

GE_GERICHTE ATAS/1168/2017 vom 20. Dezember 2017

GE Cour de justice, 2017-12-20, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1168_2017

FR: GE_GERICHTE ATAS/1168/2017 du 20 décembre 2017

IT: GE_GERICHTE ATAS/1168/2017 del 20 dicembre 2017

Erwägungen

E. 1

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur dès le 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). 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). En l'espèce, la société faillie était sise dans le canton de Genève. Partant, la chambre de céans est compétente à raison du lieu et de la matière pour juger du cas d'espèce.

E. 2

octobre 2015 au domicile du recourant A_____, lequel a interjeté recours le 29 décembre 2015 (date du timbre postal), soit en dehors du délai légal. Il allègue toutefois n'avoir pris connaissance de la décision querellée qu'en date du 23 décembre 2015. Il y a lieu ainsi d'examiner la question de la notification. b. Le fardeau de la preuve de la notification d'un acte et de sa date incombe en principe à l'autorité qui entend en tirer une conséquence juridique. En ce qui concerne plus particulièrement la notification d'une décision ou d'une communication de l'administration, elle doit au moins être établie au degré de la vraisemblance prépondérante requis en matière d'assurance sociale (ATF 121 V 5

A/4533/2015 - 12/23 - consid. 3b p. 6). L'autorité supporte donc les conséquences de l'absence de preuve (ou de vraisemblance prépondérante) en ce sens que si la notification ou sa date sont contestées et qu'il existe effectivement un doute à ce sujet, il y a lieu de se fonder sur les déclarations du destinataire de l'envoi (ATF 129 I 8 consid. 2.2; 124 V 400 consid. 2a et les références). La notification irrégulière d'une décision ne doit entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 38 PA et 49 LTF; art. 49 al. 3 LPGA). Cependant, la jurisprudence n'attache pas nécessairement la nullité à l'existence de vices dans la notification; la protection des parties est suffisamment garantie lorsque la notification irrégulière atteint son but malgré cette irrégularité. Il y a lieu d'examiner, d'après les circonstances du cas concret, si la partie intéressée a réellement été induite en erreur par l'irrégularité de la notification et a, de ce fait, subi un préjudice. Il convient à cet égard de s'en tenir aux règles de la bonne foi qui imposent une limite à l'invocation du vice de forme; ainsi l'intéressé doit agir dans un délai raisonnable dès qu'il a connaissance, de quelque manière que ce soit, de la décision qu'il entend contester (ATF 122 I 97 consid. 3a/aa ; 111

V 149 consid. 4c et les références). Cela signifie notamment qu'une décision, fût-elle notifiée de manière irrégulière, peut entrer en force si elle n'est pas déférée au juge dans un délai raisonnable (SJ 2000 I p. 118). De jurisprudence constante, un acte judiciaire, notifié par pli postal recommandé, est tenu pour remis à son destinataire non seulement au moment où celui-ci le reçoit effectivement, mais déjà lorsque cet envoi se trouve dans sa sphère d'influence et qu'il est à même d'en prendre connaissance (ATF 117 V 131 consid. 4a). Cela vaut également lorsque le destinataire a chargé un tiers de recevoir ce courrier (arrêt du Tribunal fédéral 8C_404/2008 du 26 janvier 2009 consid. 2.2). Dans ce cas, la notification au tiers autorisé vaut réception de l'envoi postal par le destinataire et notification à celui-ci. Sont notamment habilités à prendre possession de l'acte l'épouse, les enfants, parents ou grands-parents du destinataire, pour autant qu'ils fassent ménage commun avec lui. En revanche, le simple fait pour un membre de la famille de passer des vacances chez le destinataire est insuffisant pour fonder une communauté domestique (DONZALLAZ, La notification en droit interne suisse, Berne 2002, n° 853 et 860).

E. 3

a. En l'espèce, la décision sur opposition du 30 septembre 2015 a été distribuée au domicile de M. A_____. Ce dernier soutient toutefois qu'il ne l'a pas reçue, précisant qu'il n'a pas signé l'avis de réception du 2 octobre 2015 et qu'il ne reconnaît pas la signature qui y est apposée. Elle ne correspond pas non plus à celle de l'un des membres de sa famille habitant à la même adresse. Le recourant explique qu'à l'époque de la notification, des membres de sa famille d'Iran, de passage à Genève, logeaient chez lui. Il était donc possible que l'un d'entre eux ait réceptionné le recommandé. En tout état de cause, il s'agissait d'un tiers non autorisé qui ne lui a pas remis le courrier recommandé. Le justificatif de distribution de la Poste atteste que le recommandé destiné à M. A_____ a été distribué à son domicile à 9h32 le 2 octobre 2015, contre

A/4533/2015 - 13/23 - signature (cf. pièce 44 chargé l'intimée). La chambre de céans constate toutefois que la signature apposée sur ce justificatif ne correspond pas à celle du recourant, telle qu'elle figure sur l'opposition, sa carte d'identité et les divers courriers qu'il a adressés à l'intimée (cf. notamment pièces nos 29, 31, 36 chargé intimée ; pièce no 15 chargé recourant). Partant, il convient d'admettre que la communication n'a pas été notifiée à son destinataire. b. Reste à déterminer si la communication a été notifiée à un tiers autorisé. Lorsque la notification intervient par pli recommandé (actuellement lettre signature), elle est réputée parfaite lorsque l'intéressé ou toute personne qui le représente ou dont on peut légitimement penser qu'elle le représente a reçu le pli ou l'a retiré au guichet postal en cas d'absence lors du passage du facteur (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 24/05 du 11 avril 2005 consid. 4.1 ; ATF 110 V 37 consid. 3). Au regard des copies des pièces d'identité, la signature figurant sur le justificatif de distribution ne correspond pas davantage à celles des membres de la famille vivant à la même adresse que le recourant (cf. pièces nos 14, 165 et 17 chargé recourant). Or, à l'époque de la notification, plusieurs personnes – d'origine iranienne et de langue perse – de passage à Genève logeaient chez le recourant, de sorte qu'il n'est pas exclu que l'une d'elles ait réceptionné le pli. Le recourant soutient que personne ne lui a remis le pli recommandé et qu'en tout état de cause, il ne s'agissait pas d'un tiers habilité à le représenter. La chambre de céans estime qu'il existe un doute sur le point de savoir si la décision a été distribuée à un tiers autorisé à représenter le recourant A_____, de sorte qu'en l'espèce, la notification ne peut être réputée parfaite. Ceci est conforté par le comportement ultérieur du recourant, lequel, après l'envoi de la

sommation de payer envoyée par l'intimée le 25 novembre 2015, a rapidement réagi en indiquant qu'il n'avait pas reçu la décision à laquelle l'intimée se référait, puis en a requis une copie. En conséquence, il convient de se fonder sur les déclarations du destinataire, lequel affirme avoir reçu la décision querellée le 23 décembre 2015. Partant, le recourant A_____ a agi en temps utile en saisissant la chambre de céans d'un recours le 29 décembre 2015. Déposé dans la forme prévue par la loi, son recours est recevable (art. 89B loi de la sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA-GE - E 5 10).

E. 4

S'agissant du recourant B_____, la décision sur opposition du 5 octobre 2015 lui a été adressée par pli recommandé, distribué à son domicile le mardi 6 octobre 2015 à 13h11 (cf. pièce 44 chargé intimée). Le recourant allègue que c'est M. J_____, un cousin de passage à Genève, non francophone, qui a signé l'accusé de réception de la Poste et a emporté la décision avec lui en Iran, sans comprendre qu'il devait la lui remettre. Le recourant en tire la conclusion que la décision a été reçue par un tiers non autorisé, de sorte que la notification est irrégulière.

A/4533/2015 - 14/23 - La chambre de céans constate que la signature figurant sur l'accusé de réception postal du 6 octobre 2015 – sur laquelle on distingue clairement le prénom « A_____ » – ressemble en tout point à celle de M. A_____. On peut donc légitimement s'interroger sur la thèse selon laquelle l'accusé de réception aurait été signé par M. J_____, dont on peine à comprendre pourquoi il aurait signé « A_____ » en caractères latins alors que son prénom est J_____ et qu'il s'exprime en langue perse, en rédigeant de droite à gauche. Il paraît tout aussi insolite que le prénommé ait emporté la décision en Iran, sans penser à la remettre au recourant ni même l'avertir qu'il l'avait reçue, alors qu'il était d'emblée reconnaissable que le pli ne lui était pas destiné. Cela étant, dans la mesure où l'intimée admet, dans son écriture du 18 octobre 2016, que la signature figurant sur l'accusé de réception postal est celle de M. J_____, lequel n'était pas autorisé à représenter le recourant, il convient de se fonder sur les déclarations du destinataire et de retenir que la décision lui a été notifiée le 9 décembre 2015. Partant, le recourant B_____ a agi en temps utile en saisissant la chambre de céans le 29 décembre 2015. Déposé dans la forme légale, son recours est également recevable.

E. 5

a. A teneur de l'art. 52 LAVS en vigueur dès le 1er janvier 2003 (introduit par le ch. 7 de l'annexe à la LPGA), l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation (al. 1). Un dommage est survenu dès que la caisse de compensation voit lui échapper un montant dû de par la loi. Le montant du dommage 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). b. En l'espèce, le dommage résulte de la perte de la créance de cotisations subie par l'intimée pour les années 2011 à 2014, correspondant aux cotisations AVS/AI/APG, chômage, allocations familiales et assurance maternité dues par la société faillie.

E. 6

À titre liminaire, il sied d'examiner la question de la prescription. a. Le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus. L'employeur peut renoncer à invoquer la prescription (al. 3). Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (cf. SVR 2005 AHV n° 15 p. 49 consid. 5.1.2; FF 1994 V 964 sv., 1999 p. 4422). Cela signifie qu'ils ne sont plus sauvegardés une fois pour toutes avec la décision relative aux dommages-intérêts; le droit à la réparation du dommage au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS peut donc aussi se prescrire durant la procédure

A/4533/2015 - 15/23 - d'opposition ou la procédure de recours qui s'ensuit (ATF 135 V 74 consid. 4.2 p. 77 et sv.). Le dommage survient dès que l'on doit admettre que les cotisations dues ne peuvent plus être recouvrées, pour des motifs juridiques ou de fait (ATF 129 V 195 consid. 2.2, 126 V 444 consid. 3a, 121 III 384 consid. 3bb, 388 consid. 3a). Tel sera le cas lorsque des cotisations sont frappées de péremption, ou en cas de faillite, en raison de l'impossibilité pour la caisse de récupérer les cotisations dans la procédure ordinaire de recouvrement. Selon la jurisprudence rendue à propos de l'ancien art. 82 al. 1 RAVS, et valable sous l'empire de l'art. 52 al. 3 LAVS (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 18/06, du 8 mai 2006, consid. 4.2), il faut entendre par moment de la «connaissance du dommage», en règle générale, le moment où la caisse de compensation aurait dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances effectives ne permettaient plus d'exiger le paiement des cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (ATF 129 V 195). En cas de faillite, ce moment correspond en règle générale à celui du dépôt de l'état de collocation, ou celui de la publication de la suspension de la liquidation de la faillite faute d'actifs (ATF 129 V 193 consid. 2.3). C'est à ce moment que prend naissance la créance en réparation du dommage et que, au plus tôt, la caisse a connaissance de celui-ci au sens de l'art. 82 aRAVS (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 284/02, consid. 7.2; cf. aussi 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. 405 s.). S'agissant des actes interruptifs de prescription, la jurisprudence retient que si le juge ne peut interrompre la prescription que par une ordonnance ou une décision, «chaque acte judiciaire des parties» suffit à produire cet effet (art. 138 al. 1 CO). La notion d'acte judiciaire des parties doit être interprétée largement (ATF 106 II 35 consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 9C_289/2009 du 19 mai 2010 consid. 4.2 et les références), tout en ayant égard à la ratio legis de la disposition citée, qui est de sanctionner l'inaction du créancier. Il faut donc considérer comme acte judiciaire d'une partie tout acte de procédure relatif au droit invoqué en justice et susceptible de faire progresser l'instance (cf. ATF 130 III 207 consid. 3.2). Par ailleurs, conformément à l'ATF 135 V 74, l'opposition à une décision interrompt le délai de prescription de deux ans et fait courir un nouveau délai de même durée. b. En l'espèce, il convient de rappeler que les 9 janvier et 22 avril 2013, l'intimée a reçu deux actes de défaut de biens se rapportant aux cotisations paritaires impayées du 1er septembre au 31 décembre 2011. Par ailleurs, le Tribunal de première instance a suspendu la procédure de faillite pour défaut d'actifs par jugement du 28 août 2014, publié dans la FOSSC du 5 septembre 2014. La chambre de céans considère que c'est lors de la suspension de la liquidation de la faillite faute d'actifs, publiée le 28 août 2014, voire au plus tôt lors de la

A/4533/2015 - 16/23 - délivrance du premier acte de défaut de biens, le 9 janvier 2013, que l'intimée a su qu'elle subissait un dommage, de sorte que ses décisions du 28 octobre 2014 sont intervenues dans le délai légal de deux ans dès la connaissance du dommage. Elles ont en outre été rendues moins de cinq ans après le prononcé de la faillite. L'intimée a ainsi respecté les délais prévus à l'art. 52 al. 3 LAVS. Par la suite, le délai de prescription a été interrompu et un nouveau délai de même durée a commencé à courir en date des 26 novembre 2014 (oppositions de MM. A_____ et B_____), 30 septembre 2015, 5 octobre 2015 (décisions sur opposition), 29 décembre 2015 (recours de MM. A_____ et B_____), et depuis, à chaque nouvel acte judiciaire des parties, de sorte qu'à ce jour, la prescription n'est pas acquise.

E. 7

Il convient de déterminer si les recourants peuvent être qualifiés d'« employeurs » tenus de verser des cotisations au sens de l'art. 52 LAVS. a. A teneur de l'art. 52 al. 2 LAVS, si l'employeur est une personne morale, les membres de l'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à titre subsidiaire du dommage. Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles répondent solidairement de la totalité du dommage. 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; ATF 119 V 401 consid. 2). 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; ATF 117 II 432 consid. 2b; ATF 117 II 570 consid. 3; ATF 107 II 349 consid. 5a; 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

A/4533/2015 - 17/23 - 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; ATF 117 II 570 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 128/04 du 14 février 2006 consid. 3 ss). La qualité d'organe est 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 RC 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 (ATF 117 II 572; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 128/04 du 14 février 2006 consid. 3). c. 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; 114 V 213 consid. 3). Conformément à la jurisprudence, 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; 103 V 120 consid. 5; Marco Reichmuth, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, 2008, n. 244 et 256 ss; arrêt du Tribunal fédéral 9C_535/2008 du 3 décembre 2008 consid. 2). d. Dans le cas d'une Sàrl, les gérants 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

A/4533/2015 - 18/23 - engager leur responsabilité (art. 827 CO en 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 consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 252/01 du 14 mai 2002 consid. 3b et d; arrêt du Tribunal fédéral 9C_344/2011 du 3 février 2012 consid. 3.2).

E. 8

a. En l'espèce, le recourant B_____ a été inscrit au registre du commerce du 21 septembre 2011 au 7 septembre 2012 en qualité de titulaire d'une signature individuelle mais sans fonction de gérant, ce qui ne suffit pas à engager sa responsabilité, à moins que la qualité d'organe de fait ne lui soit reconnue. L'intimée soutient que le recourant a occupé une position d'organe de fait, arguant qu'il a rempli le questionnaire d'affiliation de la société, lui a annoncé l'engagement d'un employé et a été entendu par l'office des faillites en août 2014. Elle souligne par ailleurs qu'il a réceptionné plusieurs commandements de payer durant l'année 2014. C'est le lieu de rappeler qu'il incombe à la caisse – qui supporte les conséquences de l'échec de la preuve – d'alléguer les faits fondant la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS et permettant d'établir qu'une personne occupait au sein d'une société la position d'un organe au sens matériel (ATF 114 V 218 consid. 5 in

fine). Or, les faits invoqués par l'intimée ne permettent pas d'aboutir à une telle conclusion en ce qui concerne le recourant B_____. En effet, l'intimée n'allègue ni a fortiori ne démontre que le prénommé aurait eu le pouvoir de disposer des cotisations sociales et de les verser à la caisse de compensation, étant rappelé que les salaires étaient versés par M. G_____ et que c'est également ce dernier qui a établi les attestations de salaire destinées à la caisse (cf. pièces 125 et 126 chargé intimée). Le recourant a par ailleurs indiqué qu'il n'avait pas eu accès au compte bancaire de la société et aucun des protagonistes interrogés, qu'il s'agisse de MM. I_____, H_____, de l'appelé en cause ou encore de A_____, n'a confirmé qu'il avait été un dirigeant de la société. Contrairement à ce que soutient l'intimée, le fait que M. B_____ ait réceptionné des commandements de payer adressés à la société – dont on relèvera incidemment qu'ils ont été notifiés à « M. B_____, employé » – ne permet pas d'aboutir à une autre conclusion. En effet, en droit des poursuites, toute personne habile à recevoir le commandement de payer en vertu de la loi – ce qui inclut notamment l'employé d'une personne morale (art. 65 al. 2 LP) – peut valablement former opposition, sous réserve de ratification par la personne ou l'organe compétent (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 20/01 du 21 juin 2001 consid. 5). Conformément à la jurisprudence, on ne peut pas non plus déduire du fait que le recourant ait accompli sur délégation certaines tâches administratives, notamment qu'il ait rempli un questionnaire d'affiliation et qu'il ait annoncé un employé à la caisse, la conclusion qu'il aurait occupé une position d'organe au sein de la société. Que le recourant ait été auditionné par l'office des poursuites ne paraît pas décisif non plus, car il était

A/4533/2015 - 19/23 - au bénéfice d'une procuration signée par M. G_____ (cf. pièce 111 chargé intimée). En définitive, les faits dont se prévaut l'intimée ne suffisent pas à démontrer que le recourant B_____ aurait exercé une influence décisive sur la formation de la volonté de la société et qu'il aurait pris des décisions excédant le cadre des affaires quotidiennes. La position d'organe de fait invoquée n'étant pas établie à satisfaction de droit, une responsabilité découlant de l'art. 52 LAVS doit être niée en ce qui le concerne. b. Il en va différemment du recourant A_____, dont on rappellera qu'il a été inscrit au registre du commerce dès le 21 septembre 2011 en qualité de gérant, titulaire d'une signature individuelle. Au vu de sa position de gérant, ce dernier revêtait indéniablement la qualité d'organe formel de la société et partant, devait assumer les tâches prescrites par la loi, en particulier veiller personnellement à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires soient effectivement payées à l'intimée. Il répond donc en principe du dommage subi par l'intimée (art. 810 et 827 CO, en corrélation avec l'art. 754 CO).

E. 9

Reste à examiner si les autres conditions de la responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS sont réalisées, à savoir si le prénommé a commis une faute ou une négligence grave et s'il existe un lien de causalité entre son comportement et le dommage causé à l'intimée. 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. 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; RCC 1978 p. 259; RCC 1972 p. 687). 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). De jurisprudence constante, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui ne fait pas preuve 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. La négligence grave mentionnée à l'art. 52 LAVS est admise très largement par la jurisprudence (ATF 132 III 523 consid. 4.6). Ainsi, 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

A/4533/2015 - 20/23 - 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). Committent 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). La négligence grave est également donnée lorsque l'administrateur n'assume pas son mandat dans les faits. Une personne qui se déclare prête à assumer ou à conserver un mandat tout en sachant qu'elle ne pourra pas le remplir consciencieusement viole son obligation de diligence (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 ; arrêts du Tribunal fédéral des assurances H 87/04 du 22 juin 2005 consid. 5.2.2 et H 234/00 du 27 avril 2001 consid. 5d). 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). b. Par ailleurs, la responsabilité d'un administrateur dure en règle générale jusqu'au moment où il quitte effectivement le conseil d'administration et non pas jusqu'à la date où son nom est radié du registre du commerce. Cette règle vaut pour tous les cas où les démissionnaires n'exercent plus d'influence sur la marche des affaires et ne reçoivent plus de rémunération pour leur mandat d'administrateur (ATF 126 V 61). c. Il existe en règle générale un lien de causalité adéquate entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations, sous réserve du cas où l'administrateur est entré en fonction alors que la société était déjà surendettée (ATF 119 V 401 consid. 4c), de sorte que celui-ci répond solidairement de tout le dommage subi par l'assurance en cas de faillite de la société (ATF 132 III 523).

E. 10

En l'espèce, en acceptant un mandat de gérant, inscrit comme tel au registre du commerce, le recourant A_____ est devenu de plein droit un organe de la société et devait assumer les tâches prescrites par la loi. À ce titre, il lui appartenait notamment de se renseigner sur la situation financière de la société et de veiller personnellement à ce que les cotisations paritaires soient effectivement payées à la caisse de compensation, ceci indépendamment du

mode de répartition interne des

A/4533/2015 - 21/23 - tâches au sein de la société (cf. arrêt 9C_289/2009 du 19 mai 2010 consid. 6.2). Le recourant ne pouvait ignorer les tâches inhérentes à sa fonction, puisqu'il avait déjà été tenu pour responsable d'un dommage résultant d'arriérés de cotisations sociales dans le cadre d'une procédure antérieure (ATAS/905/2013 du 18 septembre 2013). Par ailleurs, il ne saurait se libérer de sa responsabilité en soutenant qu'il ne s'occupait pas de la gestion de la société et que celle-ci était dirigée dans les faits par l'appelé en cause, car cela constitue déjà en soi un cas de négligence grave (arrêts du Tribunal fédéral 9C_713/2013 du 30 mai 2014 consid. 5.2 ; 9C_344/2011 du 3 février 2012 consid. 4.2). Il ne ressort pas du dossier que le recourant ait cherché à s'informer auprès de l'appelé en cause, son employeur, de l'état exact des finances de la société ou des mesures qui auraient pu être prises pour s'assurer du paiement des cotisations sociales. Sa situation s'apparente ainsi à celle d'un homme de paille et c'est précisément en cela que réside sa faute, car celui qui se déclare prêt à assumer un mandat, tout en sachant qu'il ne pourra pas le remplir consciencieusement, viole son obligation de diligence (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 244/99 du 18 février 2000 consid. 2b ; ATF 122 III 200 consid. 3b). En renonçant à exercer la surveillance qu'impliquait son statut de gérant, le recourant a commis une négligence qui, sous l'angle de l'art. 52 LAVS, doit être qualifiée de grave (ATF 112 V 3 consid. 2b). Même à supposer qu'il n'ait pas été en mesure d'exercer ses fonctions, parce que la société était dirigée dans les faits par son employeur, cela ne serait pas un motif de suppression ou d'atténuation de la négligence grave qu'il a commise (ATF 122 III 200 consid. 3b ; Jean-François EGLI, Aperçu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative à la responsabilité des administrateurs de société anonyme, in Publication CEDIDAC 8, 1987, p. 32).

E. 11

La passivité du recourant est par ailleurs en relation causale avec le dommage subi par la caisse de compensation. En effet, on peut raisonnablement admettre que le dommage ne serait pas survenu, ou qu'il ne serait survenu que dans une moindre mesure, si l'intéressé avait correctement exécuté son mandat, en veillant personnellement au paiement des cotisations d'assurances sociales, voire en exigeant de l'appelé en cause qu'il les verse dans les délais.

E. 12

Au vu de ce qui précède, c'est à juste titre que l'intimée a considéré que le recourant A_____ était responsable du dommage résultant du non-paiement des cotisations sociales pour la période courant de septembre à décembre 2011, soit de son inscription au registre du commerce jusqu'à sa démission. Partant, son recours est rejeté.

E. 13

En revanche, le recours déposé par M. B_____ est admis et la décision le concernant, annulée. Le recourant B_____ obtenant gain de cause, une indemnité de CHF 2'500.- lui est accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA ; art. 89H al. LPA ; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure

A/4533/2015 - 22/23 - administrative du 30 juillet 1986 - RFPA ; RS E 5 10.03), au vu de la complexité de l'affaire, du nombre d'écriture, de leur pertinence et des deux audiences intervenues.

E. 14

La procédure est gratuite (art. 89H al. 1 LPA).

A/4533/2015 - 23/23 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme : 1. Déclare les recours recevables. Au fond : 2. Rejette le recours déposé par M. A_____. 3. Admet le recours déposé par M. B_____ et annule la décision sur opposition du 5 octobre 2015. 4. Condamne l'intimée à verser à M. B_____ une indemnité de 2'500.- à titre de dépens. 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

E. 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

Isabelle CASTILLO

La présidente

Catherine TAPPONNIER 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.