

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1829/2015

ATAS/816/2015

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 28 octobre 2015

5^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à MANNENS, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître BOVET Hervé

recourant

contre

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA
FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES FER CIAM
106.1, sise rue de Saint-Jean 98, GENEVE

intimée

Madame B_____, domiciliée à NYON

appelée en
cause

Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et Monique STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Le 17 février 2009, la société C_____ Sàrl (ci-après: la société), avec siège dans le canton de Fribourg, a été inscrite au registre du commerce. Son but était de fournir toutes prestations administratives et fiduciaires en relation avec une activité commerciale ou non, mettre à disposition les moyens d'assurer de telles prestations, pratiquer la location de services et de ressources humaines. Madame B_____ était l'associée-gérante et présidente de la société avec signature individuelle depuis sa création. Monsieur A_____ (ci-après l'intéressé ou le recourant) était inscrit au registre du commerce comme associé-gérant avec signature individuelle depuis sa création jusqu'au 15 novembre 2011, puis comme associé sans signature, suite à sa démission de la qualité d'associé-gérant communiquée au registre du commerce le 29 septembre 2011. Depuis décembre 2012, la société n'avait plus de personnel.
2. Le 27 juin 2011, le Service public de l'emploi du canton de Fribourg a communiqué à la société avoir pris bonne note de ce que celle-ci avait cessé toute activité dans le domaine de location de services depuis le 1^{er} janvier 2011, et a supprimé l'autorisation d'exploiter une agence de location de services, délivrée le 7 juin 2010, avec effet au 9 juin 2011, tout en conservant, en vertu de la loi, la garantie de CHF 50'000.-, fournie par la société, jusqu'au 9 juillet 2012.
3. La société ayant eu des difficultés à régler les factures de cotisations sociales, elle a fait l'objet de poursuites par la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des entreprises romandes FER CIAM 106.1 (ci-après : la caisse). Dans le cadre de celles-ci, plusieurs actes de défaut de biens ont été délivrés à cette dernière en mai 2012, juin et octobre 2013.
4. Sur l'acte de défaut de biens du 4 juin 2013, il est indiqué que l'office des faillites a interrogé l'associée-gérante de la société. Celle-ci avait cessé son activité le 1^{er} octobre 2012 et ne possédait plus de bureau, ayant résilié le bail des locaux à Villars-sur-Glâne pour le 1^{er} octobre 2012 et celui des locaux à Mies pour le 1^{er} novembre 2012. Le mobilier et le véhicule de la société n'avaient pas de valeur de marché. La société ne possédait ni bien immobilier, ni actions ou participations dans d'autres sociétés et ses comptes bancaires étaient vides. Les créances de la société avaient été saisies dans le cadre de poursuites antérieures. Il est également indiqué dans l'acte de défaut de biens, sous « Observations/Bemerkungen du 29.08.2012 » que la société était toujours en activité, selon Mme B_____. La comptabilité 2011 n'était pas terminée et la facturation n'était pas à jour. La continuation de l'activité de la société était possible grâce à l'aide financière du beau-frère de l'associée-gérante. La société avait un seul client.
5. Par courrier du 24 juillet 2013, la caisse a invité la société à lui faire parvenir une proposition de paiement de la somme due de CHF 39'449.25, dont la part dite pénale s'élevait à CHF 17'123.40.

6. Par courriers du 9 septembre 2013, la caisse a donné un ultime délai à Mme B_____ et à l'intéressé pour régler la part pénale, avant de les dénoncer auprès du Procureur général.
7. Le 4 octobre 2013, l'intéressé a été entendu par la caisse. Il a indiqué avoir créé la société avec Mme B_____ et qu'il avait eu une pleine confiance en cette dernière. Il avait quitté la société lorsqu'il avait créé sa propre société, D_____ SA. A ce moment, Mme B_____ avait les liquidités nécessaires pour payer les cotisations sociales. Il y avait également un « compte caution » d'environ CHF 50'000.-, raison pour laquelle il ne comprenait pas pourquoi les cotisations sociales n'avaient pas été réglées. Pendant son activité pour la société, l'intéressé avait eu accès au « compte débiteur » à partir duquel Mme B_____ faisait des virements vers un autre compte qu'elle utilisait pour effectuer les paiements. L'intéressé avait disposé des clés des bureaux. Il proposait un paiement mensuel de CHF 500.- par mois.
8. Par décision du 28 novembre 2013, la caisse a réclamé à l'intéressé, conjointement et solidairement avec Mme B_____, la somme de CHF 21'395.15, correspondant aux cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC et aux cotisations dues au régime des allocations familiales impayées pour septembre à décembre 2010 et janvier à octobre 2011, ainsi que les cotisations paritaires d'assurance-maternité pour septembre à décembre 2010 et janvier à avril 2011. Par décision de la même date, la caisse a demandé à Mme B_____, conjointement et solidairement avec son associé à concurrence de CHF 21'395.15, le paiement de la somme de CHF 38'086.70 correspondant aux mêmes périodes et jusqu'à la date de la faillite de la société, à titre de réparation de son dommage en raison des cotisations impayées.
9. Le 9 décembre 2013, l'intéressé a formé opposition à la décision le concernant, par l'intermédiaire de son conseil, en concluant à son annulation. Il a allégué avoir été lié à la société par un contrat de travail à temps partiel du 1^{er} janvier 2009 au 31 janvier 2011. Il avait réalisé un revenu de CHF 5'000.- de janvier à décembre 2009, de CHF 3'673.20 en octobre 2010, de CHF 3'673.20 en novembre 2010 et de CHF 5'983.20 en décembre 2010. A partir du 1^{er} janvier 2011, la société avait cessé l'activité de location de services et il n'avait plus exercé une quelconque activité pour la société, ni n'avait accès à ses locaux, à sa correspondance et à ses comptes. Par ailleurs, Mme B_____ avait été la seule personne à gérer la société et l'intéressé n'avait eu aucun pouvoir décisionnel à l'interne. Au demeurant, il n'avait pas de raison de penser que les cotisations sociales n'étaient pas payées, au vu des documents comptables en octobre 2010 et le solde sur le compte bancaire au 15 mars 2011. Pour le surplus, l'intéressé a fait valoir que la créance était prescrite, dès lors que les cotisations étaient échues depuis plus de deux ans. En outre, la situation obérée de la société était connue par la caisse. Le montant de CHF 21'395.15 comprenait enfin des frais et autres accessoires qui n'entraient pas dans le dommage.
10. Par décision du 16 octobre 2014, le président du Tribunal civil de la Sarine à Fribourg a prononcé la faillite de la société.

11. Par décision du 15 mai 2015, la caisse a partiellement admis l'opposition de l'intéressé et réduit sa prétention à CHF 19'757.70, en renonçant à lui réclamer les dommages-intérêts pour octobre 2011, puisqu'il avait démissionné de ses fonctions le 29 septembre 2011. Elle a indiqué que Mme B_____ n'avait pas formé opposition à la décision la concernant. Le délai de prescription était respecté, dans la mesure où la connaissance du dommage datait de la notification de l'acte de défaut de biens, soit en l'occurrence au plus tôt le 30 mai 2012. Le simple fait de ne pas avoir eu de raison de penser que les cotisations sociales n'étaient pas payées ne suffisait pas pour disculper l'intéressé, dès lors qu'il avait été formellement associé-gérant de la société. Sa responsabilité d'organe durait jusqu'à fin septembre, même s'il avait arrêté de travailler le 1^{er} janvier 2011, selon ses déclarations.
12. Par acte du 29 mai 2015, l'intéressé a formé recours contre cette décision, par l'intermédiaire de son conseil, en concluant à son annulation. Il a répété n'avoir eu aucun pouvoir décisionnel matériel et n'avoir pris aucune décision dans la conduite de la société. Il n'était pas admissible de s'en tenir à la simple inscription ressortant du registre du commerce, selon laquelle il était associé-gérant. En effet, depuis janvier 2011, il avait cessé sa fonction apparente de directeur.
13. Dans sa réponse du 9 juillet 2015, la caisse a conclu au rejet du recours. En tant qu'associé-gérant, le recourant devait se tenir au courant et le cas échéant demander à Mme B_____, ou directement à la caisse, toute information utile au sujet du paiement des cotisations. Il devait en outre être considéré comme un organe de la société, étant inscrit comme tel au registre du commerce.
14. Par ordonnance du 13 juillet 2015, la chambre de céans a appelé en cause Mme B_____.
15. Auditionné le 30 septembre 2015 par la chambre de céans, le recourant a notamment déclaré ce qui suit:

" En décembre 2010, Mme B_____ était enceinte de sept mois. Alors même que j'avais cessé de travailler pour C_____ SARL à ce moment, j'ai reporté la communication de ma démission au Registre du commerce en raison de la grossesse de Mme B_____. Elle a accouché en février 2011. Par la suite, aucune assemblée générale n'avait été organisée. J'ai par ailleurs appris que la société était en retard pour le paiement des cotisations sociales. J'avais essayé de contacter à ce sujet Mme B_____, mais c'était difficile. C'est alors que j'ai décidé d'informer le Registre du commerce de ma démission comme associé-gérant. Par ailleurs, l'organe de révision a également démissionné, en l'absence de l'organisation d'une assemblée générale.

Il y avait un compte séparé pour l'activité de location de services et de personnel, pour laquelle j'avais été actif dans la société. J'avais la signature sur ce compte. Le 15 mars 2011, j'ai rendu la carte bancaire. A ce moment, il y avait encore suffisamment d'argent sur ce compte pour le paiement des cotisations sociales. Par ailleurs, un montant important avait été versé à ce titre précédemment. Je n'avais

aucune raison de penser que les charges sociales ne seraient pas payées et j'avais également une pleine confiance en Mme B_____.

Il est vrai qu'on me réclame également les cotisations impayées pour la période qui a commencé à courir à partir de septembre 2010. Cela m'étonne beaucoup. Je n'étais pas au courant d'un retard de cotisations pour 2010. Il devait s'agir de montants dérisoires."

"Je n'avais jamais vu les décomptes de cotisations. Mme B_____ gérait le paiement de celles-ci seule. Je n'avais d'ailleurs jamais payé une facture pour la société."

"Je n'ai pas vraiment contrôlé combien de charges sociales devaient encore être payées pour l'activité de location de services. Je m'étais uniquement fondé sur le tableau Excel que Mme B_____ m'avait soumis et sur lequel figuraient le montant des charges sociales encore à payer et les paiements effectués. Je n'ai pas eu l'idée de me renseigner directement auprès de la caisse."

L'intimée a indiqué à cette audience que les cotisations dues à fin décembre 2010 s'élevaient à CHF 50533.25, mais que la facture y relative n'avait été établie qu'en juin 2011, sur la base d'une déclaration de salaires signée en avril 2011.

Quant à l'appelée en cause, elle a confirmé que le recourant s'était uniquement occupé du secteur de la location de services dans le cadre de la société et que cette activité avait été abandonnée par celle-ci fin décembre 2010, dès lors que les conditions qu'elle avait offertes au recourant pour la continuer ne lui avaient pas convenu. Elle avait tardé à communiquer au registre du commerce la fin de la fonction d'associé-gérant avec signature individuelle du recourant, en raison du fait qu'il fallait encore établir les décomptes finaux de cette activité au 31 décembre 2010. En raison de sa maternité, cela avait été retardé. Toutefois, le recourant avait continué à utiliser la carte Maestro de la société encore jusqu'en mars 2011. Elle avait fait au recourant une avance de CHF 110'000.- en janvier 2011, afin qu'il puisse payer les salariés de sa nouvelle société. Selon les déclarations du recourant, cette somme lui était due à titre de vacances transitoires, d'heures supplémentaires et de charges sociales. L'appelée en cause ne se rappelait plus pourquoi l'argent sur le compte utilisé pour l'activité de location de services n'avait pas été affecté au paiement des cotisations encore dues.

16. A l'issue de cette audience, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

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) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011, 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.

2. Déposé dans les délai et forme prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA et art. 38A al. 1 de la loi cantonale sur les allocations familiales du 1^{er} mars 1996 - LAF, RS 1 5 10 - et art. 89b al. 1 de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 - LPA ; RS E 5 10).
3. Le litige porte sur la responsabilité du recourant dans le préjudice causé à l'intimée en raison du non-paiement des cotisations sociales pendant la période de septembre 2010 à septembre 2011 (AVS-AI-APG et AC ainsi qu'AMat et AF).
4. a) L'art. 14 al. 1^{er} LAVS en corrélation avec les art. 34 et suivants 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. A 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 118 V 193 consid. 2a).
5. Selon l'art. 52 LAVS, dans sa teneur valable dès le 1^{er} 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).

6. a. La nouvelle teneur de l'art. 52 al. 2 LAVS, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2012, codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral relatif à l'art. 52 LAVS dans son ancienne teneur, jurisprudence selon laquelle notamment, 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).

Selon la jurisprudence (ATF 126 V 237), la personne qui occupe, au sein d'une société à responsabilité limitée, une position correspondant à celle d'un gérant est soumis à des obligations de contrôle et de surveillance étendues, dont le non-respect peut engager sa responsabilité (art. 827 en corrélation avec l'art. 754 CO).

L'art. 52 LAVS vise en première ligne les organes statutaires ou légaux de la société, soit les administrateurs, l'organe de révision ou les liquidateurs (ATF 128 III 29 consid. 3a).

b. 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 administrateur ne peut être tenu pour responsable que du dommage résultant du non-paiement de cotisations qui sont venues à échéance et auraient dû être versées entre le jour de son entrée effective au conseil d'administration et celui où il a quitté effectivement ces fonctions, 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 des assurances H 263/02 du 6 février 2003 consid. 3.2).

7. En l'occurrence, il n'est pas contesté que le recourant était un organe formel de la société. A ce titre, il est dès lors responsable du paiement des cotisations paritaires dues.

Se pose toutefois la question de savoir à quel moment il a effectivement quitté ses fonctions. Le recourant a à cet égard déclaré avoir cessé de travailler pour la société fin décembre 2010, soit au moment où celle-ci a cessé toute activité dans le domaine de location de services. Cela est confirmé par l'appelée en cause et résulte également du courrier du 27 juin 2011 du Service public de l'emploi du canton de Fribourg. Partant, il y a lieu de considérer que le départ effectif du recourant est en principe le 1^{er} janvier 2011 et non pas le 29 septembre 2011, lorsqu'il a communiqué sa démission au registre du commerce.

Tout au plus pourrait-il être considéré que le recourant est encore resté actif dans la société jusqu'au moment où il a restitué, en mars 2011, la carte Maestro afférant au compte de la société auprès du Crédit Suisse, lequel servait à l'activité de location de services. Cependant, au vu de ce qui suit, cette question peut rester ouverte.

8. 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).

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 (cf. arrêt du TFA H 96/03 du 30 novembre 2004, in SJ 2005 I p. 272, consid. 7.3.1). La négligence grave mentionnée à l'art. 52 LAVS est admise très largement par la jurisprudence (ATF 132 III 523 consid. 4.6). Selon la pratique, 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. Par exemple, les administrateurs d'une société qui se trouve dans une situation financière désastreuse, qui parant au plus pressé, en réglant les dettes les plus urgentes à l'exception des dettes de 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 (cf. ATF 108 V 183 consid. 2 p. 188 s.), commettent une négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS (arrêt du 5 mars 1996 in SVR 1996 AHV no 98 p. 299, consid. 3; cf. ATF 108 V 189 consid. 4). Un administrateur ne peut se libérer de sa responsabilité en se bornant à soutenir qu'il n'a jamais participé à la gestion de l'entreprise, qu'il n'a participé à la fondation de cette dernière qu'à titre fiduciaire et qu'il n'a jamais perçu de rémunération, prétendant ainsi n'avoir joué qu'un rôle subalterne, car cela constitue déjà en soi un cas de négligence grave (cf. notamment RCC 1992 p. 268-269 consid. 7b, 1989 p. 115-116 consid. 4; ATF A du 21 mai 2003, H 13/03).

9. En l'espèce, il appert que les cotisations impayées afférentes à la période de septembre à décembre 2010, que l'intimé réclame au recourant dans le cadre de la présente procédure, n'étaient échues qu'en juin 2011, lorsque l'intimée a envoyé à la société la facture y relative en date du 6 juin 2011. Partant, le recourant, qui a quitté la société au plus tard en mars 2011, n'était plus responsable du paiement de ces cotisations.

Certes, il lui appartenait néanmoins à son départ de s'assurer que la société disposait encore des liquidités nécessaires pour payer les cotisations paritaires afférentes aux salaires déjà versés. Toutefois, cela était le cas, dès lors que le compte bancaire auprès du Crédit Suisse qui servait à la gestion de l'activité de location de services, présentait un solde positif de CHF 73'491.83 au 15 mars 2011. De surcroît, la société devait encore récupérer en juin 2012 la caution de CHF 50'000.- du Service public de l'emploi. Le recourant pouvait ainsi considérer que la société disposait largement des sommes suffisantes pour payer les cotisations de CHF 5'533.25

relatives aux salaires déjà versés, mais dont la société n'avait pas encore reçu la facture à son départ.

Concernant la période de janvier à mi-mars 2011, un décompte complémentaire de cotisations de CHF 5'966.40 pour janvier à avril n'a été adressé à la société que le 4 mai 2011, comme cela résulte du dossier produit par l'intimé (pièce 9). Ainsi, même en admettant que le départ de ce dernier n'était effectif que le 15 mars 2011, il ne pourrait être tenu responsable du paiement de ces cotisations, dès lors qu'elles n'étaient pas encore échues. De surcroît, la société disposait également des liquidités nécessaires pour s'acquitter du montant d'environ CHF 6'000.- supplémentaire.

Par conséquent, la responsabilité du recourant pour le non-paiement des cotisations litigieuses n'est pas engagée.

10. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et la décision querellée annulée.
11. Le recourant obtenant gain de cause, l'intimée sera condamnée à lui verser une indemnité de CHF 2'000.- à titre de dépens.

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision du 15 mai 2015.
4. Condamne l'intimée à verser au recourant une indemnité de CHF 2'000.- à titre de dépens.
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); 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

La présidente

Diana ZIERI

Maya CRAMER

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