

GE_GERICHTE ATAS/1158/2019 vom 5. Dezember 2019

GE Cour de justice, 2019-12-05, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1158_2019

FR: GE_GERICHTE ATAS/1158/2019 du 5 décembre 2019

IT: GE_GERICHTE ATAS/1158/2019 del 5 dicembre 2019

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) en vigueur depuis le 1er 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 ratione materiae pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. 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. Cette disposition est également applicable lorsque la caisse recherche un organe de l'employeur en réparation du dommage, et ce, quel que soit le domicile dudit organe (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 184/06 du 25 avril 2007 consid. 2.3). La société étant domiciliée dans le canton de Genève depuis sa création et jusqu'au moment de sa faillite, la Cour de céans est également compétente ratione loci.

E. 2

À teneur de l'art. 1 al. 1 LAVS, les dispositions de la LPGA s'appliquent aux art. 1 à 97 LAVS, à moins que la loi n'y déroge expressément. Toutefois, les modifications légales contenues dans la LPGA constituent, en règle générale, une version formalisée dans la loi de la jurisprudence relative aux notions correspondantes avant l'entrée en vigueur de la LPGA ; il n'en découle aucune modification du point de vue de leur contenu, de sorte que la jurisprudence développée à leur propos peut être reprise et appliquée (ATF 130 V 343 consid. 3).

E. 3

La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'art. 52 LAVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur y est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les art. 81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS - RS 831.101) ont été abrogés. Il faut toutefois préciser que le nouveau droit n'a fait que reprendre textuellement, à l'art. 52 al. 1 LAVS, le principe de la responsabilité de l'employeur figurant à l'art. 52 aLAVS, la seule différence portant sur la désignation de la caisse de

A/644/2018 - 21/39 - compensation, désormais appelée assurance. Les principes dégagés par la jurisprudence sur les conditions de droit matériel de la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 aLAVS (dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2002) restent par ailleurs valables sous l'empire des modifications introduites par la LPGA (ATF 129 V 11 consid.

3.5 et 3.6).

E. 4

Les dispositions de la nouvelle du 17 mars 2011 modifiant la LAVS sont entrées en vigueur le 1er janvier 2012. Elles n'ont pas amené de changements en matière de responsabilité subsidiaire des organes fondée sur l'art. 52 LAVS. En effet, outre quelques retouches de forme, le nouvel art. 52 al. 2 LAVS concrétise les principes établis par la jurisprudence constante du Tribunal fédéral (cf. Message relatif à la modification de la LAVS du 3 décembre 2010, FF 2011 519, p. 536 à 538). Sur le plan matériel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 129 V 1 consid. 1 ; ATF 127 V 467 consid. 1 et les références). En l'espèce, les montants litigieux concernent les cotisations paritaires dues pour les années 2011 et 2012, de sorte que l'art. 52 al. 1 LAVS est applicable dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011 pour les cotisations relatives à 2011 et dans sa teneur en vigueur dès le 1er janvier 2012 pour les celles relatives à 2012 (arrêt du Tribunal fédéral 9C_80/2017 du 31 mai 2017 consid. 3.2).

E. 5

Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA ; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]). Interjetés dans les formes et délai prévus par la loi, les recours de MM. A_____ et B_____ du 23 février 2018 sont recevables (art. 38 et 56 à 61 LPGA).

E. 6

Le litige porte sur la responsabilité des recourants dans le préjudice causé à l'intimée par le défaut de paiement des cotisations sociales (AVS-AI-APG et AC ainsi qu'AMat et AF) encore dues pour les années 2011 et 2012.

E. 7

Dans un premier moyen, M. A_____ conclut à « l'irrecevabilité » de la décision attaquée, au motif que cette dernière est dépourvue de clause condamnatoire et ne sera pas exécutable puisqu'elle ne fait que le « prier » de verser la somme réclamée. La Cour de céans peine à comprendre l'argumentation du recourant. Cela étant, elle rappelle, concernant la nature de la décision querellée, que selon l'art. 5 al. 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA - 172.021), article ayant une portée générale en matière d'assurances sociales (KIESER, ATSG-Kommentar, Zurich 2003, n. 2 ss ad art. 49 ; cf. ATF 120 V 349 consid. 2b), sont considérées comme des décisions les mesures de l'autorité dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (let. b), ou de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits et obligations (let. c).

A/644/2018 - 22/39 - En l'occurrence, l'intimée a rendu une décision en réparation du dommage le

E. 11

février 2016, l'intimée a dès lors agi en temps utile, dans les délais de deux ans à compter de la connaissance du dommage et de cinq ans dès la survenance de celui-ci. Puis, en

rendant une décision sur opposition le 23 janvier 2018, l'intimée a interrompu une nouvelle fois les délais de prescription, lesquels ont derechef été interrompus par les actes de recours formés le 23 février 2018.

A/644/2018 - 25/39 - Les actions en réparation du dommage n'étant pas prescrites, il s'agit de présent d'examiner si les autres conditions de la responsabilité de l'art. 52 LAVS sont réalisées, à savoir si les recourants peuvent être considérés comme « employeurs » tenus de verser les cotisations à l'intimée, s'ils ont commis une faute ou une négligence grave et enfin, s'il existe un lien de causalité adéquate entre leur comportement et le dommage causé à l'intimée.

E. 12

a. S'agissant de la notion d'« employeur », la jurisprudence considère que, si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom, notamment quand la personne morale n'existe plus au moment où la responsabilité est engagée (ATF 123 V 12 consid. 5b ; ATF 122 V 65 consid. 4a). 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). L'art. 52 LAVS ne permet ainsi pas de déclarer l'organe d'une personne morale directement débiteur de cotisations d'assurances sociales. En revanche, il le rend responsable du dommage qu'il a causé aux différentes assurances sociales fédérales, intentionnellement ou par négligence grave, en ne veillant pas au paiement des cotisations sociales contrairement à ses obligations (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 96/05 du 5 décembre 2005 consid. 4.1). b. La notion d'organe selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui se dégage de l'art. 754 al. 1 CO. En matière de responsabilité des organes d'une société anonyme, l'art. 52 LAVS vise en première ligne les organes statutaires ou légaux de celle-ci, soit les administrateurs, l'organe de révision ou les liquidateurs (ATF 128 III 29 consid. 3a ; Thomas NUSSBAUMER, Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS, in RCC 1991 p. 403). Mais les critères d'ordre formel ne sont, à eux seuls, pas décisifs et la qualité d'organe s'étend aux personnes qui ont pris des décisions réservées aux organes ou se sont chargées de la gestion proprement dite, participant ainsi de manière déterminante à la formation de la volonté de la société (ATF 119 II 255 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 128/04 du 14 février 2006 consid. 3 ss). La qualité d'organe est donc réservée aux personnes exécutant leurs obligations au sein de la société ou à l'égard des tiers en vertu de leur propre pouvoir de décision. Le fait qu'une personne est inscrite au registre du commerce avec droit de signature n'est, à lui seul, pas déterminant. La préparation de décisions par un collaborateur technique, commercial ou juridique ne suffit pas à conférer la qualité d'organe au sens matériel. En d'autres termes, la responsabilité liée à la qualité d'organe présuppose que l'intéressé ait eu des compétences allant nettement au-delà d'un travail préparatoire et de création des bases de décisions, pour se concentrer sur la participation, comme telle, à la formation de la volonté de la société

A/644/2018 - 26/39 - (ATF 117 II 572 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 128/04 du

E. 14

février 2006 consid. 3). Un organe de fait n'est appelé à assumer une responsabilité que pour les domaines dans lesquels il a effectivement déployé une activité. Contrairement à un organe au sens formel, il n'a donc pas un devoir de surveillance (*cura in custodiendo*) à l'endroit de l'activité des autres organes, de fait ou de droit, de la société (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 128/04 du 14 février 2006 consid. 3). Les organes de fait sont 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 (ATF 132 III 523 consid. 4.5 ; ATF 114 V 213 consid. 3). Conformément à la jurisprudence en matière de responsabilité du droit de la société anonyme, dont les principes s'appliquent dans le cadre de l'art. 52 LAVS (ATF 114 V 213 consid. 3), revêt uniquement une position d'organe de fait la personne qui assume sous sa propre responsabilité la compétence durable - et non seulement isolée - de prendre des décisions qui dépassent le cadre des affaires quotidiennes et ont une influence sur le résultat de l'entreprise. Tel n'est pas le cas d'une personne qui se limite à préparer et/ou à exécuter de telles décisions (ATF 128 III 29 consid. 3c). En d'autres termes, la responsabilité pour la gestion ne concerne que la direction supérieure de la société, au plus haut niveau de sa hiérarchie (ATF 117 II 570 consid. 3). En revanche, l'accomplissement de l'ensemble des tâches administratives au sein de l'entreprise (facturation aux clients, exécution des paiements, préparation des bulletins de salaires - y compris établissement de décomptes pour les autorités de l'AVS et la SUVA -, gestion des livres de caisse et des relations bancaires, etc.) n'est pas assimilable à l'activité spécifique d'un organe (ATF 114 V 213 consid. 4). L'obligation de réparer le dommage au sens de l'art. 52 LAVS intervient en principe seulement si la personne intéressée avait un pouvoir de disposer des cotisations non payées et pouvait effectuer les paiements à la caisse de compensation (ATF 134 V 401 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_428/2013 du

E. 16

octobre 2013 consid. 4.2). La qualité d'organe de fait s'analyse en fonction du rôle que la personne concernée a effectivement joué au sein de la société. Aussi, il faut en particulier qu'elle 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_295/2017 du 6 juillet 2017 consid. 5.2). Un directeur de société a généralement la qualité d'organe en raison de l'étendue des compétences que cette fonction suppose (ATF 104 II 190 consid. 3b). Mais il ne doit répondre que des actes ou des omissions qui relèvent de son domaine d'activités, ce qui, en d'autres termes, dépend de l'étendue des droits et des obligations qui découlent de ses rapports internes. Sinon, il serait amené à réparer

A/644/2018 - 27/39 - un dommage dont il ne pouvait empêcher la survenance, faute de disposer des pouvoirs nécessaires (ATF 111 V 172 consid. 5a ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 234/02 du 16 avril 2003 consid. 7.3, résumé in HAVE/REAS 2003 p. 251). Le Tribunal fédéral a ainsi reconnu la responsabilité du directeur d'une société anonyme avec signature individuelle (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 34/04 du 15 septembre 2004 consid. 5.3.1). 13. En l'occurrence, il n'est pas contesté que M. B_____, inscrit au RC du 9 février 2010 au 7 mars 2013 en qualité d'administrateur, avec signature individuelle, revêtait la qualité d'organe formel. 14. a. Quant à M A_____, inscrit au RC le 9 février 2010 en tant que directeur, avec signature collective à deux, il soutient qu'il n'a pas eu la moindre activité pour la société, qu'il n'a fait que signer exceptionnellement des

courriers préparés par des tiers, qu'il travaillait à hauteur de 120% pour deux employeurs et ne se rendait qu'exceptionnellement dans les locaux de la société, pour de simples visites de courtoisie et uniquement durant les absences de M. C_____. Il conteste avoir exercé une quelconque responsabilité ou fonction au sein de la société ou avoir pris la moindre décision, précisant encore ne pas avoir eu accès aux comptes bancaires et à la comptabilité de la société. b. La Cour de céans rappelle tout d'abord que, lors des enquêtes du 6 décembre 2018, Mme M_____, assistante administrative de 2010 à 2012, a indiqué que l'intéressé, bien que beaucoup moins présent que M. C_____, était régulièrement dans les locaux de la société et qu'elle était en contact avec lui tous les deux ou trois jours. Elle le considérait d'ailleurs comme son employeur, au même titre que M. C_____, le tenait également pour responsable de la société et avait le sentiment qu'il s'occupait plus particulièrement des paiements relatifs à l'entreprise. Il est également relevé que M. N_____ a indiqué que son contrat de travail avait été signé par M. A_____ et qu'il pensait que ce dernier était l'administrateur de la société. Ces témoignages fragilisent la thèse du recourant selon laquelle il n'était que rarement de passage dans les locaux de la société, uniquement durant les vacances de M. C_____. Par ailleurs, on peine à comprendre pour quelle raison l'intéressé aurait eu à faire des « visites de courtoisie » s'il n'était pas connu des employés de la société. Qui plus est, les deux attestations d'employeur produites par M. A_____ ne confortent pas ses allégations selon lesquelles il lui était impossible de déployer une quelconque activité pour la société parce qu'il travaillait déjà à 120% pour deux employeurs. Au contraire. Le document émis par H_____ le 10 décembre 2018 mentionne que le recourant travaille selon des horaires irréguliers, ce qui lui permet par conséquent d'aménager son emploi du temps et d'être actif dans une autre entreprise, ce qu'il fait d'ailleurs, comme en atteste le certificat de I_____ du 11 décembre 2018, qui mentionne que le recourant y travaille à un taux variant entre

A/644/2018 - 28/39 -

E. 20

et 30%, en fonction de ses congés auprès de l'employeur principal. Il pouvait donc en faire de même auprès de la société. Que la fiduciaire J_____ n'ait eu affaire à M. A_____ que très rarement et seulement durant les absences de M. C_____, conformément aux déclarations de Mme L_____, ne saurait suffire à exclure tout rôle décisionnel du recourant dans la gestion de la société. À ce propos, la Cour de céans relève qu'il ressort des pièces produites que l'intéressé est intervenu à réitérées reprises auprès de l'intimée dans le cadre du règlement des cotisations salariales. Il a en particulier sollicité un délai pour le paiement de la facture d'acomptes de décembre 2011, signé l'attestation des salaires 2011, requis un délai pour honorer le complément de cotisations dû pour l'année 2011, demandé une adaptation des acomptes pour 2012 et un échelonnement de leur paiement. Ces diverses actions se rapportaient toutes à l'obligation de l'employeur de s'acquitter des cotisations sociales et découlaient de la situation financière générale de la société. De plus, le fait que ces interventions se soient produites entre janvier et juillet 2012 atteste d'une certaine régularité dans le concours du recourant. L'argumentation de M. A_____ qui soutient n'avoir fait que signer ces documents, préparés par M. C_____, n'est pas pertinente puisqu'il les a signés en parfaite connaissance de la situation financière de la société, comme cela ressort tant des déclarations de M. B_____ - qui a indiqué que M. A_____ l'avait informé que les clients payaient difficilement et qu'il y avait des impayés - que des explications de M. A_____ lui-même - qui a reconnu avoir « mis son nez » dans les

papiers en janvier 2012 et découvert que M. C _____ s'accordait d'importants salaires. Ces déclarations infirment en outre clairement les allégations contradictoires du recourant selon lesquelles il n'aurait pas eu accès à la comptabilité de la société. Si Mme L _____ n'a pas pu affirmer catégoriquement que M. A _____ disposait de la signature sur le compte bancaire, elle a toutefois clairement pensé que tel était le cas, puisque des fichiers bancaires lui avaient été envoyés. De plus, M. B _____ a indiqué à l'intimée, dans son courrier du 28 août 2017, que M. A _____ validait parfois des paiements, lorsque M. C _____ était en vacances. Les explications postérieures de M. B _____ affirmant s'être mal exprimé ne sont pas convaincantes. Il sied encore de relever que, selon les indications publiées sur le site du RC, M. A _____ est associé gérant président de I _____, avec signature collective à deux, depuis février 2009. Cette entreprise, qui a changé de but à plusieurs reprises, est active, depuis mars 2011, dans le domaine des conseils et services en vue de placements fixes et temporaires de personnel et de locations de services. Il est intéressant de noter que M. C _____ a été lui aussi associé gérant de I _____, entre le 24 février 2009 et le 16 juillet 2012. Il paraît inconcevable, à la lumière de ces éléments, que le recourant n'ait absolument pas pris part à la gestion de la société dont est litige, alors qu'il était précisément, durant la même période, associé gérant et président d'une autre entreprise active dans le même domaine. Précisons

A/644/2018 - 29/39 - encore que, s'agissant de I _____, il paraît peu vraisemblable que seul M. C _____ s'en soit occupé puisque l'entreprise continue à déployer ses activités en dépit de son départ. Il est en revanche vraisemblable que les deux sociétés aient été menées de manière similaire par MM. A _____ et C _____. c. Compte tenu de ce qui précède, la Cour de céans considère que le recourant a régulièrement participé de manière déterminante à la formation de la volonté de la société et pris des décisions réservées aux organes, comme en atteste d'ailleurs sa fonction de directeur mentionnée au RC, laquelle correspond au plus haut niveau de la hiérarchie. Il disposait en outre de la signature collective à deux et était seul titulaire de l'autorisation de pratiquer. Ses nombreuses interventions auprès de l'intimée ont clairement dépassé le cadre des affaires quotidiennes et ont eu une influence sur le résultat de la société. Partant, M A _____ doit se voir reconnaître la qualité d'organe de fait. 15. Les recourants revêtant tous deux la qualité d'organe, il convient à présent de déterminer s'ils ont commis une faute qualifiée ou une négligence grave au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS. 16. a. 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). La caisse de compensation qui constate qu'elle a subi un dommage par suite de la non-observation de prescriptions peut admettre que l'employeur a violé celles-ci intentionnellement ou du moins par négligence grave, dans la mesure où il n'existe pas d'indice faisant croire à la légitimité de son comportement ou à l'absence d'une faute (RCC 1983 p. 101). Selon la jurisprudence constante, 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 le devoir 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. En présence d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions. Une différenciation semblable

s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 189). Les faits reprochés à une entreprise ne sont pas nécessairement imputables à chacun des organes de celle-ci. Il convient bien plutôt d'examiner si et dans quelle mesure ces faits peuvent être attribués à un organe déterminé, compte tenu de la situation juridique et de fait de ce dernier au sein de l'entreprise. Savoir si un organe a commis une faute dépend des responsabilités et des compétences qui

A/644/2018 - 30/39 - lui ont été confiées par l'entreprise (ATF 108 V 199 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_926/2009 du 27 avril 2010 consid. 4.3.2). La négligence grave mentionnée à l'art. 52 LAVS est admise très largement par la jurisprudence (ATF 132 III 523 consid. 4.6). Commet notamment 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). Commet également une faute grave celui qui ne démissionne pas de ses fonctions alors qu'il se trouvait, en raison de l'attitude du 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 (voir 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). Concernant une société anonyme, dont l'administration est confiée à une seule personne, la jurisprudence se montre d'autant plus sévère car on peut en règle générale exiger de celle-ci – dans la mesure où elle assume à elle seule l'administration de la société en sa qualité d'organe – qu'elle contrôle toutes les activités importantes de l'entreprise et cela quand bien même elle a confié l'essentiel de la gestion à un tiers. Par cette délégation de compétence, elle ne peut en même temps se décharger de sa responsabilité d'administrateur unique. Dans les entreprises de petite taille et de grandeur moyenne, le devoir de surveillance concernant l'accomplissement de l'obligation légale de payer des cotisations ne saurait être abandonné à des tiers (arrêt du Tribunal fédéral 9C_437/2009 du 16 avril 2010 consid. 2.2). 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 consid. 7.3.1). Commettent ainsi une négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS les administrateurs d'une société qui se trouve dans une situation financière désastreuse, qui parent 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 (ATF 108 V 183 consid. 2 ; SVR 1996 AHV n°98 p. 299 consid. 3). 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

A/644/2018 - 31/39 - (ATF 122 III 195 consid. 3b). Sa négligence peut être qualifiée de grave sous l'angle de l'art. 52 LAVS (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). b. La responsabilité d'un administrateur dure en règle générale jusqu'au moment où il quitte effectivement le conseil d'administration. 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). Pour fixer le moment de la sortie du conseil d'administration d'une société anonyme, il y a lieu de prendre en considération, non pas la date de la radiation de l'inscription au registre du commerce ou celle de la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce, mais le moment de la démission effective du conseil d'administration (ATF 126 V 134 consid. 5b). La démission est une déclaration de volonté unilatérale sujette à réception (Peter BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4ème éd., 2009, p. 1562 n. 57a). Elle n'est soumise à aucune forme particulière, encore qu'un document écrit soit mieux susceptible d'établir la démission effective (Roland MÜLLER/Lorenz LIPP/Adrien PLÜSS, Der Verwaltungsrat, 3ème éd., 2007, p. 135 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_140/2010 du 12 octobre 2010 consid. 4.4.2). 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). Il découle également de la jurisprudence que la dette de cotisations prend naissance à la date à laquelle le salaire déterminant a été réalisé (ATF 115 V 161 consid. 4b ; ATF 111 V 161 consid. 4a ; arrêts du Tribunal fédéral 9C_713/2013 et 9C_716/2013 du 30 mai 2014 consid. 4.3.3). En matière de responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS, le revenu doit être considéré comme réalisé au moment du paiement, du virement au compte de chèque ou en banque du salaire (arrêts du Tribunal fédéral 9C_713/2013 et 9C_716/2013 du 30 mai 2014 consid. 4.3.3). c. On rappellera encore que les employeurs sont tenus d'informer la caisse de compensation de toute variation sensible de la masse salariale en cours d'année (art. 35 al. 2 RAVS). Constitue une variation sensible un écart d'au moins 10% de la masse salariale annuelle prévue initialement. Il n'y a pas lieu d'informer la caisse d'un écart inférieur à CHF 20'000.- (Directives sur la perception des cotisations - DP, ch. 2048). L'adaptation des cotisations ne doit pas aboutir à un décompte en cours d'année, mais juste éviter que les acomptes de cotisations ne s'écartent trop du montant effectif des cotisations dues (DP ch. 2051).

A/644/2018 - 32/39 - L'employeur qui acquitte les cotisations selon une procédure forfaitaire n'est pas tenu d'adapter en cours d'année le montant de ses versements à l'augmentation de la masse des salaires ou de constituer une réserve qui soit disponible au moment du décompte final. Il doit, le cas échéant, annoncer la différence de salaire à la fin de l'année civile. Il faut cependant réserver des situations où l'employeur verse des acomptes nettement insuffisants, en raison de difficultés de trésorerie et afin de repousser au maximum l'échéance de sa dette, tout en sachant qu'il ne sera peut-être pas en mesure, le moment venu, de s'acquitter du solde restant à sa charge ; dans cette éventualité, il commet une faute qualifiée au sens l'art. 52 LAVS et il peut être appelé à répondre de l'entier du dommage invoqué par la caisse de compensation (arrêt du Tribunal fédéral des assurances sociales H 25/05 du 12 octobre 2005 consid. 7 et les références). d. Dans certaines circonstances, un employeur peut causer intentionnellement un préjudice sans être dans l'obligation de le réparer, lorsqu'il retarde le paiement des cotisations pour maintenir son

entreprise en vie, lors d'une passe de trésorerie difficile. Mais il faut alors, pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'art. 52 LAVS, que l'on puisse admettre que l'employeur avait, au moment où il a pris sa décision, des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable (arrêt du Tribunal fédéral 9C_338/2007 du 21 avril 2008 consid. 3.1). À cet égard, la seule expectation que la société retrouve un équilibre financier ne suffit pas ; il faut des éléments concrets et objectifs selon lesquels on peut admettre que la situation économique de la société se stabilisera dans un laps de temps déterminé et que celle-ci recouvrera sa capacité financière (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 163/06 du 11 juin 2007 consid. 4.4). Ce qui est déterminant, ce n'est pas de savoir si l'employeur croyait réellement que l'entreprise pouvait être sauvée et que les cotisations seraient payées dans un proche avenir, il s'agit bien plutôt d'examiner si une telle attitude était alors défendable, objectivement, aux yeux d'un tiers responsable (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 19/07 du 10 décembre 2007 consid. 4.1). 17. a. En l'espèce, s'agissant de M. B_____, inscrit au RC comme administrateur avec signature individuelle du 9 février 2010 au 7 mars 2013, il y a lieu de conclure qu'il a commis une négligence grave en n'assumant pas dans les faits le mandat qu'il a accepté, en particulier les tâches de surveillance qui lui incombent de par la loi. S'il ne connaissait pas les obligations découlant de sa nouvelle fonction, il aurait dû se renseigner. En outre, que le recourant n'ait pas été en mesure d'exercer ses fonctions parce que M. C_____ s'occupait personnellement et seul de la gestion ou qu'il ait accepté ce rôle d'homme de paille uniquement pour rendre service à un ami n'est en aucun cas un motif de suppression ou d'atténuation de la faute commise. En effet, la raison pour laquelle il a accepté son mandat n'a aucune importance et le fait de ne pas s'être occupé de la gestion de la société constitue en soi un cas de négligence grave.

A/644/2018 - 33/39 - S'il avait correctement exécuté son mandat et exigé de pouvoir consulter les pièces comptables pertinentes dès son entrée en fonction, l'intéressé aurait pu constater que les salaires versés en 2010 avaient été sous-évalués rendant ainsi nécessaire un complément, que les acomptes de cotisations 2011 n'avaient été payés qu'après sommations et poursuites, qu'ils avaient à nouveau été considérablement sous-évalués et que le dernier acompte de cotisations honoré pour l'année 2012 remontait à février. Il aurait ainsi pu démissionner et prendre les mesures qui s'imposaient bien plus tôt. b. En ce qui concerne l'étendue dans le temps de sa responsabilité, M. B_____ soutient avoir démissionné le 1er octobre 2012. Il a produit un procès-verbal d'une assemblée générale extraordinaire des actionnaires, document daté du 2 octobre 2012, ainsi que la réquisition au RC visant sa radiation, document également daté du 2 octobre 2012. M. A_____ a cependant constaté que sa signature avait été imitée et contesté la tenue d'une assemblée générale à la date indiquée, ce que M. B_____ a ensuite admis. S'il est exact que la validité de la démission n'est pas soumise à l'approbation des actionnaires ou du président, il n'en demeure pas moins que la démission est une déclaration de volonté unilatérale sujette à réception. Or, les documents produits, dès lors qu'ils sont entachés d'une irrégularité certaine, ne permettent pas d'établir, au degré de la vraisemblance prépondérante requis, que M. B_____ a effectivement démissionné le 1er ou le 2 octobre 2012. D'autant moins que M. B_____ a écrit ultérieurement à l'intimée, le 1er novembre 2012, pour l'informer que la société cessait son activité et que seuls deux employés seraient occupés jusqu'au 31 décembre 2012. Cette démarche, postérieure à la date à laquelle il prétend avoir démissionné, démontre qu'il n'a pas effectivement quitté ses fonctions en octobre 2012. De plus, il n'a fait aucune mention, dans ce courrier à l'intimée, du fait qu'il

avait cessé ou cesserait prochainement d'être administrateur de la société. Enfin, le rapport du curateur du 12 mars 2013 ne fait pas non la moindre référence à ladite démission, alors qu'il mentionne que M. A_____ a quitté la société. Force est donc de constater que M. B_____ n'a pas réussi à établir qu'il avait démissionné avant la date à laquelle le timbre du préposé au RC a été apposé, soit le 28 février 2013. M. B_____ doit dès lors être tenu à réparation du dommage résultant du non- paiement des cotisations qui découlent des salaires versés en 2011 et 2012, puisque sa démission n'est établie qu'en 2013 seulement. c. Contrairement à ce que soutient le recourant, le fait qu'un plan de paiement ait été accordé à la société pour s'acquitter du complément de cotisations 2011 suite à la facture finale du 2 février 2012 ne saurait le libérer de sa responsabilité. En effet, l'accord est devenu caduc en raison du défaut de paiement des cotisations courantes dues en 2012, conformément au plan d'amortissement du 13 février 2012. Le recourant est donc tenu de réparer le dommage relatif aux cotisations encore dues

A/644/2018 - 34/39 - pour l'année 2011, dès lors que lesdites cotisations sont redevenues exigibles suite au défaut de paiement, dans le délai, de l'acompte du mois de février 2012. S'agissant des acomptes de cotisations 2012, M. B_____ n'est pas parvenu à établir qu'il avait démissionné en octobre 2012. Il se prévaut cependant également de la nomination d'un curateur, en décembre 2012, pour faire valoir que les organes de la société n'ont plus eu ensuite le moindre contrôle sur la société. Selon l'article 725a al. 2 CO, le juge peut désigner un curateur et soit priver le conseil d'administration de son pouvoir de disposition soit subordonner ses décisions à l'accord du curateur. S'il désigne un curateur, il lui appartient dans tous les cas de définir en détail les attributions de celui-ci. En l'occurrence, il ne ressort pas du rapport du curateur du 12 mars 2013 que le juge aurait choisi de priver le conseil d'administration de certains de ses pouvoirs, ni de subordonner ses décisions à l'accord du curateur. Le recourant ne produit d'ailleurs aucun document venant étayer ses allégations. Enfin, concernant le rattrapage des cotisations 2012, la société a sous-évalué les montants dus en 2010, 2011 et 2012, rendant ainsi nécessaires des factures finales pour des montants de l'ordre de CHF 60'000.- (2010), CHF 105'000.- (2011) et CHF 49'000.- (2012). Concernant en particulier ce dernier solde, il est rappelé que l'intimée a adapté les acomptes en août 2012 pour tenir compte de la baisse importante d'activité annoncée par MM. A_____ et B_____ le 10 juillet 2012, respectivement le 21 août 2012, et que seuls deux employés ont été occupés durant les mois de novembre et décembre 2012. C'est dire si les acomptes ont été particulièrement insuffisants durant le premier semestre 2012. Au vu de la situation financière de la société – qui a dû requérir un plan de paiement pour le rattrapage des cotisations dues pour 2011 sur 36 mois -, les organes devaient savoir qu'elle ne serait pas en mesure de s'acquitter de la facture finale demeurant à sa charge et découlant d'acomptes très insuffisants pour 2012. Ces derniers n'ont d'ailleurs été réglés que pour les mois de janvier et février, et avec beaucoup de retard. En sa qualité d'administrateur unique, M. B_____ ne pouvait ignorer la différence importante entre les acomptes versés et les cotisations réellement dues, et il devait s'attendre à un règlement de compte laissant apparaître une dette de cotisation importante. Sa faute apparaît d'autant plus grave que les acomptes étaient régulièrement sous-évalués et qu'il connaissait les difficultés financières de la société, ce qui rendait d'autant plus aléatoire le paiement du solde de cotisations le moment venu. En ne prenant aucune mesure pour remédier à la situation, M. B_____ n'a pas fait preuve de la diligence requise au regard des obligations qui lui incombait en matière d'AVS. Sa responsabilité ne saurait par conséquent se limiter exclusivement au non-paiement des montants forfaitaires échus jusqu'au moment de son départ, mais doit

s'étendre à toute la part du dommage

A/644/2018 - 35/39 - correspondant au non-paiement des cotisations sociales sur les salaires versés par la société durant la période où il en a été formellement l'administrateur unique.

18. a. Concernant M. A_____, il a accepté d'endosser la fonction de directeur de la société. Il était par ailleurs au courant du fait que des créances de cotisations n'étaient pas couvertes, puisqu'il a sollicité à deux reprises des plans de paiements. Que M. C_____ se soit occupé personnellement de la gestion des salaires et de l'exécution des paiements n'est pas de nature à le libérer de son obligation de diligence. Le recourant aurait dû intervenir, cas échéant démissionner de ses fonctions, ce d'autant plus qu'il était seul titulaire de l'autorisation LSE. C'est dire que sa présence, même passive, a permis à la société de continuer ses activités. Il a donc commis une négligence grave selon la jurisprudence. C'est encore le lieu de relever que les allégations du recourant selon lesquelles il aurait sollicité en vain des informations sur la situation financière de la société auprès de J_____ durant la période litigieuse ne sont confortées, ni par les pièces du dossier, ni par le témoignage de Mme L_____. Cette dernière a en effet déclaré à la Cour ne pas se rappeler que M. A_____ aurait sollicité des renseignements de sa part durant les années litigieuses à propos des finances de la société. Selon ses souvenirs, la demande de M. A_____ avait été formulée en 2017 et tendait à obtenir d'elle la confirmation qu'elle avait traité avec M. C_____ la majeure partie du temps. Ce témoignage est corroboré par les pièces produites par M. A_____, qui a effectivement écrit à Mme L_____ le 15 septembre 2017 pour lui demander de confirmer que les salaires et les problématiques d'assurances sociales avaient exclusivement été traités par M. C_____ qui s'occupait des paiements. b. Enfin, le rapport du curateur du 12 mars 2013 mentionne que M. A_____ a quitté la société, sans autre précision quant à la date de la cessation de ses activités. Aucune pièce du dossier ne suggère que le recourant aurait démissionné avant le 31 décembre 2012, ce qu'il n'allègue au demeurant pas. Dans ces conditions, et pour les mêmes raisons que celles énoncées s'agissant de M. B_____, M. A_____ est également responsable de l'entier du dommage subi par l'intimée. 19. a. La responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS suppose enfin un rapport de causalité naturelle et adéquate entre la violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions et la survenance du dommage. La causalité est adéquate si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance (ATF 129 V 177 consid. 3.2). b. Le lien de causalité adéquate entre le comportement fautif – soit la rétention des cotisations alors même que les salaires sont versés – et le dommage survenu ne peut pas être contesté avec succès lorsque les salaires versés sont tels que les créances de cotisations qui en découlent directement ex lege ne sont plus couvertes (SVR 1995

A/644/2018 - 36/39 - AHV n° 70 p. 214 consid. 5 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 167/05 du

E. 21

Quant au montant du dommage, il correspond à celui pour lequel la caisse de compensation subit une perte. Appartiennent à ce montant les cotisations paritaires (cotisations patronales et d'employés ou ouvriers) dues par l'employeur, les contributions aux frais d'administration, les intérêts moratoires, les taxes de sommation et les frais de poursuite (Directives sur la perception des cotisations - DP, no 8016 et 8017). Les éventuelles amendes prononcées par la caisse de compensation ne font pas partie du dommage et

doivent le cas échéant être déduites (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 142/03 du 19 août 2003 consid. 5.5). Les recourants ne contestent pas en tant que telles les sommes réclamées par l'intimée. La Cour de céans relèvera à toutes fins utiles que le dommage annoncé comprend les montants des cotisations calculés sur les salaires déclarés pour 2011 et 2012, ainsi que les frais administratifs, de sommation, de poursuite et les intérêts moratoires, sous déduction des montants versés, ce qui est conforme aux prescriptions en vigueur. Ainsi, les montants de CHF 87'522.50 pour 2011 et CHF 164'768.25 pour 2012 peuvent être confirmés.

E. 22

Au vu de ce qui précède, la responsabilité de M. B _____ est engagée au sens de l'art. 52 LAVS. Ce recourant répond donc du dommage résultant du non-paiement des cotisations afférentes aux salaires versés durant les années 2011 et 2012, soit un montant total de CHF 252'290.75. Son recours est rejeté et les décisions de l'intimée des 11 février 2016 et

E. 23

janvier 2018 le concernant sont confirmées.

A/644/2018 - 38/39 -

E. 24

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/644/2018 - 39/39 -

PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme : 1. Déclare les recours recevables. Au fond : 2. Rejette celui de M. A _____. 3. Rejette celui de M. B _____. 4. Confirme les décisions de l'intimée des 11 février 2016 et 23 janvier 2018 concernant MM. A _____ et B _____. 5. Dit que la procédure est gratuite. 6. 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

Marie-Catherine SECHAUD

La présidente

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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.