

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3052/2016

ATAS/195/2017

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 9 mars 2017

3^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à LA ROCHE SUR FORON, France,
comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître LIRONI
Marc

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,
Service juridique, rue des Gares 12, GENÈVE

intimée

**Siégeant : Karine STECK, Présidente; Diane BROTO et Christine LUZZATTO, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. La société B_____ Sàrl (ci-après : la société), fondée en juillet 1999, avait pour but le nettoyage et le revêtement de sols, ainsi que toutes opérations en relation.

La société - qui a occupé du personnel jusqu'en juillet 2004 - était affiliée en tant qu'employeur auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la caisse).

2. Etaient inscrits au Registre du commerce (RC) :
 - Monsieur C_____, en qualité d'associé-gérant avec signature individuelle, pour une part de CHF 20'000.-,
 - Monsieur D_____ A_____, en qualité d'associé, pour une part de CHF 3'000.-
 - et Monsieur E_____ A_____, en qualité d'associé, pour une part de CHF 7'000.-.
3. Au cours des années 2001 à 2003, la société a réglé ses cotisations sociales par le biais d'acomptes mensuels.
4. Les attestations de salaires 2001 et 2002, parvenues tardivement à la caisse (elles n'ont été établies qu'en juillet 2003), ont révélé que les acomptes étaient insuffisants au vu des salaires effectivement versés, de sorte que des compléments de cotisations ont dû être réclamés à la société.
5. Fin 2003, à la demande de la société, la caisse lui a accordé un plan de paiement pour s'acquitter de sa dette de cotisations sociales. Ledit plan n'a cependant pas été honoré.
6. L'attestation 2003 a été reçue le 4 mai 2005 et, comme pour les années précédentes, un important complément de cotisations a dû être réclamé.
7. En 2004, la société n'a effectué qu'un seul versement, si bien que plusieurs sommations lui ont été adressées par la caisse.
8. Le 23 août 2004, M. C_____ a déposé une plainte pénale contre ses associés. Il y alléguait notamment que son propre rôle dans la société s'était limité à superviser le soutien administratif assumé par l'agence C_____ Sàrl et que cela avait laissé aux sieurs A_____ une latitude considérable, qu'ils avaient mise à profit pour se rendre coupables de malversations (appropriation illégitime, abus de confiance, vol, escroquerie et gestion déloyale, selon les termes de la plainte).
9. Le 5 octobre 2004, la faillite de la société a été prononcée par le Tribunal de première instance.

Interrogé par la caisse, M. C_____ a allégué que la société avait en réalité été créée sous l'impulsion de M. E_____ A_____, spécialiste en revêtements de sols, qui désirait se mettre à son compte, en association avec son fils. Dans un premier temps, l'association s'était exercée sous forme de société simple, avant d'être convertie en société à responsabilité limitée (Sàrl). Il avait fallu pour cela trouver un troisième associé qui soit domicilié en Suisse. C'était dans ce contexte que les sieurs A_____ s'étaient adressés à lui.

Il avait accepté, espérant ainsi réaliser, en accueillant la société dans les locaux de son agence de courtier en assurances, un investissement lui permettant de rentabiliser la structure administrative de ladite agence.

Il a affirmé que les sieurs A_____ avaient de tout temps assumé la gestion opérationnelle de la société et la véritable direction : ils étaient responsables de la prospection de la clientèle, de la négociation des contrats, de l'organisation des chantiers, des achats, de la gestion de la trésorerie et des ressources humaines.

Les résultats 2001 ayant été excellents, il avait été conforté dans l'idée que l'entreprise était entre de bonnes mains. Ce n'était qu'à la fin de l'année 2003 qu'il avait été informé par la nouvelle responsable des comptes de la société que le paiement à échéance des créanciers devenait difficile, voire impossible, et qu'il avait décidé d'examiner de plus près la situation de la société. Ses découvertes l'avaient alors conduit à déposer une plainte pénale contre ses associés, d'une part, à requérir la faillite de la société en date du 10 septembre 2004, d'autre part.

10. Le 8 mars 2005, la caisse a produit sa créance dans la procédure de faillite.
11. L'état de collocation, déposé le 14 septembre 2005, a révélé l'absence de dividende prévisible.
12. Par décision du 18 janvier 2006, confirmée sur opposition le 7 juin 2006, la caisse a réclamé à M. C_____, en sa qualité d'associé gérant et d'organe formel de la société faillie, la réparation de son dommage, soit CHF 120'204.05, montant représentant les cotisations paritaires dues par la société au 31 juillet 2004.
13. Par écriture du 7 juillet 2006, M. C_____ a interjeté recours auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales (remplacé depuis lors par la Cour de céans). Une procédure a été ouverte sous le numéro A/2496/2006 s'agissant des cotisations sociales.
14. Le 18 janvier 2006, la caisse a notifié une décision en réparation du même dommage à M. D_____ A_____, décision confirmée sur opposition le 7 juin 2006 et contre laquelle l'intéressé a interjeté recours en date du 7 juillet 2006. Une procédure a été ouverte sous le numéro A/2520/2006 s'agissant des cotisations sociales.
15. Le 18 janvier 2006, la caisse a également notifié à M. E_____ A_____ (ci-après : le recourant) une décision en réparation du même dommage, décision confirmée sur opposition le 7 juin 2006, contre laquelle l'intéressé a lui aussi interjeté recours.

Une procédure a été ouverte sous le numéro A/2518/2006 s'agissant des cotisations sociales.

En substance, le recourant niait avoir agi en tant qu'organe de fait et soutenait que son activité avait essentiellement consisté en prospection de la clientèle, négociation de contrats et organisation des chantiers.

16. La procédure a été suspendue par ordonnance du 4 août 2006, dans l'attente du jugement pénal.
17. Le Tribunal de police a rendu son jugement en date du 11 juillet 2013. Ce jugement est entré en force le 30 octobre 2013.
18. L'instance a alors été reprise en matière de cotisations sociales.
19. Une audience de comparution personnelle s'est tenue en date du 30 janvier 2014, à l'issue de laquelle l'apport de la procédure pénale P/14044/2004 a été ordonné et un délai accordé aux parties pour se déterminer.
20. L'essentiel de la procédure pénale peut se résumer ainsi :

Le Tribunal de police (ci-après : TP) a reconnu M. E_____ A_____ coupable de gestion déloyale aggravée et l'a condamné. En revanche, il a acquitté son fils des chefs d'infraction retenus à son encontre.

En substance, le TP a retenu que M. D_____ A_____ n'avait pas l'autonomie suffisante et le pouvoir décisionnel liés à la qualité de gérant au sens du droit pénal pour qu'un pouvoir de gestion au sein de la société puisse être retenu le concernant. En outre, rien ne permettait d'établir qu'il était au courant de la gestion menée par son père.

Le recourant, en revanche et contrairement à son fils, avait occupé une position de gérant au sein de la société. En effet, il ressortait du dossier, des déclarations des divers témoins entendus, des prévenus et de la partie plaignante, qu'il assumait la marche opérationnelle de l'entreprise (contracter et démarcher les clients, établir les devis, réaliser les travaux et les facturer). Il ne s'occupait pas directement de l'aspect financier de la société, mais les factures étaient libellées sur la base de ses seules instructions et les salaires payés sur la base des seules indications qu'il donnait à M. C_____ au moyen d'un chèque qu'il encaissait, se chargeant ensuite de distribuer l'argent, en espèces, aux employés. Il disposait donc d'une autonomie suffisante, tant sur une part du patrimoine que sur les moyens de production et sur le personnel de l'entreprise, pour que sa qualité de gérant soit reconnue et sa responsabilité engagée.

M. E_____ A_____ avait frustré la société de l'entier du bénéfice réalisé sur un chantier et l'en avait appauvrie d'autant, ce qui représentait un montant d'environ CHF 55'000.- au maximum.

Il avait en outre sciemment fait établir un chèque soi-disant destiné à un sous-traitant, d'un montant de CHF 10'000.-, alors que ce chèque avait en réalité servi à éteindre une dette personnelle, sans que la contrepartie ne soit ni portée au passif de son compte d'associé, ni déduite de l'un de ses salaires.

Le TP a également acquis la conviction que M. E_____ A_____ avait détourné à son profit, de juillet à décembre 2001, le montant des salaires facturés pour un employé, M. F_____, lequel avait pourtant cessé de travailler pour la société, ce qui représentait, au total, une somme de CHF 19'000.-.

En revanche, les points suivants, retenus dans l'acte d'accusation du Ministère public, n'ont pas été confirmés :

- encaissement à son profit, le 10 octobre 2001, d'un chèque de CHF 18'000.- établi à sa demande par la société ;
- soustraction, entre les 15 mai et 14 décembre 2001, d'un montant total de CHF 129'171.10, correspondant à des factures payées par la société G_____ pour des travaux attribués à la société.

21. Après plusieurs échanges d'écritures (le recourant s'est notamment déterminé par écrit le 21 mars 2014, puis le 28 mai 2014), des audiences d'enquêtes se sont tenues en date du 23 octobre 2014, puis les parties se sont exprimées une dernière fois.
22. La Cour de céans a ensuite statué en matière de cotisations sociales (cf. son arrêt ATAS/509/2015 du 30 juin 2015).

S'agissant plus particulièrement du recourant, elle a admis très partiellement son recours et renvoyé la cause à la caisse de compensation pour calcul du montant dû compte tenu du fait que sa responsabilité avait pris fin le 29 février 2004.

Au considérant 11 de son arrêt, la Cour de céans a jugé que le fait que le recourant ne figurât au RC qu'en qualité d'associé simple ne suffisait pas à le dégager de sa responsabilité car il devait être considéré comme organe de fait. En effet, l'instruction, à la fois pénale et administrative, avait permis d'établir, sur la base des déclarations de plusieurs témoins, de M. C_____, mais également de celles de l'intéressé lui-même que c'était lui qui s'occupait de la marche opérationnelle de l'entreprise, c'est-à-dire, notamment, de contracter et démarcher les clients, d'établir les devis, de réaliser les travaux et de les facturer. S'il ne s'occupait pas directement de l'aspect financier de la société, les factures étaient libellées sur la base de ses seules instructions et les salaires payés sur la base des seules indications qu'il donnait à M. C_____, au moyen d'un chèque qu'il encaissait, se chargeant ensuite de distribuer l'argent, en espèces, aux employés (cf. notamment, audition de Mme H_____). Il disposait donc d'une autonomie suffisante, tant sur une part du patrimoine que sur les moyens de production et sur le personnel de l'entreprise, pour qu'il soit considéré qu'il prenait une part prépondérante à la formation de la volonté de la société et en assumait en toute indépendance des tâches corporatives.

Quant à savoir si la responsabilité du recourant était engagée parce qu'il s'était rendu coupable d'une violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions régissant l'AVS, la Cour de céans y a répondu par l'affirmative (consid. 14 de son arrêt, op. cit.).

La Cour a rappelé que la question n'était pas, comme semblait le croire l'intéressé, de savoir s'il existait un rapport de causalité naturelle et adéquate entre ses actes illicites et la faillite de la société, mais bien de déterminer s'il avait failli aux devoirs qui lui incombaient envers la caisse en sa qualité d'organe de fait. Tel était le cas, puisqu'il ne pouvait ignorer que les cotisations sociales correspondant aux salaires qu'il calculait lui-même n'étaient pas réglées ou à tout le moins pas suffisantes. La Cour a par ailleurs écarté l'argument du recourant qui tentait de mettre en cause son associé et les prélèvements que ce dernier se serait permis d'opérer sur les comptes. En premier lieu, parce que ces assertions avaient d'ores et déjà été balayées par le Procureur saisi, -qui avait constaté qu'elles n'étaient en rien étayées. En second lieu, parce que, comme déjà dit, il n'en demeurait pas moins que l'intéressé avait violé ses obligations envers la caisse en ne versant pas les cotisations correspondant aux salaires distribués et en ne lui faisant pas parvenir les déclarations de salaires en temps utile, domaine dans lequel il avait déployé une activité effective, puisque les salaires étaient accordés sur la base de ses seules indications. Il s'était ainsi rendu coupable de négligence grave envers l'intimée, envers laquelle sa responsabilité était engagée.

La Cour a en revanche admis que, le recourant ayant quitté définitivement la société le 29 février 2004 - fait corroboré par l'attestation de salaires 2004, où il ne figurait que pour les mois de janvier et février, mais aussi par Mme H_____, qui avait évoqué son départ de l'entreprise -, il convenait de considérer que sa responsabilité avait pris fin avec son départ de l'entreprise et de réduire en conséquence le montant de la réparation qui lui était réclamée. C'est en ce sens que son recours a donc été très partiellement admis, la cause étant renvoyée à la caisse pour calcul du dommage.

Cet arrêt de la Cour de céans est devenu définitif s'agissant des trois protagonistes : le recours interjeté auprès du Tribunal fédéral par M. C_____ a été rejeté en date du 19 janvier 2006 (arrêt 9C_657/2015), celui interjeté par M. E_____ A_____ a été déclaré irrecevable en date du 22 octobre 2015 (arrêt 9C_637/2015), au motif que l'existence d'un préjudice irréparable n'était pas établie.

23. Le 8 mars 2016, la caisse a statué suite à l'arrêt du 30 juin 2015.

Elle a recalculé le montant dû par le recourant en tenant compte que sa responsabilité avait pris fin le 29 février 2004 et est parvenue à la conclusion que le montant des dommages et intérêts à sa charge pour les cotisations sociales, frais et intérêts impayés à cette date atteignait CHF 106'297.05 (CHF 20'792.75 pour 2001 + CHF 34'275.- pour 2002 + CHF 44'241.80 pour 2003 + CHF 6'987.50 pour 2004).

24. Par courrier du 8 avril 2016, l'intéressé s'est opposé à cette décision en faisant valoir que, selon le Tribunal fédéral, sa responsabilité pouvait encore être contestée. En conséquence de quoi, il a nié une nouvelle fois toute responsabilité dans le non-versement des cotisations sociales, tout comme la qualité d'organe de fait.

25. Par décision du 15 juillet 2016, la caisse a confirmé celle du 8 mars 2016.

Elle a constaté que l'intéressé ne contestait pas le montant du dommage mais uniquement sa responsabilité.

Or, dans son arrêt du 30 juin 2015, la Cour lui avait reconnu la qualité d'organe de fait et établi qu'il s'était occupé de la marche opérationnelle de l'entreprise avec une autonomie suffisante pour admettre qu'il avait pris une part prépondérante à la formation de la volonté de la société et qu'il en assumait en toute indépendance des tâches corporatives. La question de la responsabilité avait donc bel et bien été tranchée de manière définitive par la Cour de justice.

Le Tribunal fédéral ne soutenait pas le contraire, mais indiquait uniquement qu'étant donné que la Cour de justice avait renvoyé la cause à la caisse pour calcul du dommage, il n'y avait pas lieu de considérer qu'un préjudice irréparable pouvait être causé.

26. Par écriture du 14 septembre 2016, l'intéressé a interjeté recours auprès de la Cour de céans en reprenant en substance les arguments déjà développés dans les procédures précédentes concernant sa responsabilité, dont il considère qu'elle doit être niée.

Qui plus est, il sollicite une nouvelle audience de comparution personnelle, rendue nécessaire selon lui parce que la Cour de céans n'a pas ordonné de nouvelle comparution personnelle après l'apport de la procédure pénale.

27. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 31 octobre 2016, a conclu au rejet du recours.

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 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. Le recours, interjeté dans les forme et délai requis, est recevable.

3. On constatera en premier lieu que le litige se limite à la question de la responsabilité du recourant. Celui-ci ne conteste en effet en aucun cas le montant du dommage arrêté par l'intimée conformément aux instructions de la Cour de céans.

Or, les questions de la qualité d'organe et de la responsabilité du recourant ont d'ores et déjà fait l'objet d'un examen approfondi par la Cour de céans dans son arrêt du 30 juin 2015, sur lequel il n'y a pas lieu de revenir ici, vu l'absence d'élément nouveau.

Il n'y a pas non plus lieu de procéder à une nouvelle comparution personnelle du recourant dans la mesure où celui-ci a pu faire valoir ses arguments à deux reprises par écrit après l'apport de la procédure pénale au dossier. Quant au reproche fait à la Cour de n'avoir pas formellement annoncé la clôture des enquêtes, il confine à la témérité, dans la mesure où le recourant a pu se déterminer à deux reprises et où un délai de six mois s'est écoulé entre sa dernière écriture et le prononcé de l'arrêt, qu'il lui était loisible de mettre à profit pour se déterminer une dernière fois, s'il le jugeait réellement nécessaire.

En conséquence et en l'absence de tout nouvel élément, la Cour de céans n'entend pas se livrer à une nouvelle appréciation des questions déjà examinées en détails dans son arrêt du 30 juin 2015 - auquel il est renvoyé en tant que de besoin. La Cour est cependant consciente que l'intéressé n'avait guère d'autre choix que d'interjeter à nouveau recours, suite au refus de notre Haute Cour de se saisir en date du 22 octobre 2015.

La qualité d'organe de fait et la responsabilité du recourant sont confirmées. Quant au montant du dommage, il n'est pas contesté. Le recours est donc rejeté.

**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). 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

Marie-Catherine SÉCHAUD

Karine STECK

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