

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/542/2012

ATAS/1148/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 24 septembre 2012

9ème Chambre

En la cause

Monsieur I _____, domicilié aux Acacias

Recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,
sise Service juridique; Route de Chêne 54; Case postale, 1211
Genève 6

Intimé

Madame J _____, domiciliée à Chêne-Bougeries, comparant
avec élection de domicile en l'étude de Me Oliver WEHRLI

Appelée en
cause

**Siégeant : Florence KRAUSKOPF, Présidente; Christine TARRIT-DESHUSSES et
Jean-Pierre WAVRE, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Monsieur I _____ a été directeur du « X _____ SA » du 22 avril 2008 au 28 mai 2009. Son contrat de travail prévoyait qu'il était engagé en tant que "Directeur de l'établissement, responsable de l'exploitation". Il percevait un salaire de 1'600 fr. brut par mois. Ses horaires de travail allaient de 23h à 2h du matin. Il disposait de la signature collective à deux.
2. La société X _____ SA, qui comptait une douzaine d'employés, est tombée en faillite le 15 septembre 2009. Elle ne s'est acquittée que partiellement des cotisations sociales, un solde de 13'374 fr. 75 restant dû au moment de la faillite. Deux actes de défaut de biens ont été établis le 17 mai 2010 pour cette créance.
3. Par décision du 18 juillet 2011, la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION (ci-après: la Caisse) a requis du directeur le paiement de la somme de 6'463 fr. 20, correspondant aux cotisations des trois premiers mois de 2009, majorées des frais et intérêts.
4. Le même jour, la Caisse a réclamé le paiement de la somme de 13'374 fr.75 à Madame J _____, membre du conseil d'administration de la société précitée.
5. Le 17 janvier 2012, la Caisse a rejeté l'opposition formée par le directeur. Celui-ci devait être considéré comme organe de la société, quand bien même il ne disposait que de la signature collective à deux.
6. Par recours expédié le 16 février 2012 au greffe de la Cour de justice, le directeur recourt contre cette décision, dont il demande l'annulation. Il expose ne pas avoir eu la qualité d'employeur entre le 1^{er} novembre 2006 et le 31 juillet 2010 ni de directeur de la société. Son contrat de travail ne portait que sur la responsabilité de l'exploitation pour le service des patentes; sa rémunération était de 1'600 fr. par mois. S'il avait été responsable de la société, il n'aurait pas été licencié sans raison. L'administratrice encaissait les recettes et considérait qu'elle dirigeait seule la société. Des explications devaient être requises de celle-ci et du comptable.

Le recourant produit copie de son contrat de travail et de la lettre de résiliation.

7. La Caisse conclut au rejet du recours. Elle indique que l'administratrice n'a pas fait opposition à la décision qui lui a été notifiée et que le recouvrement suit son cours.
8. Par ordonnance du 1^{er} juin 2012, l'administratrice a été appelée en cause et un délai lui a été imparti pour se déterminer.
9. L'administratrice ne s'est manifesté dans le délai prescrit, mais s'est fait représentée par son conseil à l'audience, qui s'est tenue le 3 septembre 2012 devant la Cour. A cette occasion, ce dernier a indiqué avoir beaucoup de peine à joindre sa cliente. A

sa connaissance, une audience de faillite personnelle de sa cliente s'était tenue le 27 août 2012; il ignorait toutefois l'issue de cette procédure.

La caisse a relevé que le commandement adressé à l'administratrice en recouvrant de la créance n'avait pas pu être notifié.

Le recourant a exposé qu'il était voisin de commerce avec l'appelée en cause depuis environ dix ans. Il avait accepté de mettre à disposition sa patente de cafetier-restaurateur. L'administratrice refusant de faire figurer son nom en tant qu'exploitant de la patente sur la porte d'entrée du club, il avait consulté le service du commerce, qui lui avait conseillé de démissionner. Il avait toutefois reçu son congé avant d'avoir démissionné. Il a précisé avoir demandé les pièces comptables à l'administratrice au travers de la fiduciaire. Il s'était rendu "quasiment" tous les jours au club. Il ignorait qui était l'organe de révision, de sorte qu'il n'était pas intervenu auprès de celui-ci pour obtenir les pièces comptables.

La Cour a indiqué aux parties qu'elle se renseignerait sur la suite donnée à la requête de faillite. Si celle-ci n'avait pas été prononcée, la présente procédure se poursuivrait. Dans le cas inverse, elle serait suspendue.

Le témoin convoqué, l'ancienne employée K_____, n'a pas pu être atteinte.

10. Par courrier du 7 septembre 2012, les parties ont été informées du fait que la faillite personnelle de l'appelée en cause n'avait pas été prononcée, celle-ci s'étant acquitté du montant en poursuite à la base de la requête en faillite. La présente cause était donc 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; RS 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). La Cour est donc compétente à raison de la matière.

Formé dans la forme et le délai prescrits, le recours est recevable (art. 60 et 61 let. b LPGA).

2. Est litigieuse la question de savoir si le recourant doit répondre du non paiement des charges sociales de X_____ SA du 1^{er} janvier au 31 mars 2009.
 - 2.1 En vertu de l'art. 52 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. 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. L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. Celui qui néglige de l'accomplir enfreint par conséquent les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 193 consid. 2a).

Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom. 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). 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, du gérant d'une société à responsabilité limitée ainsi que du président, du directeur financier ou du gérant d'une association sportive (ATF H 34/04 du 15 septembre 2004, consid. 5.3.1 et les références). Un directeur de société a généralement la qualité d'organe en raison de l'étendue des compétences que cette fonction suppose (ATF 104 II 197 consid. 3b). La responsabilité incombe donc à toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation de la société, à savoir celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante. Dans cette dernière éventualité, il faut cependant que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, en d'autres termes qu'elle ait exercé effectivement une influence sur la marche des affaires de la société (ATF 132 III 523 consid. 4.5; 128 III 29 consid. 3a; ATF 9C_1086/2009 du 15 juillet 2010, consid. 4.2.2).

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. 1^{er} LAVS soient réalisées, ce qui suppose que l'organe ait violé intentionnellement ou par une négligence grave les devoirs qui lui incombent et qu'il existe un lien de causalité adéquate entre le manquement qui lui est imputable et le préjudice subi. La négligence grave 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 (ATF 4C_31/2006 du 4 mai 2006, 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 (ATF 9C_817/2008 du 15 janvier 2009, consid. 3.4).

2.2 En l'espèce, le recourant a mis sa patente de cafetier-restaurateur à disposition de la société faillie. Le contrat de travail, qu'il a signé, indique qu'il était "directeur de l'établissement, responsable de l'exploitation", activité pour laquelle il devait percevoir une rémunération de 1'600 fr. par mois. Lors de l'audience qui s'est tenue par devant la Cour de céans, le recourant a déclaré qu'il se rendait presque tous les jours dans les locaux du club, dont il était voisin. Ces éléments démontrent que le recourant doit être considéré comme un organe de fait, quand bien même il ne disposait pas de la signature individuelle. En effet, compte tenu de son cahier des charges et de sa présence quotidienne dans le club, qui ne comptait qu'une douzaine d'employés, il convient de retenir que le recourant était dans une position lui permettant d'exercer une influence décisive sur la formation de la volonté sociale, qui dépassait celle de la simple gestion des affaires courantes.

Contrairement à ce qu'il laisse entendre dans son recours, son rôle ne se limitait nullement à la simple mise à disposition de sa patente de cafetier-restaurateur. Au contraire, l'exploitation du club, dont il était formellement chargé, impliquait qu'il veille à ce que les emplois soient déclarés aux autorités et les charges sociales versées. Le recourant n'a décidé de démissionner de sa fonction qu'à la suite du fait que l'administratrice ne faisait pas figurer son nom en tant qu'exploitant sur la plaquette de l'établissement. Il n'a pas requis directement les pièces comptables à l'administratrice, mais s'est uniquement adressé à cet égard à la fiduciaire. Par ailleurs, il n'a pas tenté non plus de vérifier auprès de l'organe de révision si les cotisations sociales étaient prélevées et acquittées et l'intimée a indiqué, sans être contredite, ne pas avoir été sollicitée par le recourant. De telles démarches, pourtant aisées à entreprendre auraient permis d'éviter que le dommage, dont l'intimée demande la réparation, se produise, à tout le moins en partie.

Partant, la décision de la caisse de le rechercher pour une partie des charges sociales impayées était justifiée. Le recours sera ainsi rejeté.

3. La procédure est gratuite.

* * *

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Selon l'art. 85 LTF, s'agissant de contestations pécuniaires, le recours est irrecevable si la valeur litigieuse est inférieure à 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

La présidente

Brigitte BABEL

Florence KRAUSKOPF

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