

# **GE\_GERICHTE ATAS/860/2021 vom 24. August 2021**

GE Cour de justice, 2021-08-24, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_860\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_860_2021)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/860/2021 du 24 août 2021

IT: GE\_GERICHTE ATAS/860/2021 del 24 agosto 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a. 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

### **E. 6**

octobre 2000 (LPGA – RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS – RS 831.10). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie, le recours étant dirigé contre une décision rendue sur opposition fondée sur la LAVS. b. 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. L'art. 52 al. 5 LAVS doit être compris en ce sens que les actions en réparation du dommage contre les personnes morales et leurs organes doivent être ouvertes au for du siège de la société, respectivement au for du siège qui était le sien avant la faillite, ceci indépendamment du domicile des organes recherchés (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 184/06 du 25 avril 2007 consid. 2.3). Dès lors que la société avait son siège dans le canton de Genève avant sa faillite, la chambre de céans est également compétente *ratione loci*.

A/3167/2020 - 7/16 - c. Le recours a été interjeté en temps utile (art. 60 LPGA), dans le respect des exigences de forme et de contenu prévues par la loi (art. 61 let. b LPGA ; cf. aussi art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA – E 5 10). Touché par la décision attaquée et ayant un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification, le recourant a qualité pour recourir (art. 59 LPGA). Son recours est donc recevable. 2. L'objet du litige porte sur la responsabilité du recourant pour le dommage subi par l'intimée du fait du défaut de paiement des cotisations sociales par la société. 3. 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). 4. 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 (art. 52 aLAVS). En vertu de l'art. 52 aLAVS, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse de compensation est tenu à réparation (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). 5. À titre liminaire, il convient d'examiner si la prétention de la caisse est prescrite. Les délais prévus par l'art. 52 al. 3 aLAVS doivent être qualifiés de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux

A/3167/2020 - 8/16 - préparatoires de la LPG (SVR 2005 AHV n° 15 p. 49 consid. 5.1.2 ; FF 1994 V 964 ; FF 1999 p. 4422). Alors que le délai de prescription de deux ans commence à courir dès la connaissance du dommage, celui de cinq ans débute, en revanche, dès la survenance du dommage (ATF 129 V 193 consid. 2.2). Cela signifie qu'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 aLAVS 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). 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 195 consid. 2.2 ; 126 V 444 consid. 3a ; 121 III 384 consid. 3bb). Tel sera le cas lorsque des cotisations sont frappées de péremption, ou 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 au moment de l'avènement de la péremption ou le jour de la faillite ; 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 de l'ancien art. 82 al. 1 in fine RAVS (ATF 129 V 195 consid. 2.2 ; 123 V 16 consid. 5c). Selon la jurisprudence rendue à propos de l'ancien art. 82 al. 1 RAVS, et valable sous l'empire de l'art. 52 al. 3 aLAVS (arrêt du Tribunal fédéral H.18/06 du

## **E. 8**

Il s'agit d'examiner à présent si le recourant a violé intentionnellement ou par négligence grave les devoirs lui incombant et s'il existe un lien de causalité naturelle et adéquate entre le manquement qui lui est imputable et le préjudice subi par l'intimée.

## **E. 9**

La négligence grave mentionnée à l'art. 52 al. 1 aLAVS 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). Dans le cadre de l'exercice de cette haute surveillance, l'administrateur répond de la cura in custodiendo. C'est ainsi qu'il a non seulement le devoir d'assister aux séances du conseil d'administration, mais également l'obligation de se faire renseigner périodiquement sur la marche des affaires. Il est tenu de prendre les mesures appropriées lorsqu'il a connaissance ou aurait dû avoir connaissance d'irrégularités commises dans la gestion de la société. Ce devoir de surveillance incombe à tous les membres du conseil d'administration, nonobstant le mode de répartition interne des tâches au sein du conseil d'administration (ATF 114 V 219 consid. 4a ; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_926/2009 du 27 avril 2010 consid. 4.3.3 et les références).

A/3167/2020 - 11/16 - 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). La négligence grave est également donnée lorsque l'administrateur n'assume pas son mandat dans les faits. Ce faisant, il n'exerce pas la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, attribution incessible et inaliénable du conseil d'administration conformément à l'art. 716a CO. 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 aLAVS (ATF 112 V 1 consid. 5b). Un administrateur, dont la situation est à cet égard proche de celle de l'homme de paille, 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 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 87/04 du 22 juin 2005 consid. 5.2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 234/00 du 27 avril 2001 consid. 5d). L'administrateur qui, de facto, est exclu de la gestion doit s'efforcer de manière d'autant plus durable d'avoir accès aux livres de compte (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_289/2011 du 8 juillet 2011 consid. 4.2). Commet également une faute grave l'organe qui verse des salaires pour lesquels les créances de cotisations qui en découlent de par la loi ne sont pas couvertes (SVR 1995 AHV n° 70 p. 214 consid. 5 ; voir également l'arrêt du Tribunal fédéral 9C\_338/2007 du 21 avril 2008 consid. 3.1) ou celui qui ne démissionne pas de ses fonctions alors qu'il se trouvait, en raison de l'attitude de tiers, dans l'incapacité de prendre les mesures qui s'imposaient s'agissant du paiement des cotisations ou qui se trouvait dans l'incapacité d'exercer son devoir de surveillance (cf. par exemple : arrêt du Tribunal fédéral 9C\_344/2011 du 3 février 2012 consid. 4.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_289/2009 du 19 mai 2010 consid. 6.2 ; arrêt du Tribunal fédéral

9C\_351/2008 consid. 5.2 et arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 224/06 du 10 décembre 2007 consid. 6).

#### **E. 10**

décembre 2007 consid. 4.1). Le fait de s'alarmer de la situation, de négocier avec les créanciers ou encore de tabler sur la promesse d'un actionnaire majoritaire ne sont pas des circonstances qui feraient apparaître comme légitime ou non fautive l'inobservation par un administrateur des prescriptions en matière d'AVS (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 163/00 du 19 octobre 2000 consid. 3b).

#### **E. 11**

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

A/3167/2020 - 13/16 - 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 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 (cf. Ueli KIESER, Alters- und Hinterlassenen- versicherung, in Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3ème éd., 2016, p. 1329 n. 451). Ainsi, celui qui entre au conseil d'administration d'une société a le devoir de veiller tant au versement des cotisations courantes qu'à l'acquittement des cotisations arriérées, pour une période pendant laquelle 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 (RCC 1992 p. 262 consid. 7b).

#### **E. 12**

En l'espèce, la société ne s'est pas acquittée entièrement des cotisations dues pour la période de février 2015 à novembre 2016. Ce faisant, elle a violé les prescriptions découlant des art. 14 al. 1 LAVS en lien avec les art. 34ss RAVS, commettant ainsi un acte illicite au sens de l'art. 52 LAVS. Selon la jurisprudence, il s'ensuit que la commission d'une faute qualifiée (intention ou négligence grave) de l'employeur ou de ses organes est présumée (cf. ci-dessus : consid. 10a). Cette présomption s'applique également au demandeur puisqu'il assumait les mandats d'administrateur et de président de la société au moment où les cotisations précitées sont arrivées à échéance ou étaient déjà échues pour les plus anciennes d'entre elles.

### **E. 13**

Pour renverser la présomption d'une faute qualifiée le concernant, le recourant soutient qu'il a exercé son mandat « à titre honorifique », voire de « marionnette » et que le système de gouvernance mis en place par M. B\_\_\_\_\_ faisait que ce dernier était le seul, avec M. J\_\_\_\_\_, à être réellement conscient de la situation économique de la société, au point que le recourant ne savait pas lui-même, jusqu'à réception du courrier de l'intimée du 11 décembre 2015, que les charges sociales n'étaient pas payées. Il précise dans son recours que si MM. B\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_ n'ont pas formé opposition aux décisions en réparation du dommage les concernant, pas plus qu'ils n'auraient cherché à l'accabler, ce n'était pas par « bonté de cœur ou distraction » mais parce qu'ils étaient (et se sentaient) responsables de la situation. En argumentant de la sorte, le recourant oublie que la mesure de la diligence lui incombant personnellement ne se mesure pas à l'aune du regard porté par les autres

A/3167/2020 - 14/16 - membres du conseil d'administration – dont MM. C\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ – sur leurs propres agissements, respectivement les actions ou omissions de leurs pairs, mais à la lumière de leur statut d'organe formel et ce, indépendamment de la répartition interne des tâches entre eux (cf. l'arrêt 9C\_926/2009 précité, consid. 4.3.3). En endossant les fonctions d'administrateur et de président de la société à partir du 23 juin 2015, le recourant aurait dû non seulement se renseigner périodiquement sur la marche des affaires mais aussi surveiller le paiement des cotisations paritaires (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C\_657/2015 du 19 janvier 2006 consid 5.3) et prendre les mesures appropriées pour que le paiement des cotisations sociales en souffrance soit effectué (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_80/2017 du 31 mai 2017 consid. 5.2). On rappellera qu'est précisément constitutive d'une négligence grave la passivité d'un administrateur en la matière. En conséquence, s'il s'estimait tenu à l'écart, dans les faits, de la gestion opérationnelle, le recourant aurait dû s'efforcer d'autant plus d'avoir accès aux livres de compte (cf. l'arrêt 9C\_289/2011 précité, consid. 4.2), ou même démissionner s'il se trouvait, en raison de l'attitude de M. B\_\_\_\_\_ (ou d'autres personnes), dans l'incapacité d'exercer son devoir de surveillance ou de prendre les mesures qui s'imposaient en matière de paiement des cotisations (cf. ci-dessus : consid. 9).

### **E. 14**

Compte tenu des développements qui précèdent, le comportement et les omissions du recourant sont bel et bien constitutifs d'une négligence grave. Celle-ci présente en outre un lien de causalité adéquate avec le dommage dans la mesure où il ne se serait pas produit si le recourant avait fait preuve de la diligence requise dans la surveillance du paiement des cotisations paritaires. Partant, le recourant doit être tenu pour responsable du dommage subi par l'intimée en raison du non-paiement des cotisations dues et exigibles à son entrée en fonction et échues au terme de son mandat. En l'espèce, le recourant ne remet pas en cause la somme réclamée à ce titre, qui s'élève à CHF 103'192.45, ce montant incluant les frais administratifs, de sommation, de poursuite et les intérêts moratoires, ce qui est conforme aux prescriptions en vigueur (cf. les directives sur la perception des cotisations dans l'AVS, AI et APG [DP], ch, 8016 et 8017), sous réserve des précisions qui suivent.

### **E. 15**

Dans un arrêt de principe du 31 janvier 2020, la chambre de céans a rappelé que 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. Elle a ensuite constaté

que la loi genevoise instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (LAMat – RSG J 5 07) ne reprend pas la responsabilité prévue à l'art. 52 aLAVS et ne prévoit pas non plus l'application de cette loi par analogie. En renvoyant uniquement à 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), et plus précisément – mais certes non exclusivement – à des dispositions sans lien avec la responsabilité de l'employeur, la LAMat n'évoque ni la responsabilité de l'employeur, ni même les dispositions matérielles de la LAVS, de sorte qu'elle ne satisfait pas aux exigences découlant du principe de la légalité, notamment en A/3167/2020 - 15/16 - matière de précision et de prévisibilité, et dont le respect doit être apprécié avec rigueur, dès lors que la condamnation à la réparation du dommage résultant du défaut de paiement des cotisations sociales constitue une mesure incisive (ATAS/79/2020 du 31 janvier 2020).

#### **E. 16**

Force est ainsi de constater que si la responsabilité du recourant doit être confirmée, il n'existe pas de base légale suffisante pour le rechercher pour le dommage résultant du défaut de paiement des cotisations dues en vertu de la LAMat. Bien que l'intimée en ait tenu compte dans la décision querellée, la chambre de céans n'en constate pas moins que la réduction de CHF 546.80 accordée par rapport à la décision initiale correspond simplement aux montants dus au titre des cotisations d'assurance-maternité (cf. la décision du 11 février 2019). En raisonnant de la sorte, l'intimée omet d'exclure les intérêts moratoires et frais administratifs afférents à ces montants.

#### **E. 17**

Eu égard à ce qui précède, le recours est très partiellement admis, la décision du 11 septembre 2020 annulée et la cause renvoyée à l'intimée pour nouveau calcul du dommage excluant les intérêts moratoires et frais administratifs afférents aux cotisations LAMat, et nouvelle décision sur ce point.

#### **E. 18**

Le recourant n'étant pas représenté, il n'y a pas lieu de lui octroyer des dépens (art. 61 let. g LPGa a contrario). Pour le surplus, la procédure est gratuite. \*\*\*\*\*

A/3167/2020 - 16/16 - 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.