

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1908/2021

ATAS/176/2024

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 20 mars 2024

Chambre 8

En la cause

A_____

représentée par Me Enis DACI, avocat

recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION

intimée

**Siégeant : Laurence PIQUEREZ, Présidente; Anny FAVRE, Michael RUDERMANN,
Juges assesseurs**

EN FAIT

- A. a.** À teneur du registre du commerce du canton de Genève (ci-après : RC), A_____ (ci-après : l'assurée) était, du 26 février 2010 au 27 août 2019, associée-gérante et présidente de B_____ Sàrl (ci-après : la société) pour 26 parts de CHF 1'000.- avec signature individuelle. Cette dernière société a pour but l'« exploitation de cafés, restaurant et hôtels ; importations et exportation de produits relatifs à la restauration ; service traiteur ». Son capital social est constitué de 26 parts de CHF 1'000.- chacune. C_____, père de l'intéressée, en était gérant durant la même période avec signature individuelle. Il ne détenait aucune part du capital social.

D'après les statuts de la société du 22 février 2010, « le droit de cote de chaque associé se détermine en fonction de la valeur nominale des parts qu'il détient. Chaque associé a droit à une voix au moins » (art. 20). « Les gérants sont notamment compétents pour fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier (...) et pour exercer la surveillance sur les personnes chargées de parties de la gestion, pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données » (art. 24 al. 2 ch. 3 et 4).

Le 27 août 2019, le capital social de la société a été racheté par D_____ SA et l'inscription de l'assurée en tant qu'associée-gérante présidente avec signature individuelle a été radiée.

b. En date du 20 février 2018, la caisse cantonale de compensation (ci-après : la caisse) a émis une facture finale portant sur les cotisations salariales du 1^{er} janvier au 31 décembre 2017, pour un montant total de CHF 71'429.85, frais de sommation et de poursuite inclus. Il ressortait du décompte que seule une somme de CHF 1'000.- avait été acquittée pour les cotisations de l'année 2017.

c. La caisse s'est vu délivrer cinq actes de défaut de biens pour une valeur totale de CHF 71'269.30 à l'issue des poursuites ouvertes contre la société pour les cotisations paritaire 2017.

- B. a.** En date du 6 mai 2020, la caisse a rendu une décision en réparation du dommage portant sur un montant de CHF 71'269.30 pour le non-versement des cotisations paritaires du 1^{er} janvier au 31 décembre 2017 à l'encontre de l'assurée, notifiée par courrier recommandé avec accusé de réception.

b. Agissant par son mandataire, l'assurée a formé opposition à la décision précitée, réitérant sa demande préalablement formulée de suspension de la procédure jusqu'à droit connu sur la décision de l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC) relative à la procédure de rappel et de soustraction des impôts fédéral direct, cantonal et communal pour les années 2011 à 2015 en lien avec des prestations appréciables en argent versées par la société (courrier du 8 mai 2020).

b. Parallèlement, le Ministère public a rendu une ordonnance pénale en date du 28 avril 2020 par laquelle il a reconnu l'assurée coupable d'infraction à l'art. 87 al. 4 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10). L'assurée n'avait pas répondu aux sollicitations de l'autorité de poursuite pénale et n'avait fourni aucun document dans la procédure.

L'assurée a formé opposition à l'encontre de cette décision et a sollicité la suspension de la procédure, qui lui a été accordée (ordonnance du 20 mai 2020). La chambre de céans ignore toutefois si la procédure est encore suspendue à ce jour.

c. Par décision sur opposition du 3 mai 2021, la caisse a rejeté l'opposition de l'assurée et confirmé sa décision du 6 mai 2020.

- C.** **a.** Le 3 juin 2021, l'assurée a recouru contre la décision du 3 mai 2021, en concluant, à titre préalable, à ce qu'il soit constaté que la décision de la caisse n'avait plus d'objet au vu des derniers versements du mois de mai 2020 effectués par B_____ Sàrl, à la suspension de la cause jusqu'à droit jugé sur la procédure pendante par-devant l'AFC, et à l'octroi d'un délai convenable pour compléter son recours une fois connue l'issue finale de dite procédure ; à titre principal, elle a conclu à l'annulation de la décision entreprise au motif qu'elle devait être exemptée de toute responsabilité au sens de l'art 52 LAVS et à la constatation que B_____ Sàrl a remboursé la totalité du dommage, le tout sous suite de frais et dépens.

Elle a fait valoir, sur la base d'un relevé de compte des cotisations paritaires établi par la caisse le 27 mai 2021 à l'attention de la société, que l'intégralité des cotisations dues pour la période du 1^{er} décembre au 31 décembre 2017 avait été soldée.

b. Par courrier du 5 juillet 2021, la caisse intimée a sollicité la suspension de la procédure.

c. La procédure a ainsi été suspendue par ordonnance du 21 juillet 2021.

d. Interpelée, la caisse a fait savoir le 18 juillet 2022 ne pas connaître le sort réservé aux procédures pénale et fiscale.

e. La recourante a, quant à elle, déclaré par courrier du 2 août 2022 que le montant des charges sociales litigieux aurait été réglé par un tiers. Elle demandait à ce que la caisse se détermine. Pour le surplus, elle informait la chambre de céans que les procédures étaient toujours en cours, tant au niveau fiscal que pénal.

f. Par ordonnance du 17 août 2022, la suspension de la présente procédure a été prolongée.

g. Par courrier du 10 août 2023, alléguant que ses prétentions à l'encontre de la recourante étaient encore de CHF 17'004.65, la caisse a sollicité la reprise de la procédure.

h. La chambre de céans a annoncé la reprise de l'instruction le 21 novembre 2023 et fixé un délai à la caisse pour répondre au recours et produire son dossier.

i. Agissant elle-même, la recourante a notamment déposé, le 13 décembre 2023 :

- l'autorisation d'exploitation de l'hôtel à l'enseigne « Auberge communale E_____ » délivrée par le service du commerce à son père le 20 août 2010 ;
- le jugement du Tribunal administratif de première instance par lequel elle a été déboutée de son recours contre la décision de l'AFC du 16 août 2021 confirmant les reprises et amendes pour les années 2012 à 2015 en lien avec des prestations appréciables en argent provenant de ses parts dans la société B_____ Sàrl ;
- l'arrêt de la chambre administrative de la Cour de justice du 23 mai 2023 rejetant son recours contre le jugement précité ;
- le mémoire de recours adressé au Tribunal fédéral contre cet arrêt.

j. Le 19 janvier 2024, la caisse a répondu au recours de l'assurée en maintenant intégralement sa position. Elle a contesté les allégations de la recourante aux termes desquelles le dommage aurait été entièrement couvert par des versements intervenus à partir de fin mai 2021. Selon décompte, elle a chiffré le solde de son dommage à CHF 17'024.65. Elle a exposé que la présente action en réparation du dommage était fondée sur les actes de défaut de biens délivrés dans les poursuites contre la société pour la période courant du 1^{er} janvier au 31 décembre 2017 et qu'une grande partie du dommage avait été épongée par la commune de E_____. La responsabilité de la recourante découlait de sa qualité d'organe de la société. N'ayant ni acquitté les charges sociales, ni ne s'étant assurée que celles-ci l'étaient, la recourante en était responsable. Cette dernière n'avait par ailleurs apporté aucun élément permettant de l'exculper. La recourante n'avait fait usage d'aucun de ses droits de contrôle sur la société et avait ainsi agi en violation des dispositions de la LAVS et devait par conséquent être reconnue responsable du dommage causé.

Cette écriture a été transmise à la recourante et la cause gardée à juger.

k. Le 15 février 2024, la recourante a sollicité une nouvelle suspension de la procédure jusqu'à droit jugé dans la procédure fiscale pendante par-devant le Tribunal fédéral, considérant que l'issue de cette procédure aurait une incidence directe sur la présente cause. Dit courrier a été transmis pour information à l'intimée.

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), 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 LAVS.

Sa compétence matérielle est ainsi établie.

Selon l'art. 52 LAVS, le tribunal des assurances du canton dans lequel l'employeur est domicilié est compétent pour traiter d'un recours contre une décision d'indemnisation fondée sur l'art. 52 LAVS.

La société dont la recourante était associée-gérante et présidente avait son siège à Genève. La chambre de céans est donc également compétente à raison du lieu pour connaître du litige faisant l'objet de la présente procédure.

2. Le recours a été déposé dans le délai de 30 jours prévu par l'art. 60 LPGA, ainsi que dans les formes prévues par l'art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10). Il est partant recevable.
3. Dans une écriture déposée tardivement, la recourante sollicite une nouvelle fois la suspension de la procédure. Elle considère en effet que la procédure pendante par-devant le Tribunal fédéral aurait une influence directe sur la présente cause, dès lors que notre Haute Cour doit se prononcer sur la reconnaissance (ou non) de sa détention des parts sociales à titre fiduciaire pour son père dès la création de la société.

Dans la mesure où le fait de savoir si la recourante a ou non possédé les parts sociales de B_____ Sàrl à titre fiduciaire n'est pas déterminante pour l'issue du présent litige (cf. consid. 6 ci-après), il ne sera pas donné suite à la requête en suspension de la procédure.

4. Le fond du litige consiste à déterminer si la recourante peut être tenue responsable du non-paiement des cotisations sociales dues par la société B_____ Sàrl pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2017, c'est-à-dire si les conditions légales prévues par l'art. 52 al. 2 LAVS, en lien avec l'al. 1 de cette disposition, sont remplies.

4.1 Selon la recourante, elle ne saurait être tenue pour responsable, puisqu'elle avait agi à titre purement fiduciaire sur mandat de son père. Elle n'avait dès lors jamais été associée de la société dont elle ne s'était pas occupée. Le dommage avait de toute manière été complètement remboursé.

4.2 De l'avis de l'intimée, la recourante n'avait donné aucune explication permettant de l'exonérer de sa responsabilité. Son comportement relevait d'une violation manifeste des obligations de diligence et de surveillance imposées par son rôle d'administratrice.

5. La recourante faisant valoir que le dommage serait éteint, il y a lieu d'examiner ce point en premier.

5.1 La recourante s'est tout d'abord prévalué d'un relevé de compte des cotisations paritaires établi par l'intimée le 27 mai 2021. Elle a ensuite également mentionné des versements de tiers.

5.2 L'intimée a, quant à elle, produit un décompte des divers encaissements relatifs à la période litigieuse.

5.3 Il n'est pas contesté que le montant de la créance initiale en réparation du dommage s'élève à CHF 71'269.30. Celui-ci correspond au total des actes de défaut de biens que l'intimée s'est vu délivrer pour les cotisations impayées de 2017.

5.4 Le relevé de compte produit par la recourante ne démontre rien d'autre que la ventilation des encaissements par l'intimée, telle qu'elle l'a explicitée dans sa réponse au recours. Notamment, les versements effectués par la commune de E_____ ont été attribués en fonction des instructions du tiers payant.

5.5 Il résulte des pièces au dossier qu'un solde de CHF 17'024.65 subsiste effectivement. La recourante ne conteste d'ailleurs plus vraiment le montant du dommage tel qu'établi par l'intimée, puisque dans sa dernière écriture, elle se contente de requérir la suspension de la procédure, ce qui serait dépourvu de sens en l'absence de dommage.

Le grief doit par conséquent être écarté.

6.

6.1 La recourante fait ensuite valoir de manière indirecte en se fondant sur les pièces produites, qu'elle devrait être exemptée de responsabilité, motif pris de ce qu'elle aurait détenu l'ensemble des parts sociales de la société à titre fiduciaire pour le compte de son père, qui était le seul et véritable associé et animateur de la société à l'époque concernée par la présente procédure.

6.2 Dans son arrêt du 23 mai 2023 (ATA/542/2023), la chambre administrative de la Cour de justice a retenu que l'absence de contrat de fiducie entre la recourante et son père était un élément des décisions de taxation de la première nommée pour les années 2012 et 2015, lesquelles n'avaient pas été contestées. Elles étaient donc entrées en force concernant les éléments alors retenus. Les considérants de cet arrêt, qui n'est pas définitif et exécutoire, ne lient pas la chambre de céans, mais constituent un élément à prendre en considération parmi d'autres pour établir ou non l'existence d'un contrat de fiducie.

6.3 Cela étant, le contrat de fiducie allégué porterait sur la détention à titre fiduciaire des parts sociales de la société, ce qui n'est pas déterminant pour l'issue de la présente cause, l'associé n'étant pas *de facto* un organe de la société, laquelle peut au demeurant désigner des personnes externes aux membres du sociétariat en qualité de gérant qui répondent elles aussi d'un dommage au sens de l'art 52 LAVS.

La responsabilité de la recourante doit bien plutôt être examinée au regard de sa qualité de présidente gérante de B_____ Sàrl avec signature individuelle. Ledit rôle ne saurait être concerné par le contrat de fiducie, puisque le fiduciaire était lui-même également gérant titulaire du droit de signature individuelle en 2017. La question de l'existence ou non d'un rapport de fiducie peut donc rester ouverte.

7.

7.1 Les conditions d'une responsabilité subsidiaire d'un organe d'un employeur pour défaut de paiement des cotisations sont la qualité d'organe sur une période temporelle donnée (1), la violation de son devoir de diligence objective de s'assurer que les cotisations puissent être payées par ledit organe (2), l'existence d'un dommage pour l'autorité sociale (3), la causalité entre le dommage et la violation du devoir de payer les cotisations de l'organe en question (4) et enfin la faute grave, soit intentionnelle ou par négligence grave, de l'organe en question (5) (dans le même sens : ATF 132 III 523 consid. 4.6).

Comme l'a précisé le Tribunal fédéral, l'employeur qui ne s'assure pas que les cotisations sociales courantes soient payées viole son devoir de diligence (ATF précité consid. 4.6). Cela ne signifie toutefois pas encore que le dommage provoqué de ce fait soit dû à une faute, respectivement à une faute grave ; la question de la faute grave doit donc toujours être examinée séparément de la violation de l'obligation de s'assurer que les cotisations courantes sont dûment payées (ATF 121 V 24, consid. 4b ; ATF 108 V 183 consid. 1a).

7.2 S'agissant de la première condition dans le cas d'une société à responsabilité limitée, les gérants d'une telle société qui ont été formellement désignés en cette qualité, ainsi que les personnes qui exercent cette fonction en fait, sont soumis à des obligations de contrôle et de surveillance étendues, dont le non-respect peut engager leur responsabilité (art. 827 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse - CO, Code des obligations - RS 220) et corrélation avec l'art. 754 CO). Ils répondent selon les mêmes principes que les organes d'une société anonyme pour le dommage causé à une caisse de compensation ensuite du non-paiement de cotisations d'assurances sociales (ATF 126 V 237 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_344/2011 consid. 3.2).

Il est évident que la recourante revêtait, en 2017 et jusqu'en 2019, la qualité d'organe de la société, étant gérante-présidente avec signature individuelle.

Pour le surplus, la qualité d'organe (gérante avec signature individuelle) ne pouvait être (comme vu ci-dessus) revêtu à titre fiduciaire au cas d'espèce.

7.3 L'existence d'un dommage pour l'autorité sociale est établie et n'est plus contestée.

7.4 Doivent dès lors être examinées les conditions 2, 4 et 5 précitées.

8.

8.1 La recourante a été inscrite au registre du commerce en tant que gérante-présidente de B_____ Sàrl avec signature individuelle. À ce titre, elle était de plein droit organe de la société et devait assumer les tâches prescrites par loi (art. 810 CO), devoirs qui étaient par ailleurs dument mentionnés dans les statuts de la société. Il lui incombait dès lors, en sa qualité de gérante, de veiller personnellement à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés fussent effectivement payées à la caisse de compensation, quel que soit le mode de répartition interne des tâches au sein de la société. Un gérant de société à responsabilité limitée, au même titre que l'administrateur d'une société anonyme, ne peut, de jurisprudence constante, se libérer de cette responsabilité en se bornant à soutenir qu'il faisait confiance à la personne en charge de régler les cotisations sociales, car cela constitue déjà en soi un cas de négligence grave. Il en va de même de celui qui prétend avoir été exclu de l'administration (respectivement la gestion) de la société et qui s'est accommodé de cette exclusion sans autre forme de procès (voir notamment arrêts du Tribunal fédéral 9C_289/2009 consid. 6.2 et les références).

8.2 La recourante estime avoir été un « homme de paille », puisqu'elle n'aurait jamais été active dans la gestion de la société, ayant « prêté » son nom à son père pour l'ouverture de la société.

Pareille situation est précisément inadmissible, car celui qui se déclare prêt à assumer ou à conserver un mandat de gérant de société à responsabilité limitée ou à conserver un tel mandat (inscrit dans un registre public), tout en sachant qu'il ne pourra pas le remplir consciencieusement, viole son obligation de diligence (ATF 122 III 195, consid. 3b).

Au cas présent, non seulement la recourante a accepté un mandat de gestion de la société en sachant qu'elle ne le remplirait pas, puisque cette tâche serait exclusivement dévolue à son père, mais elle n'a aucunement cherché à effectuer un contrôle ne serait-ce que minimal sur les activités de la société, alors que la détention de la signature individuelle le lui permettait sans autre complication. Une fois le dommage connu, elle n'a rien fait non plus pour tenter de réparer celui-ci. Elle n'a, de son propre aveu, aucunement exercé ses obligations légales de gérante et a, partant, violé son obligation de diligence.

- 9.** Reste à examiner la question de l'existence d'une faute ou d'une négligence grave de la recourante.

9.1

9.1.1 L'intention et la négligence constituent différentes formes de la faute. L'art. 52 LAVS consacre en conséquence une responsabilité pour faute résultant du droit public. Il n'y a obligation de réparer le dommage, dans un cas concret, que s'il n'existe aucune circonstance justifiant le comportement fautif de l'employeur ou excluant l'intention et la négligence grave. Tout manquement de l'employeur aux obligations qui lui incombent en matière d'AVS ne doit donc pas

nécessairement être assimilé à une faute qualifiée au sens de l'art. 52 LAVS. C'est ainsi que l'inobservation de prescriptions peut ne pas constituer un cas de négligence grave, notamment, lorsque la durée pendant laquelle les cotisations sont restées en souffrance est relativement courte (ATF 121 V 244 consid. 4b). Selon la jurisprudence, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui manque de l'attention qu'un homme raisonnable aurait observée dans la même situation et dans les mêmes circonstances. La mesure de la diligence requise s'apprécie d'après les devoirs de diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie que celle de l'intéressé. Quant à la notion de faute grave, elle est à comprendre de manière large comme une absence de faute légère (ATF 132 III 523 consid. 4 ; ATAS/79/2020 [arrêt de principe] du 30 janvier 2020 consid. 8).

9.1.2 L'autorité sociale lésée peut conclure à la présence d'une faute grave lorsqu'il n'existe pas d'élément laissant penser que le dommage lié au défaut de paiement des cotisations n'est pas dû à une faute, ou uniquement à une faute légère (ATF 108 V 183 consid. 2b not.), et ce même si le fardeau de la preuve des faits fondant une faute grave de l'employeur repose en principe sur l'autorité sociale lésée (arrêt du Tribunal fédéral 9C_369/2012 / 9C_370/2012 consid. 7.2).

En l'espèce, inscrite au registre du commerce en qualité d'associée-gérante présidente de B_____ Sàrl avec signature individuelle à l'époque des faits pertinents pour la présente cause, la recourante était par conséquent astreinte à des obligations de contrôle et de surveillance étendues. Il lui incombait donc, en sa qualité d'organe formel, de s'assurer personnellement que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés fussent effectivement payées à la caisse intimée, conformément aux prescriptions légales (art. 14 al. 1 LAVS en corrélation avec les art. 34 ss du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants [RAVS - RS 831.101]). On peut en outre inférer de sa formation d'enseignante au secondaire qu'elle dispose des capacités suffisantes pour se rendre compte des conséquences de ses actes et, en particulier, de celles liées au non-respect des engagements pris en qualité d'organe de la société. Le fait de se désintéresser totalement de la gestion de la société est en l'occurrence une grave négligence en l'absence de tout élément laissant penser que sa faute serait excusable.

- 10.** Enfin, on ne peut que constater l'existence d'un lien de causalité entre la violation des devoirs de diligence par la recourante et le dommage causé à l'intimée.

En effet, notamment, et quand bien même les états financiers de la société ne figurent pas au dossier, les pièces issues de la procédure opposant la recourante à l'AFC démontrent que des prestations appréciables en argent ont été concédées par la société, et ce à tout le moins dès 2012. Or, si la recourante s'était enquis de la marche des affaires de B_____ Sàrl, elle aurait pu soulever les questions idoines, demander pour quels motifs de telles prestations étaient versées, alors que le paiement des cotisations sociales demeurait en souffrance et corriger la

situation ne serait-ce que partiellement, réduisant ainsi d'autant le dommage de la caisse. La recourante n'ayant pas agi, contrairement à ses devoirs, elle a participé de façon causale au dommage de l'intimée.

11. Mal fondé, le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée.

11.1 Vu l'issue de la cause, il n'y a pas lieu d'allouer des dépens (art. 61 let. g LPGA *a contrario*).

11.2 Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 89H al. 1 LPA).

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

Statuant

À 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) ; 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

Pascale HUGI

Laurence PIQUEREZ

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