuation de la faute commise (arrêt du Tribunal fédéral 9C_295/2009 du 19 mai 2010 consid. 6. 2). Pour le surplus, M. B_____ semble soutenir qu'il n'avait pas de pouvoir de

décision, MM. A_____ et C_____ se chargeant des relations avec l'intimée. Comme on l'a vu, cela ne le dispensait pas de procéder à des contrôles sur le règlement des cotisations. Quant à l'absence d'accès aux services électroniques de l'intimée, elle est sans pertinence dans l'examen de sa responsabilité, conformément à la jurisprudence. M. B_____ n'allègue d'ailleurs pas qu'il aurait sans succès cherché à obtenir des droits d'accès aux services de l'intimée. Durant la procédure devant la chambre de céans, M. B_____ semble en outre affirmer qu'il n'aurait en réalité pas failli à ses obligations, soutenant qu'il aurait vainement tenté

A/2550/2018 - 20/27 - de faire en sorte que les gérants de la société s'acquittent des charges sociales. Cette assertion contraste singulièrement avec la version donnée notamment dans son courrier du 26 octobre 2016 dans le cadre de la procédure d'opposition, selon laquelle il n'avait pas été impliqué dans la gestion de la société. Or, selon le principe de la « déclaration de la première heure » développé par la jurisprudence et applicable de manière générale en assurances sociales, en présence de deux versions différentes et contradictoires d'un fait, la préférence doit être accordée à celle que l'intéressé a donnée alors qu'il en ignorait peut-être les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être consciemment ou non le résultat de réflexions ultérieures (ATF 121 V 45 consid. 2a ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_663/2009 du 1er février 2010 consid. 3.2). Quoi qu'il en soit, force est de constater que le recourant n'expose pas en quoi auraient consisté ses efforts et n'offre aucune pièce corroborant ses dires, malgré son devoir de collaborer accru en la matière, de sorte qu'on ne saurait s'en tenir à ces allégations nouvelles. S'agissant plus particulièrement des arguments de M. A_____, ce dernier ne peut tirer argument de l'ordonnance de non-entrée en matière le concernant. En effet, les infractions visées par l'art. 87 LAVS – sur lesquelles portait la dénonciation de l'intimée – sont des délits intentionnels (ATF 113 V 256 consid. 3c), alors qu'une négligence grave suffit à engager la responsabilité d'un organe selon l'art. 52 LAVS. Or, c'est précisément une telle négligence, liée à l'omission de verser les cotisations paritaires ou d'en contrôler le paiement, qui est reprochée au recourant en l'espèce. M. A_____ ne peut pas non plus se prévaloir de la convention passée avec M. C_____, stipulant qu'il devait s'acquitter uniquement des frais de comptabilité. D'une part, les cotisations sociales ne sont pas mentionnées dans cet accord, de sorte qu'on ne peut en inférer que M. C_____ devait les régler. D'autre part, même s'il fallait considérer ce document comme un engagement de M. C_____ à verser les cotisations en souffrance, il s'agit là d'un contrat auquel l'intimée n'est pas partie et qui ne saurait l'engager (res inter alios acta). Le contenu de cette convention n'a ainsi aucun effet libératoire pour M. A_____ (cf. dans une situation similaire arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 209/00 du 28 avril 2003 consid. 7.2.2). M. A_____ allègue par ailleurs que lors de sa démission effective, il n'était pas certain que les cotisations ne seraient pas payées. Cet argument tombe à faux. En effet, comme cela ressort de la jurisprudence constante, l'administrateur commet une négligence s'il ne s'assure pas du règlement des cotisations échues et qui deviennent exigibles durant son mandat. Dans le cas contraire, seuls les organes en fonction au moment où l'employeur devient insolvable répondraient du dommage causé, ce qui serait contraire aux principes régissant la responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS et permettrait aux administrateurs d'éluder partiellement les obligations que leur confère la loi (cf. art. 716a CO et 826 CO).

A/2550/2018 - 21/27 - M. A_____ reproche également à l'intimée d'avoir renoncé à une saisie des biens de la société en mai 2013, ce qui aurait diminué son dommage. En premier

lieu, il n'est pas établi que les réquisitions de poursuite se seraient révélées fructueuses. Par ailleurs, en toute hypothèse, une faute concomitante d'une caisse de compensation n'a pas d'incidence sur l'obligation de l'employeur ou de ses organes de veiller au versement des cotisations, si bien que même une négligence grave de la caisse de compensation n'interrompt pas le lien de causalité entre la négligence grave ou la faute de l'employeur ou de ses organes et le dommage subi de ce fait (Marco REICHMUTH, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, 2008, n. 791). Compte tenu de ce qui précède, c'est à juste titre que l'intimée a admis la responsabilité tant de M. B_____ que de M. A_____. On ajoutera encore qu'au plan temporel, l'intimée a exigé de M. B_____ la réparation du dommage résultant de l'intégralité des cotisations impayées. Elle a recherché M. A_____ pour le dommage résultant du non-paiement des cotisations pendant la durée de ses fonctions au sein de la société. Sur ce point, ses décisions satisfont aux principes régissant la délimitation temporelle de la responsabilité des organes rappelés ci-dessus.

E. 14

Il convient encore d'examiner les griefs de M. A_____ quant à certains postes du dommage. Ce recourant conteste d'abord devoir des intérêts moratoires, affirmant qu'il n'y a pas de base légale pour leur perception. Il suffit cependant de rappeler ici que si la créance en réparation du dommage au sens de l'art. 52 LAVS ne porte pas intérêt (ATF 119 V 78 consid. 5), le dommage lui-même inclut les intérêts prévus par l'art. 26 LPGA en cas de retard dans le paiement des cotisations. Quant aux frais d'administration, ils sont prévus à l'art. 69 LAVS, qui prévoit en substance que les caisses de compensation perçoivent des contributions de leurs affiliés pour couvrir ces frais. Contrairement à ce qu'allègue M. A_____, les frais administratifs réclamés sur opposition ont diminué par rapport au montant initialement exigé à ce titre, qui s'élevait à CHF 277.20 dans la décision du 27 septembre 2016. Ils ne relèvent pas de frais liés à la procédure d'opposition, gratuite en vertu de l'art. 52 al. 3 LPGA. Sa critique ne résiste ainsi pas à l'examen. En ce qui concerne le montant du dommage allégué en lien avec le défaut de paiement des cotisations à l'assurance-maternité cantonale, malgré la modicité des montants en cause et bien que les recourants n'aient pas remis en cause dans leurs recours respectifs le calcul de l'intimée en tant qu'il porte sur les cotisations impayées, la chambre de céans applique le droit d'office en vertu de l'art. 61 let. d LPGA (Jean METRAL in Commentaire romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales, 2018, n. 74 ad. art. 61 LPGA). a. Le principe de la légalité, consacré à l'art. 5 al. 1 de la Constitution (Cst – RS 101), signifie que le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat. Il revêt

A/2550/2018 - 22/27 - une importance particulière en droit fiscal, où il est érigé en droit constitutionnel indépendant à l'art. 127 al. 1 Cst. Cette norme - qui s'applique à toutes les contributions publiques, tant fédérales que cantonales ou communales - prévoit en effet que les principes généraux régissant le régime fiscal, notamment la qualité de contribuable, l'objet de l'impôt et son mode de calcul, doivent être définis par la loi. Si cette dernière délègue à l'organe exécutif la compétence d'établir une contribution, la norme de délégation ne peut constituer un blanc-seing en faveur de cette autorité (ATF 135 I 130 consid. 7.2). Ce principe est applicable par analogie aux autres prestations pécuniaires (ATF 134 I 179 consid. 6.1). En d'autres termes, l'exigence d'une base légale ne concerne pas que le rang de la norme - à savoir celui d'une loi formelle en cas de restrictions graves - mais s'étend à son contenu, qui doit être suffisamment clair et précis (arrêt du Tribunal fédéral 1C_60/2018 du 25 octobre 2018 consid. 3.1). Le principe de la légalité exige, dans l'intérêt de la sécurité du

droit et de l'égalité de traitement, une précision suffisante et appropriée des règles de droit à appliquer. Toutefois, cette exigence ne peut être comprise en termes absolus et permet au législateur d'utiliser des termes généraux et relativement vagues dont l'interprétation et l'application doivent être laissées à la pratique. Le degré de précision requis ne peut être déterminé dans l'abstrait mais dépend, entre autres, de la diversité des états de fait à régler, de la complexité et de la prévisibilité de la décision à rendre dans le cas d'espèce, des destinataires de la norme, et de la gravité de l'atteinte aux droits constitutionnels (ATF 138 I 378 consid. 7.2). En matière de contributions publiques, les conditions de perception de la contribution doivent être énoncées de manière suffisamment précise pour empêcher l'autorité d'application de disposer d'une marge de manœuvre excessive et permettre aux administrés d'en apprécier les conséquences financières éventuelles et d'adapter leur comportement en connaissance de cause (ATF 133 V 402 consid. 3.2). En cas de renvoi d'un texte législatif à une autre réglementation, il est possible qu'une telle référence conduise à une restriction d'une liberté fondamentale, telle que, par exemple, la liberté économique. Il convient dès lors de tenir compte du principe de la légalité au moment d'introduire un renvoi (Guide de législation 2019 édité par l'Office fédéral de la justice, n. 742). b. En matière de responsabilité de l'employeur pour le dommage subi en raison du non-paiement de cotisations d'assurance, les principes qui précèdent ont été concrétisés comme suit. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LAFam au 1er janvier 2009, l'octroi d'allocations familiales – hors du domaine de l'agriculture – était réglé par le droit cantonal. Les cantons ont réglé la responsabilité de l'employeur en cas de non-paiement des cotisations afférentes à ces prestations de quatre manières différentes : renvoi général à l'application par analogie des normes de la LAVS ; renvoi à l'application par analogie de la LFA s'agissant de l'exécution de la loi cantonale ; renvoi exprès à l'art. 52 LAVS (solution choisie par le législateur genevois) ; et disposition cantonale à la teneur analogue à l'art. 52 LAVS (Marco REICHMUTH, op. cit., nn.

A/2550/2018 - 23/27 - 377-384). Selon la doctrine, une base légale doit être prévue par le droit cantonal pour rechercher l'employeur responsable du dommage lié au non-paiement des cotisations, et un renvoi général aux dispositions de la LAVS applicables à titre supplétif n'est pas suffisant (Ulrich KIESER, Streifzug durch das Familienzulagenrecht in RSAS 1995 pp. 281-283). La jurisprudence a également eu l'occasion de souligner que l'art. 52 LAVS ne concerne pas les cotisations d'allocations familiales de droit cantonal en l'absence de disposition analogue, ni les cotisations dues à l'institution de prévoyance. S'il existe incontestablement un intérêt à réclamer la réparation du dommage relatif aux cotisations en matière d'allocations familiales, il n'appartient pas aux tribunaux d'instituer des responsabilités pour lesquelles il n'existe pas de base légale (SVR 1997 AHV N° 128 consid. 5). En revanche, elle a considéré qu'un renvoi général aux normes de la LAVS était un renvoi dynamique (sur cette notion, se référant le plus souvent à des normes émanant d'organismes privés, cf. ATF 136 I 316 consid. 2.4.1), et qu'il n'était pas arbitraire en cas de renvoi par la législation cantonale aux dispositions de la LAVS, déclarées applicables par analogie, de retenir que la responsabilité prévue par l'art. 52 LAVS portait également sur les cotisations relatives aux allocations familiales dues en vertu du droit cantonal (par exemple arrêts du Tribunal fédéral 9C_720/2008 du 7 décembre 2009 consid. 5.5.3 dans une cause zurichoise, et 2P.284/1998 du 21 février 2001 consid. 4b/bb rendu dans une cause nidwaldienne). Elle a aussi admis que le renvoi de la LACI aux dispositions de la LAVS suffisait à fonder la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS pour l'omission de s'acquitter des contributions dues en vertu de cette loi (ATF 113 V 186

consid. 4b). Notre Haute Cour a également examiné l'art. 28 de la loi zougnoise sur les allocations familiales, dont l'alinéa premier a la teneur suivante : « Soweit dieses Gesetz den Vollzug nicht abschliessend regelt, finden die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Familienzulagen in der Landwirtschaft als ergänzendes Recht Anwendung. », ce qui peut être traduit par « Pour autant que la présente loi ne règle pas son exécution de manière exhaustive, les dispositions de la loi fédérale sur les allocations familiales dans l'agriculture sont applicables à titre de droit supplétif ». Elle a retenu que la loi zougnoise ne contient pas de disposition sur la responsabilité, mais un renvoi dynamique à une autre législation, ce qui est problématique eu égard aux exigences de précision de la base légale et de répartition démocratique des compétences, lorsque le droit auquel il est renvoyé contient des dispositions qui, compte tenu de leur signification pour la situation juridique des justiciables, doivent être prévues par une loi ou être démocratiquement légitimes. Un tel renvoi peut toutefois constituer des bases légales suffisantes à certaines conditions. Il faut pour cela qu'il soit suffisamment clair et dénué d'ambiguïté. Dans le cas d'espèce, la norme zougnoise se distingue de la disposition du canton de Nidwald ayant fait l'objet de la jurisprudence précitée, en tant qu'elle renvoie non pas à la LAVS, mais à la LFA. Un tel renvoi indirect est encore plus problématique au regard du principe de la légalité. De plus, la notion d'exécution (Vollzug), tant dans son acception tant juridique que dans le langage

A/2550/2018 - 24/27 - quotidien, ne recouvre pas une norme de droit matériel instituant une responsabilité. En outre, le droit cantonal des allocations familiales et la LAVS, de rang fédéral, ne présentent pas un lien de connexité suffisant pour renoncer à une base légale claire. Le Tribunal fédéral a conclu que l'art. 28 de la loi cantonale zougnoise ne constitue pas une base légale suffisante pour réclamer l'indemnisation du préjudice résultant du non-paiement de cotisations sociales selon le droit cantonal (ATF 134 I 179 consid. 6.4). De manière générale, dans le domaine de la procédure en réparation du dommage prévue par le droit des assurances sociales, les questions réglées par le droit cantonal ne sont pas à ce point subordonnées à celles de droit fédéral que des voies de droit distinctes ne se justifient pas (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 142/04 du 12 août 2005 consid. 1). On peut en outre rappeler que le principe de la légalité s'applique en matière de responsabilité publique, qui ne peut être engagée que si une norme le prévoit (sur cette question, cf. Pierre MOOR / Etienne POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3ème éd., Berne 2011, pp. 880-887). Or, l'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de remettre les décomptes est une tâche de droit public (ATF 137 V 51 consid. 3.2), et la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS est une responsabilité de droit public pour faute (Thomas NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, AJP 1996 p. 1073). c. La loi genevoise instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (LAMat – RSG J 5 07) est entrée en vigueur le 1er juillet 2001. Cette loi visait à pallier le rejet populaire de l'assurance-maternité fédérale, que la population genevoise avait massivement approuvée, avec 74.3 % de votes favorables, en instituant une allocation pour perte de gain en cas de maternité (allocation de maternité) ou en cas de placement d'un enfant en vue de son adoption (allocation d'adoption) (Projet de loi sur l'assurance-maternité [PL 8204] et exposé des motifs, Mémorial du Grand Conseil, MGC 2000 20/IV 3148). Le financement était prévu par le prélèvement de cotisations sous forme de supplément aux cotisations AVS sur le revenu d'une activité lucrative, dont le taux était fixé par le Conseil d'État (cf. art. 2 al. 3 et 5 aLAMat). L'art. 18 let. d aLAMat prévoyait l'application par analogie de la législation sur l'AVS à la procédure, à la responsabilité et à l'exécution, en particulier s'agissant de la responsabilité de l'employeur. Le 1er juillet

2005, la LAMat a subi une refonte totale afin de s'adapter au nouveau droit fédéral, lequel prévoyait dès cette date des allocations de maternité en suite de la modification de la LAPG et remplaçait en grande partie les prestations alors servies en vertu du droit cantonal. Par conséquent, il fallait adapter le droit cantonal au nouveau droit fédéral pour maintenir les acquis genevois dans le domaine de la maternité et de l'adoption (Exposé des motifs du projet de loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption [PL 9499], Mémorial du Grand Conseil, MGC 2004-2005/VI A 4438-4439). Le financement des prestations prévues reste identique à celui prévu par l'ancienne loi.

A/2550/2018 - 25/27 - La LAMat dans sa nouvelle teneur dispose à son art. 2 que dans la mesure où la loi ne contient pas de dispositions expresses, les dispositions pertinentes de la LAPG, notamment ses articles 16b et suivants, sont applicables par analogie. L'exposé des motifs précise au sujet de cet article que les prestations prévues par le présent projet de loi correspondent aux compétences réservées au canton en vertu de l'article 16h LAPG. Dans l'exercice de ses compétences, le canton doit toutefois s'aligner, pour le surplus, sur le droit fédéral. Par conséquent, le droit cantonal ne contiendra que les dispositions indispensables, et pour tout le reste, il y aura application par analogie du droit fédéral, en vertu du renvoi général prévu par la présente disposition (Exposé des motifs, MGC 2004-2005/VI A 4440). Les art. 16b à 16h LAPG régissent l'allocation de maternité. Ils définissent notamment les ayants droit, le début et l'extinction du droit et le montant de l'allocation. L'art. 21 al. 2 LAPG arrête qu'à moins que cette loi n'en dispose autrement, les dispositions de la LAVS concernant les employeurs, les caisses de compensation, le règlement des comptes et des paiements, la comptabilité, la révision des caisses et le contrôle des employeurs, la Centrale de compensation et le numéro d'assuré sont applicables par analogie. La responsabilité des organes de l'AVS, au sens de l'art. 49 LAVS, est régie à l'art. 78 LPGA, ainsi qu'aux art. 52, 70 et 71a LAVS, qui s'appliquent par analogie. d. Dans sa jurisprudence rendue dans les litiges portant sur la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS, la chambre de céans a confirmé la responsabilité fondée sur l'art. 52 LAVS pour le dommage lié au défaut de paiement des cotisations dues en vertu de la aLAMat, au vu du renvoi de l'art. 18 let. d aLAMat (par exemple ATAS/61/2006 du 18 janvier 2006 consid. 6). Sous l'empire de la nouvelle LAMat, la chambre de céans a poursuivi sa pratique, sans analyser précisément si le renvoi prévu par le nouveau droit cantonal satisfaisait aux exigences découlant du principe de la légalité. Cependant, comme on l'a vu, la LAMat ne reprend pas la responsabilité prévue à l'art. 52 LAVS et ne prévoit pas l'application de cette loi par analogie. Elle renvoie uniquement à la LAPG, et plus précisément – mais certes non exclusivement – à des dispositions sans lien avec la responsabilité de l'employeur. Contrairement à l'ultime détermination de l'intimée, la chambre de céans considère que ce renvoi en chaîne, qui n'évoque ni la responsabilité de l'employeur, ni même les dispositions matérielles de la LAVS, ne satisfait pas aux exigences découlant du principe de la légalité, notamment en matière de précision et de prévisibilité, et dont le respect doit être apprécié avec rigueur, dès lors que la mesure ici en question est incisive. Le cadre légal est ainsi similaire à celui qu'a examiné le Tribunal fédéral dans l'arrêt précité portant sur la disposition zougnoise. Force est ainsi de constater que si la responsabilité de MM. A _____ et B _____ au sens de l'art. 52 LAVS doit être confirmée, comme on l'a vu, il n'existe pas de

A/2550/2018 - 26/27 - base légale suffisante pour rechercher les employeurs ou leurs organes pour le dommage résultant du défaut de paiement des cotisations dues en vertu de

la LAMat.

E. 15

Eu égard à ce qui précède, les recours sont très partiellement admis, et les causes seront renvoyées à l'intimée pour nouveaux calculs du dommage excluant les cotisations impayées découlant de la LAMat, les intérêts moratoires et frais administratifs afférents à ces montants, et nouvelles décisions sur ce point. Les recourants obtenant très partiellement gain de cause, l'intimée leur versera à chacun un montant de CHF 100.- à titre de dépens (art. 61 let. g LPGA). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/2550/2018 - 27/27 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant Conformément à l'art. 133 al. 2 LOJ À la forme : 1. Déclare irrecevables les conclusions constatatoires formulées par les recourants. 2. Déclare les recours recevables pour le surplus. Au fond : 3. Admet très partiellement les recours de M. A_____ et de M. B_____. 4. Annule les décisions de l'intimée du 22 juin 2018. 5. Renvoie les causes à l'intimée pour nouveaux calculs et nouvelles décisions au sens des considérants. 6. Condamne l'intimée à verser CHF 100.- à M. A_____ et CHF 100.- à M. B_____, à titre de dépens. 7. Dit que la procédure est gratuite. 8. 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

E. 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 30'000 francs (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

Nathalie LOCHER

La présidente

Doris GALEAZZI 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.