

GE_GERICHTE ATAS/1187/2018 vom 19. Dezember 2018

GE Cour de justice, 2018-12-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_1187_2018

FR: GE_GERICHTE ATAS/1187/2018 du 19 décembre 2018

IT: GE_GERICHTE ATAS/1187/2018 del 19 dicembre 2018

Erwägungen

E. 42

Lors d'une audience du 9 mai 2018 : a. La recourante a déclaré à la chambre de céans qu'elle était rentrée en 2007 dans la société et qu'elle travaillait déjà auparavant avec le directeur pour l'établissement. Elle s'occupait du secrétariat et de la comptabilité et préparait les paiements pour le directeur, lequel engageait le personnel. Elle avait plutôt un rôle de secrétaire que de directrice. Elle n'avait rien signé pour la société. C'était le directeur qui dirigeait la société. Elle passait à l'établissement pour veiller au respect des lois. Quand elle avait constaté que la société n'arrivait pas à payer les charges sociales et les salaires, elle avait compris que celle-ci avait des problèmes financiers. La résiliation du bail par le propriétaire des locaux avait contribué à cette situation. La société avait dû dépenser de l'argent pour des avocats. Ils n'avaient pas été passifs et avaient essayé de réduire les charges et le personnel au maximum dès 2014. Elle avait renoncé à démissionner pour ne pas mettre la société en difficultés, car c'était elle qui avait l'autorisation d'exploiter. Une nouvelle autorisation n'aurait pas été donnée, compte tenu du litige de la société avec le propriétaire des locaux. Ils avaient le fort espoir de récupérer le bail, car ils avaient des acheteurs potentiels pour le fonds de commerce. Le propriétaire avait résilié le bail pour récupérer les locaux sans fondement. Il avait l'intention d'unifier l'établissement et l'_____. L'administrateur-président lui avait posé des questions sur la gestion de la société, mais elle ne pouvait pas toujours lui répondre, car le directeur lui donnait des informations au compte-gouttes. Celui-ci gérait l'établissement et prenait la caisse tous les soirs. Avec l'administrateur-président, ils avaient essayé à plusieurs reprises de convaincre le directeur de leur amener les caisses, mais il ne l'avait pas fait. Il gardait l'argent pour faire les paiements, car il

A/4245/2017 - 10/23 - n'avait pas accès aux comptes bancaires. C'était pour cette raison qu'il avait supprimé l'usage des cartes de crédit. Elle était restée jusqu'à la fin, dans l'espoir que la société puisse récupérer le bail et vendre le fonds de commerce, ce qui aurait permis de payer l'arriéré des cotisations et des salaires. b. Le recourant a déclaré que le directeur n'avait pas accès aux comptes bancaires. Dès juin 2014, le directeur lui avait apporté des montants qui lui avaient permis de payer le montant réclamé dans la première décision en réparation du dommage. Le directeur prenait chaque soir le chiffre d'affaires de la journée et s'occupait des paiements. Le recourant n'avait aucun moyen de contrôle. Il avait organisé plusieurs réunions pour obtenir des explications et des pièces. Tant que le chiffre d'affaires avait été versé sur les comptes bancaires, il avait procédé aux paiements et la société allait bien. La résiliation du bail avait causé des difficultés à la société. La société avait racheté certaines dettes de la société, notamment auprès des fournisseurs, pour la mettre en faillite sans poursuite préalable. Cela l'avait contrainte à payer immédiatement les factures, sans quoi elle risquait d'être mise en faillite. La procédure contre la résiliation du bail avait duré

cinq ans. S'il était sorti de la société, il aurait été quasiment impossible à celle-ci de retrouver un administrateur, car elle était endettée. Son objectif était de vendre le fonds de commerce et de payer les dettes sociales. Il avait eu des tensions avec le directeur qui ne lui donnait pas d'informations. Mais ceux qui avaient joué un mauvais rôle dans cette affaire étaient l'administrateur et son associé. Leur objectif était de faire sortir le directeur de l'établissement et des locaux avec zéro franc. Le fils du propriétaire des locaux était l'associé de l'avocat du directeur, lequel avait été administrateur de la société. Le directeur avait informé l'administrateur du fait qu'il avait un repreneur et, deux semaines plus tard, la société avait reçu la résiliation du bail et l'administrateur avait démissionné de la société. Dès 2012 ou 2013, pour diminuer les charges de la société, le recourant avait demandé au directeur de résilier les contrats qui n'étaient pas nécessaires, par exemple de marketing et un téléphone portable. Il avait également payé avec son propre argent le loyer à plusieurs reprises et fait des versements dans le cadre des procédures de faillite sans poursuite préalable. Le directeur avait également fait des démarches pour renflouer la société, notamment en contractant des emprunts. Le directeur avait racheté le fonds de commerce en 1996 pour CHF 680'000.-. Avec la recourante, ils pensaient que la vente du fonds de commerce rapporterait au moins cette somme, étant précisé que des repreneurs avaient proposé des sommes plus importantes. Le Tribunal fédéral avait estimé que le congé n'était pas abusif, mais avait renvoyé la cause pour une prolongation de bail pour la société et le directeur qui étaient cotitulaires du bail. Une prolongation de trois à cinq ans aurait pu être octroyée, mais la société n'avait pas payé un loyer, ce qui avait précipité la déconfiture. c. Avec l'accord des parties, la chambre de céans a appelé en cause le directeur, qui a déclaré que, concrètement, c'était lui qui gérait l'établissement. Il voyait la recourante une à deux fois par semaine. Celle-ci s'occupait notamment du courrier

A/4245/2017 - 11/23 - et préparait les salaires. Elle n'avait jamais pris de décisions relatives à l'engagement de personnel ou pour les achats. En raison du fait qu'elle avait la patente, elle devait être présente dans l'établissement un certain nombre d'heures. Il avait exploité l'établissement depuis 1996 avec succès jusqu'à la résiliation du bail par le propriétaire en 2012. Le propriétaire avait décidé de récupérer l'établissement pour rien et de louer les locaux au double du prix. Comme il n'y avait plus d'argent dans la société et qu'il n'avait pas accès au compte bancaire de la société, cela l'arrangeait de toucher du liquide, car il payait les salaires le soir même et les marchandises à l'achat. En 2012, il avait été déstabilisé par la résiliation du bail. Le propriétaire avait fait fuir la clientèle et cela l'avait rendu malade. S'agissant des cotisations sociales, il avait eu de la peine à payer le personnel et avait cherché de l'argent auprès d'amis. Il estimait avoir collaboré avec l'administrateur-président en lui donnant des informations sur la gestion de la société. Il prenait ses responsabilités. Il avait exploité l'établissement pendant 21 ans et était parti avec zéro franc, à l'âge de 62 ans. La recourante avait présenté deux fois sa démission. Il tenait à ce qu'elle reste, car si elle partait, il n'aurait plus eu de patente. Il en était de même pour l'administrateur-président, qui était en colère contre lui. Si celui-ci partait, il n'aurait sans doute pas retrouvé d'administrateur, vu l'état de la société. Il avait décidé de continuer, car il avait l'espoir de payer les dettes de la société et de sortir par la grande porte. Il pensait gagner le procès contre le propriétaire des baux. La procédure avait été longue. Il y avait des personnes intéressées à reprendre l'établissement pour un montant important, mais le propriétaire n'était pas d'accord. Il avait le sentiment d'avoir fait l'objet d'un complot. Son avocat avait des liens avec le propriétaire et il y avait un conflit d'intérêts.

E. 43

Le 14 mai 2018, la recourante a transmis à la chambre de céans trois contrats de travail dont il ressort qu'elle était engagée par la société, en qualité d'exploitante responsable, quinze heures par semaine dès le 1er avril 2007.

E. 44

Le 5 juin 2018, l'administrateur-président a allégué avoir tout tenté pour maintenir la société en vie dans l'espoir que le bail et le fonds de commerce puissent être transmis à un tiers, ce qui aurait permis le paiement des dettes sociales de la société. Il ne disposait malheureusement pas d'offres écrites pour chacune des propositions qui leur avaient été faites. C'était dans cet état d'esprit qu'il avait procédé à divers paiements qui avaient pour seul but de permettre la remise du fonds de commerce et éviter le risque à la société d'être mise en faillite. Le montant total de ces paiements s'élevait à CHF 167'850.50, montant qui allait bien au-delà de l'investissement qui pouvait être attendu d'un administrateur, mais qui s'expliquait par les circonstances particulières de la situation, étant rappelé qu'ils étaient face à une bailleresse qui avait fait preuve d'un acharnement incompréhensible à leur encontre, usant de procédés abusifs et contraires aux principes de la bonne foi.

E. 45

Le 9 juillet 2018, la caisse a relevé que le recourant avait choisi de donner la priorité au règlement d'autres dettes, tel que le paiement des loyers, en lieu et place de l'acquittement des charges sociales, ce qui constituait manifestement une faute.

A/4245/2017 - 12/23 - Il n'avait pris aucune mesure concrète en vue du paiement effectif des sommes dues à la caisse. Il avait ainsi sans conteste commis une faute ou du moins une négligence grave dans le cadre de son mandat d'administrateur. S'agissant de la recourante, celle-ci préparait les fiches de salaires et savait que les charges sociales n'étaient pas payées. Les recourants savaient que le directeur avait décidé de supprimer les cartes de crédit et qu'il gardait le cash pour faire des versements sans le remettre sur un compte en banque ni dans un coffre et ils n'avaient rien entrepris pour mettre fin à cette gestion illicite de la société.

E. 46

Sur ce, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - 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). b. La société ayant été domiciliée dans le canton de Genève jusqu'au moment de sa faillite, la chambre de céans est compétente *ratione materiae et loci* pour juger du cas d'espèce. 2. Interjetés dans les forme et délai prévus par la loi, les recours sont recevables (art. 38 et 56 à 61 LPGA; art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]). 3. Le litige porte sur la responsabilité des recourants pour le préjudice subi par l'intimée en raison

du défaut de paiement par la société des cotisations sociales afférentes aux salaires versés en 2012 (solde) et 2013 (février à novembre). 4. L'art. 14 al. 1 LAVS en corrélation avec les art. 34 et suivants RAVS, prescrit l'obligation pour l'employeur de déduire sur chaque salaire la cotisation du salarié et de verser celle-ci à la caisse de compensation avec sa propre cotisation. Les employeurs doivent envoyer aux caisses, périodiquement, les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs salariés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de payer les cotisations et de fournir les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. À cet égard, le Tribunal fédéral a déclaré, à réitérées

A/4245/2017 - 13/23 - reprises, que la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS est liée au statut de droit public. L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 193 consid. 2a). À teneur de l'art. 52 LAVS, 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). 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 (al. 2). 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. Si le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est applicable (al. 3). La caisse de compensation fait valoir sa créance en réparation du dommage par voie de décision (al. 4). 5. À titre liminaire, il faut examiner si la prétention de l'intimée est prescrite. a. Les délais prévus par l'art. 52 al. 3 LAVS doivent être qualifiés de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (SVR 2005 AHV n° 15 p. 49 consid. 5.1.2; FF 1994 V 964 ; FF 1999 p. 4422). Alors que le délai de prescription de deux ans commence à courir dès la connaissance du dommage, celui de cinq ans débute, en revanche, dès la survenance du dommage (ATF 129 V 193 consid. 2.2). 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 d'opposition ou la procédure de recours qui s'ensuit (ATF 135 V 74 consid. 4.2). 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 193 consid. 2.2; ATF 126 V 443 consid. 3a; ATF 121 III 382 consid. 3bb; ATF 121 III 386 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. Le dommage subi par la caisse est réputé survenu au moment de l'avènement de la péremption ou au jour de la faillite. Le jour de la survenance du dommage marque celui de la naissance de la créance en réparation et la date à partir de laquelle court le délai de cinq ans (ATF 129 V 193 consid. 2.2 ; ATF 123 V 12 consid. 5c). 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

A/4245/2017 - 14/23 - 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. En cas de faillite, le moment de la connaissance du dommage 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. 2.1 et 2.3). Lorsque la caisse subit un dommage à cause de l'insolvabilité de l'employeur mais en dehors de la faillite de celui-ci, le moment de la connaissance du dommage et, partant, le point de départ des délais de prescription coïncident avec le moment de la délivrance d'un acte de défaut de biens ou d'un procès-verbal de saisie valant acte de défaut de biens définitif au sens de l'art. 115 al. 1 LP (en corrélation avec l'art. 149 LP), soit lorsque le procès-verbal de saisie indique que les biens saisissables font entièrement défaut (ATF 113 V 256 consid. 3c). 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 du 19 février 2003 consid. 7.2). Tandis que 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 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse - CO, Code des obligations - RS 220). Cette notion d'acte judiciaire des parties doit être interprétée largement 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 (ATF 130 III 202 consid. 3.2). Par ailleurs, tant la décision que l'opposition interrompent le délai de prescription de deux ans et font courir un nouveau délai de même durée (ATF 135 V 74 consid. 4.2.2). b. En l'espèce, le dommage s'est produit dès le 28 août 2015, date de la délivrance des actes de défauts de biens liés au solde des cotisations salariales impayées pour 2012 et 2013. Ainsi, le délai absolu de prescription de cinq ans courant dès le 28 août 2015 et les délais relatifs de prescription de deux ans courant dès le 28 août 2015 ont été interrompus en temps utile par les décisions en réparation du dommage du 22 septembre 2016, les décisions sur opposition du 28 septembre 2017, et les recours des 23 et 30 octobre 2017. 6. Les actions en réparation du dommage n'étant pas prescrites, il convient à présent d'examiner si les autres conditions de la responsabilité de l'art. 52 LAVS sont réalisées, à savoir si les recourants doivent être considérés comme étant

A/4245/2017 - 15/23 - « l'employeur » tenu 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. La nouvelle teneur de l'art. 52 al. 2 LAVS, entrée en vigueur le 1er janvier 2012, codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle, si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom (ATAS/610/2013 du 18 juin 2013 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). 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 234/02 du 16 avril 2003 consid. 7.3 publié in REAS 2003 p. 251). 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 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 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 (ATF 117 II

A/4245/2017 - 16/23 - 572; 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; 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). Selon la jurisprudence, les personnes qui sont légalement ou formellement organes d'une personne morale entrent en principe toujours en considération en tant que responsables subsidiaires

aux conditions de l'art. 52 LAVS. Le Tribunal fédéral a ainsi reconnu la responsabilité non seulement des membres du conseil d'administration, mais également celle de l'organe de révision d'une société anonyme, du directeur d'une société anonyme disposant du droit de signature individuelle, du gérant d'une société à responsabilité limitée ainsi que du président, du directeur financier ou du gérant d'une association sportive (voir par ex. l'arrêt H 34/04 du 15 septembre 2004 consid. 5.3.1 et les références, in SVR 2005 AHV n° 7 p. 23). 7. a. En l'occurrence, la recourante a été inscrite au registre du commerce en qualité de directrice avec signature collective à deux du 1er février 2007 au 13 mai 2014. Elle ne revêtait donc pas la qualité d'organe formel. Il ressort des faits de la cause que la société était concrètement dirigée par le directeur qui s'occupait, en particulier, des paiements. La recourante n'avait pas le pouvoir de disposer des cotisations non payées et d'effectuer les paiements à la caisse. Bien qu'elle ait tenu un rôle d'une certaine importance dans la société, dans la mesure où elle était

A/4245/2017 - 17/23 - titulaire de la patente et qu'elle participait activement avec le directeur à l'exploitation de l'établissement, elle avait un rôle subalterne par rapport à ce dernier, qui seul peut se voir reconnaître la qualité d'organe de fait de la société. Il en résulte que l'intimée n'était pas fondée à lui réclamer la réparation de son dommage, selon l'art. 52 LAVS. b. S'agissant du recourant, il a été inscrit au registre du commerce en tant qu'administrateur-président dès 2007 et il l'était encore au moment de la faillite de la société. Il avait ainsi 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. 8. Il faut encore examiner si les autres conditions de la responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS sont réalisées, à savoir si le recourant 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. 9. 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). 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. 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 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). L'art. 716a al. 1 CO énumère les attributions intransmissibles et inaliénables des membres d'un conseil d'administration. En font partie l'exercice de la haute surveillance sur les personnes

chargées de la gestion, pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données

A/4245/2017 - 18/23 - (ch. 5). Dans le cadre de l'exercice de cette haute surveillance, l'administrateur répond de la cura in custodiendo. C'est ainsi qu'il a non seulement le devoir d'assister aux séances du conseil d'administration, mais également l'obligation de se faire renseigner périodiquement sur la marche des affaires. Il est tenu de prendre les mesures appropriées lorsqu'il a connaissance ou aurait dû avoir connaissance d'irrégularités commises dans la gestion de la société. Ce devoir de surveillance incombe à tous les membres du conseil d'administration, nonobstant le mode de répartition interne des tâches au sein du conseil d'administration (ATF 114 V 219 consid. 4a ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_926/2009 du 27 avril 2010 consid. 4.3.3 et les références). 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 (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 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 87/04 du 22 juin 2005 consid. 5.2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 234/00 du 27 avril 2001 consid. 5d). Que l'administrateur n'ait pas été en mesure d'exercer ses fonctions parce que la société était dirigée de fait par le directeur ou qu'il ait accepté son mandat à titre fiduciaire dans le seul but de permettre au conseil d'administration de satisfaire aux exigences de l'art. 708 al. 1 CO n'est pas un motif de suppression ou d'atténuation de la faute commise (arrêt du Tribunal fédéral des assurances 9C_344/2011 du 3 février 2012 consid. 4.2). Commet également 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

A/4245/2017 - 19/23 - 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) ou 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_351/2008 consid.

5.2 ou encore arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 224/06 du 10 décembre 2007 consid. 6). 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 consid. 4a). 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). 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). Le fait de s'alarmer de la situation, de négocier avec les créanciers ou encore de tabler sur la promesse d'un actionnaire majoritaire (sur ce point, le recours se réduit

A/4245/2017 - 20/23 - d'ailleurs à une simple affirmation) ne sont pas des circonstances qui feraient apparaître comme légitime ou non fautive l'inobservation par un administrateur des prescriptions en matière d'AVS (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 163/00 du 19 octobre 2000 consid. 3b). 10. En l'espèce, le recourant a réagi de façon active pour tenter d'assurer la survie de la société dont il n'avait manifestement plus la maîtrise financière depuis que le directeur percevait les caisses du jour sans reverser le chiffre d'affaires de l'établissement sur le compte bancaire de celle-ci. Il a tenté, sans succès, de convaincre le directeur d'agir autrement. Pendant près d'une année, en particulier en 2013, la société n'a pas versé les cotisations salariales à l'intimée, ce que le recourant n'ignorait pas. En ne démissionnant pas dans ces circonstances, il a contribué intentionnellement à l'augmentation du dommage de l'intimée. Il a agi ainsi dans l'espoir que le directeur pourrait vendre le fonds de commerce et que la société gagnerait son procès contre le bailleur, ce qui aurait permis à la société de payer les charges sociales et les salaires impayés. Cet espoir, certes encouragé par le fait que la société a obtenu gain de cause dans sa procédure contre son bailleur en première et seconde instances, ne suffit toutefois pas pour que l'on puisse admettre une exception à l'obligation de réparer le dommage. Dans la mesure où le bailleur voulait résilier le bail et récupérer les locaux, l'évolution de la situation était trop aléatoire

pour considérer que le recourant avait des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable. Les problèmes de trésorerie de la société n'étaient pas que passagers, mais manifestement durables. Le recourant a également agi de manière fautive en décourageant la démission de la recourante pour que la société puisse continuer son activité alors même que cette dernière n'avait pas été payée pendant plusieurs mois et en payant des dettes de la société autres que celles liées aux charges sociales. 11. 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). Selon la jurisprudence, celui qui entre dans le conseil d'administration d'une société a le devoir de veiller tant au versement des cotisations courantes qu'à l'acquittement des cotisations arriérées, pour une période pendant laquelle il n'était pas encore administrateur. En règle générale, il y a dans les deux cas un lien de causalité entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations, de sorte que l'administrateur répond solidairement de tout le dommage subi par la caisse de compensation en cas de faillite de la société (RCC 1992 p. 262, 268 ss consid. 7b). 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

A/4245/2017 - 21/23 - 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 AHV n° 70 p. 214 consid. 5 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 167/05 du 21 juin 2006 consid. 8 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 74/05 du 8 novembre 2005 consid. 4). La causalité adéquate peut être exclue, c'est-à-dire interrompue, l'enchaînement des faits perdant alors sa portée juridique, lorsqu'une autre cause concomitante – la force majeure, la faute ou le fait d'un tiers, la faute ou le fait de la victime – constitue une circonstance tout à fait exceptionnelle ou apparaît si extraordinaire que l'on ne pouvait pas s'y attendre. L'imprévisibilité de l'acte concurrent ne suffit pas en soi à interrompre le rapport de causalité adéquate; il faut encore que cet acte ait une importance telle qu'il s'impose comme la cause la plus probable et la plus immédiate de l'événement considéré, reléguant à l'arrière-plan tous les autres facteurs qui ont contribué à l'amener, en particulier le comportement de l'auteur (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 95/05 du 10 janvier 2007 consid. 4). 12. En l'espèce, les manquements du recourant relatifs au défaut de paiement des cotisations salariales dues sont en rapport de causalité avec le dommage subi par l'intimée. En effet, s'il avait démissionné, les activités de la société n'auraient sans doute pas pu continuer. En effet, comme le directeur l'a déclaré, elle aurait eu des difficultés à trouver un nouvel administrateur, vu sa mauvaise situation financière. De même en procédant à divers paiements – autres que l'arriéré des cotisations salariales – pour la société en vue de l'empêcher de tomber en faillite, il a fait perdurer une situation dans laquelle la société continuait à exploiter l'établissement alors qu'elle n'avait plus les moyens de payer les salaires et les cotisations salariales. Son comportement a ainsi contribué à l'augmentation du dommage de l'intimée. 13. Il résulte de ce qui précède que la responsabilité du recourant est engagée au sens de l'art. 52 LAVS et qu'il doit répondre du dommage résultant du non-paiement du solde des cotisations afférentes à 2012 et des cotisations afférentes à 2013. 14. 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). En l'espèce, le recourant ne remet pas en cause la somme réclamée, laquelle est justifiée par les pièces au dossier. 15. En conséquence, le recours formé par le recourant sera rejeté et celui formé par la recourante sera admis et la décision sur opposition la concernant annulée. Il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure à la recourante, qui n'est pas assistée d'un conseil et qui n'a pas fait valoir de frais engendrés par la procédure (art. 61 let. g LPGA).

A/4245/2017 - 22/23 - Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). ***

A/4245/2017 - 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 formé par le recourant. 3. Admet le recours formé par la recourante. 4. Annule la décision sur opposition rendue le 28 septembre 2017 par l'intimée contre la recourante. 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

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.