

GE_GERICHTE ATAS/416/2017 vom 29. Mai 2017

GE Cour de justice, 2017-05-29, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_416_2017

FR: GE_GERICHTE ATAS/416/2017 du 29 mai 2017

IT: GE_GERICHTE ATAS/416/2017 del 29 maggio 2017

Erwägungen

E. 29

L'intimée a répondu aux recours en date du 4 août 2016, sollicitant, préalablement, la jonction des deux causes. Sur le fond, l'intimée a considéré que la connaissance effective du dommage correspondait au dépôt de l'état de collocation et plus particulièrement à la date de la consultation du dossier, le 29 novembre 2012. Partant, la créance n'était pas prescrite. S'agissant des variations de fonctions, l'intimée était d'avis que seule l'instruction du dossier permettrait de préciser l'activité concrète des recourants et une éventuelle modification, indépendante des changements au registre du commerce. Pour l'intimée, les recourants étaient organes, de droit ou de fait, durant les périodes litigieuses. Que des salaires aient été versés ou non, diminués ou non ne signifiait pas encore qu'ils n'étaient pas organes. Enfin, les mesures prises (diminution des salaires et des frais, arrangements de paiement, non intégralement respectés), ne permettaient pas d'exclure une négligence grave, étant rappelé que Monsieur A_____ avait été condamné pénalement pour les faits également objet de la présente procédure.

E. 30

La chambre de céans a joint les recours par ordonnance du 11 août 2016.

E. 31

Par réplique du 7 septembre 2016, les recourants ont persisté dans les termes de leurs recours, concluant à titre subsidiaire, au renvoi à l'intimée pour instruction complémentaire sur leur fonction exacte dans la société.

E. 32

L'intimée a déposé sa duplique le 29 septembre 2016, considérant que ni l'existence d'arrangements de paiement ni les déclarations d'un administrateur quant à sa situation financière personnelle n'étaient "synonyme" de dommage. Par ailleurs, l'intimée avait procédé à une instruction de la cause. La responsabilité de l'art. 52 LAVS était une responsabilité causale, comme le retient d'ailleurs le Tribunal fédéral. Les mesures prises par les recourants pour maintenir la société en vie n'étaient pas susceptibles de modifier sa position.

E. 33

Sur ce, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 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 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).

Sa compétence 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

A/2311/2016 - 7/20 - 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). c. La société étant domiciliée dans le canton de Genève depuis l'année 2006 à tout le moins et ce jusqu'au moment de sa faillite, la chambre de céans est compétente ratione materiae et loci pour juger du cas d'espèce. 2. 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 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). 3. Interjeté dans les formes et délai prévus par la loi, les recours, lesquels ont été joints par ordonnance du 11 août 2016, sont recevables (art. 38 et 56 à 61 LPGA). 4. 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) entre le 1er janvier 2009 et le 7 mars 2012. 5. a. L'art. 14 al. 1er 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. A cet égard, le Tribunal fédéral a déclaré, à réitérées 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). b. A 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

A/2311/2016 - 8/20 - l'assurance, est tenu à réparation (al. 1). La caisse de compensation compétente fait valoir sa créance en réparation du dommage par décision (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 (al. 3). 6. A titre liminaire, il convient d'examiner si la prétention de la caisse 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). b. 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). 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). c. 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). Ainsi, un dommage se produit 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 être survenu le jour de la faillite (ATF 129 V 193 consid. 2.2). d. 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 193 consid. 2.1).

A/2311/2016 - 9/20 - En cas de faillite, le dommage est en règle générale déjà suffisamment connu lorsque la collocation des créances est publiée, respectivement lorsque l'état de collocation (et l'inventaire) est déposé pour être consulté. Ces principes s'appliquent aussi en cas de faillite liquidée par la procédure sommaire car le jugement ordonnant la liquidation sommaire ne permet pas à lui seul de connaître le dommage. Si la faillite n'est liquidée ni selon la procédure ordinaire ni selon la procédure sommaire, il faut admettre que la connaissance du dommage - né au moment de l'ouverture de la faillite - intervient en règle générale au moment de la suspension de la faillite faute d'actifs, la date de la publication de cette mesure dans la FOSC étant déterminante. Aussi n'y a-t-il plus lieu de préciser dans ces cas-là, comme cela était la règle selon la jurisprudence antérieure que la connaissance et la survenance du dommage interviennent en même temps. S'agissant des actes interruptifs de prescription, il sied de retenir ce qui suit (ATF 129 V 193 consid. 2.3). e. 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). 7. a. En l'espèce, la société a été déclarée en faillite par jugement du 27 février 2012. C'est donc à ce moment que le dommage est survenu et que le délai de prescription de cinq ans a commencé à courir. Quant au délai de deux ans, il a débuté à la date du dépôt de l'état de collocation, au plus tôt le 6 novembre 2012, date de la publication dans la feuille d'avis officielle (FAO). L'argument des recourants, selon lequel la caisse avait connaissance du dommage antérieurement à cette date, ne saurait être suivi. En effet, selon la jurisprudence, la connaissance du dommage a lieu au plus tôt lorsque la collocation des créances est publiée, respectivement lorsque l'état de collocation (et l'inventaire) est déposé pour être consulté (ATF 129 V 193 consid. 2.3). En effet, ce n'est qu'à ce moment-là que la caisse saura, au plus tôt, qu'elle ne touchera aucun dividende ou un dividende insuffisant pour couvrir son dommage. Avant cette date, la caisse ne pourra que supposer qu'à tout le moins une partie de son dommage ne sera pas couvert par les dividendes, ce qui ne saurait être assimilé à une connaissance effective du dommage. b. La décision du 11 juin 2014 a ainsi été rendue dans les délais de deux et cinq ans, interrompant les délais en question. Par la suite, de nouveaux délais de même durée ont commencé à courir en date des 10 juillet 2014 (oppositions respectives des recourants), 3 juin 2016 (décisions sur opposition), ainsi que 6 juillet 2016 (recours

A/2311/2016 - 10/20 - respectifs des recourants), 11 août 2016 (ordonnance de jonction) et depuis lors, par chaque acte judiciaire des parties de sorte qu'à ce jour, la prescription n'est pas acquise. 8. L'action en réparation du dommage n'étant pas prescrite, 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 peuvent être considérés comme étant « 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 son (leur) comportement et le dommage causé à l'intimée. 9. 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 ; 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 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 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 A/2311/2016 - 11/20 - 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. La responsabilité pour la gestion ne vise ainsi que la direction supérieure de la société, au plus haut niveau de sa hiérarchie (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 128/04 du 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 ; 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 ; 103 V 120 consid. 5 ; Marco REICHMUTH, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, 2008, n. 244 ss et 256 ss ; cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_535/2008 du 3 décembre 2008 consid. 2) (arrêt du Tribunal fédéral 9C_428/2013 du 16 octobre 2013 consid. 4.2). c. 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

A/2311/2016 - 12/20 - signature individuelle, du gérant d'une société à responsabilité limitée ainsi que du président, du directeur financier ou du gérant d'une association sportive

(arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 34/04 du 15 septembre 2004 consid. 5.3.1 et les références, in SVR 2005 AHV n° 7 p. 23 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_926/2009 du 27 avril 2010 consid. 4.3.1). 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 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 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 128/04 du 14 février 2006 consid. 3). 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). Cette affirmation a par la suite été nuancée par le Tribunal fédéral dans son un arrêt 9C_428/2013 du 16 octobre 2013, dans lequel il a considéré qu'on ne pouvait retenir qu'une personne était organe de fait au motif principal qu'elle était alors inscrite au registre du commerce en tant que titulaire de la signature individuelle et qu'elle avait établi des attestations destinées à la caisse dans le cadre de la gestion des salaires des employés. C'était au contraire en fonction du rôle que l'intéressé avait effectivement joué au sein de la société, en dehors de l'accomplissement des tâches administratives précitées, qu'il convenait de déterminer s'il revêtait cette qualité. 10. a. En l'espèce, Monsieur B_____, en sa qualité d'administrateur entre le 1er août 2009 et le 30 avril 2010, était à l'évidence organe formel pendant cette période. Dès le 1er mai 2010, il était inscrit au registre du commerce en qualité de directeur avec signature individuelle. Toutefois, conformément à la jurisprudence, ce n'est pas cela qui en fait un organe de fait. Il convient, au contraire, d'examiner le rôle effectivement joué dans la société pour pouvoir déterminer en quelle qualité il intervenait. Or, par courrier du 9 août 2012, Monsieur A_____ a informé la caisse que si son fils avait été administrateur jusqu'au 26 avril 2010, cela n'était plus le cas par la suite, celui-ci revêtant la qualité de directeur des travaux (et non de directeur financier) jusqu'au 15 mars 2011, date à laquelle il avait démissionné. Certes, l'attestation précitée a été établie par son père, de sorte qu'il convient de la prendre avec circonspection en raison des liens familiaux. Cela ne suffit toutefois pas pour remettre en question sa véracité pour ce seul fait. Dans ces circonstances, la chambre de céans considère qu'il est établi, au degré de la vraisemblance prépondérante requis en matière d'assurances sociales, que Monsieur B_____ ne disposait pas d'un pouvoir de décision propre dans la gestion de la société de sorte

A/2311/2016 - 13/20 - qu'il ne peut être considéré comme étant un organe de fait durant la période où il était directeur avec signature individuelle. b. Pour sa part, Monsieur A_____ ne conteste pas avoir été organe de la société pendant la période litigieuse (voir ch. 21 du recours du 6 juillet 2016). 11. Les recourants revêtant tous deux la qualité d'organes formels ou de fait, il convient maintenant de déterminer s'ils ont commis une faute qualifiée ou une négligence grave au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS. 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 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). D'après la jurisprudence, les manquements de la caisse de compensation à des prescriptions élémentaires relatives à la fixation et à la perception des cotisations constituent une faute grave, concomitante à celle des administrateurs, qui justifie de réduire le montant du dommage, pour autant que celui-ci entre dans un rapport de causalité notamment adéquate avec le comportement illicite reproché

A/2311/2016 - 14/20 - (ATF 22 V 189 consid. 3c). Constitue par exemple un motif de réduction l'octroi irrégulier d'un sursis au paiement ou le fait de ne pas ordonner par voie de décision le paiement de cotisations arriérées avant le délai de péremption de cinq ans (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 307/02 du 28 janvier 2004 consid. 8.1). 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). 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 ; 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). 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

A/2311/2016 - 15/20 - 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 ; 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). Enfin, commet une faute au sens de l'art. 52 LAVS l'organe qui investit de manière répétée des fonds dans une entreprise sans faire en sorte qu'ils servent en priorité à payer les cotisations sociales en souffrance (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 305/00 du 6 septembre 2001 consid. 4b). b. 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). c. 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). A 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

A/2311/2016 - 16/20 - yeux d'un tiers responsable (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 19/07 du 10 décembre 2007 consid. 4.1). 12. En l'espèce, les recourants tentent de se disculper de toute négligence grave en relevant qu'ils avaient pris toutes les mesures possibles pour essayer de réduire l'endettement de la société. Par ailleurs, lors de son audition devant le Ministère public, le 13 août 2014, Monsieur A_____ a expliqué qu'il avait mandaté, dès 2009, une entreprise externe de comptabilité pour gérer la situation financière de la société. Il ne suivait pas vraiment les comptes de celle-ci et faisait confiance à son comptable, lequel se voulait rassurant et faisait croire qu'un redressement était toujours possible. a. C'est le lieu de relever, à titre préliminaire, que les recourants confondent la responsabilité au sens de l'art. 754 CO et celle de l'art. 52 LAVS. Dans le cadre de cette dernière disposition, il ne s'agit pas de se demander si les recourants ont fait preuve de toute la diligence requise pour redresser leur société mais uniquement de savoir s'ils ont pris toutes les mesures nécessaires pour s'acquitter des cotisations sociales. En effet, comme cela ressort de 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 (voir dans le même sens l'arrêt du Tribunal fédéral H 96/03, H 98/03, H 99/03 et H 103/03 du 30 novembre 2004 consid. 7.3.1). Cela étant précisé, la chambre de céans rappelle que le simple fait pour les recourants d'avoir été membres du conseil d'administration de la société (et donc organes formels de celle-ci) durant la période déterminante impliquait pour eux d'assumer les devoirs intransmissibles et inaliénables que la loi attribue aux organes d'une société anonyme, indépendamment du rôle effectif de chacun. Ainsi, conformément à l'art. 716a al. 1er CO, en leur qualité d'administrateurs et nonobstant le mode de répartition interne des tâches au sein du conseil d'administration, il leur incombait d'exercer 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 (ATF 114 V 223 consid. 4a). Dans ce contexte, il leur incombait précisément de s'occuper du domaine des cotisations sociales en raison justement de l'importance que revêt celui-ci et de veiller personnellement à ce que lesdites cotisations paritaires fussent effectivement payées à l'AVS (SVR 2003 AHV n° 5 p. 14 consid. 5.3.2 et 2001 AHV n° 15 p. 53 consid. 6b). Ils ne pouvaient se libérer de cette responsabilité en se bornant à soutenir qu'ils faisaient confiance à un employé ou aux collègues chargés de régler les cotisations sociales à la caisse de compensation, car cela constitue déjà en soi un cas de négligence grave (arrêts du Tribunal fédéral 9C_722/2015 du 31 mai 2016 et 9C_289/2009 du 19 mai 2010 notamment). Or, de l'aveu-même de Monsieur A_____, celui-ci s'était satisfait des assurances données par le comptable sans procéder à de plus amples vérifications alors que son

A/2311/2016 - 17/20 - attention avait été attirée par la caisse en date du 24 avril 2011 sur le fait que les cotisations n'étaient plus acquittées par la société. Ainsi, en exerçant un mandat d'administrateur sans en assumer la charge dans les faits, le recourant a tout simplement méconnu l'une des attributions intransmissibles et inaliénables que lui conférait l'art. 716a al. 1 CO et violé ainsi son obligation de diligence (ATF 122 III 195 consid. 3b p. 200), ce

qui relève d'une négligence qui doit être qualifiée de grave au regard de l'art. 52 LAVS (ATF 112 V 1 consid. 2b p. 3). Par ailleurs, si le recourant se trouvait, en raison de l'attitude du comptable, dans l'incapacité de prendre les mesures nécessaires ou même d'exercer son devoir de surveillance, il devait alors démissionner de ses fonctions (voir par exemple les arrêts du Tribunal fédéral 9C_344/2011 du 3 février 2012 consid. 4.3 ; 9C_289/2009 du 19 mai 2010 consid. 6.2 ; 9C_351/2008 consid. 5.2 ou encore l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 224/06 du 10 décembre 2007 consid. 6), ce qu'il n'a pas fait. Les mêmes considérations s'appliquent à Monsieur B_____, qui a, à l'évidence, exercé son mandat d'administrateur sans en assumer la charge dans les faits. Par ailleurs, et dans l'hypothèse où les recourants auraient effectivement exercé leur mandat dans les faits, il y a lieu de considérer que si les ressources financières de la société ne permettaient pas de payer les cotisations dans leur intégralité, ils auraient dû ne verser que les salaires pour lesquels les créances de cotisations qui en découlent de par la loi étaient 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). En s'abstenant de procéder de la sorte, les recourants ont commis une faute grave. b. Pour le surplus, on ne peut considérer que la société rencontrait des difficultés passagères et que ses dirigeants avaient des raisons sérieuses et objectives de penser qu'ils pourraient s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable. En effet, le surendettement de la société pendant plus de trois ans (en 2009, perte de CHF 382'957.40 ; en 2010 : perte de CHF 517'039.06) avant la déclaration de faillite démontre qu'elle ne faisait pas face à un manque passager de liquidités, mais à des difficultés beaucoup plus sérieuses nécessitant un véritable assainissement. Dans ce contexte, poursuivre l'exploitation en laissant s'accroître l'arriéré de cotisations sociales revenait à faire supporter à la caisse, dans une large mesure, le risque du redressement espéré, mais incertain, et constituait une négligence grave (voir dans le même sens l'arrêt du Tribunal fédéral H 96/03, H 98/03, H 99/03 et H 103/03 du 30 novembre 2004 consid. 9.2). Dans ces circonstances, la responsabilité des recourants est à l'évidence donnée. 13. 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

A/2311/2016 - 18/20 - survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance (ATF 129 V 177 consid. 3.2). L'administrateur d'une société anonyme répond non seulement des cotisations d'assurances sociales courantes, mais également de la dette de cotisations échues avant son entrée dans le conseil d'administration. En effet, selon la jurisprudence, le nouvel administrateur a le devoir de veiller tant au versement des cotisations courantes qu'à l'acquittement des cotisations arriérées, qui sont dues pour la période où il ne faisait pas encore partie du conseil d'administration car il y a dans les deux cas un lien de cause à effet entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations. Ce lien de cause à effet n'existe pas, toutefois, quand un dommage au sens de l'art. 52 LAVS préexiste, parce que la société était déjà insolvable avant l'entrée du nouveau membre au conseil d'administration (ATF 119 V 407 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 71/05 du 10 août 2006 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 295/00 du 22 janvier 2001 consid. 6a). 14. En l'espèce, l'attitude passive des recourants est à l'évidence en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi par la caisse de compensation. En effet, s'ils avaient correctement exécuté leur charge

d'administrateur, en surveillant l'activité des personnes chargées de la gestion de la société et du paiement des cotisations sociales, et en exigeant de consulter tous les documents comptables pertinents (pièces bancaires, correspondance avec l'AVS, etc.), ils auraient pu constater que les cotisations sociales dues pour la période litigieuse étaient impayées et prendre les mesures qui s'imposaient. S'ils n'avaient plus la volonté de s'occuper de la gestion de la société, ils devaient alors démissionner de leurs fonctions. Ne l'ayant pas fait, les recourants répondent du dommage subi par la caisse. 15. a. Enfin, il y a lieu d'examiner le montant du dommage subi par l'intimée, aucune responsabilité ne pouvant être retenue à l'encontre de Monsieur B_____ à compter du 1er mai 2010, date à laquelle il est devenu directeur. Or, selon le relevé de compte produit par l'intimée et non contesté par les recourants, la dette de cotisations s'élevait à CHF 52'641.80 au 1er mai 2010. C'est donc ce montant qui doit être retenu à l'encontre de Monsieur B_____. Outre le montant précité, la caisse a également réclamé d'autres frais (intérêts moratoires, frais de sommation et de poursuite). Dès lors que la responsabilité de Monsieur B_____ doit être limitée au 30 avril 2010 et non au 7 mars 2012, il convient de procéder à un nouveau calcul des frais accessoires précités. Dans ces circonstances, il y a lieu de renvoyer la cause à l'intimée pour qu'elle adapte lesdits frais, pro rata temporis, à la période pendant laquelle il peut être tenu pour responsable. b. Quant au montant total du dommage réclamé à A_____, de CHF 178'458.70, soit CHF 159'712.45 de cotisations paritaires, CHF 9'746.25 d'intérêts moratoires et CHF 9'000.- de frais divers (frais administratifs, taxes de sommation, frais de A/2311/2016 - 19/20 - poursuite), il ne paraît pas critiquable et n'est, en lui-même, d'ailleurs pas contesté, que ce soit au titre des cotisations impayées, des frais administratifs, de sommations et de poursuites, ou des intérêts moratoires, ni quant au fait qu'il concerne la période durant laquelle le recourant était organe de la société. 16. Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis et la décision sur opposition du 3 juin 2016 sera annulée en tant qu'elle condamne Monsieur B_____ au versement de CHF 87'644.-. La cause sera renvoyée à l'intimée pour qu'elle calcule le montant du dommage au 30 avril 2010. La décision sur opposition du 3 juin 2016 concernant Monsieur A_____ sera quant à elle confirmée. Monsieur B_____ obtenant partiellement gain de cause, une indemnité de CHF 1'000.- lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPG; art. 6 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en matière administrative du 30 juillet 1986 [RFP - E 5 10.03]). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPG).

A/2311/2016 - 20/20 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme : 1. Déclare les recours recevables. Au fond : 2. Rejette le recours de Monsieur A_____ et confirme la décision sur opposition du 3 juin 2016 le concernant. 3. Admet partiellement le recours de Monsieur B_____ et annule la décision sur opposition du 3 juin 2016 le concernant et renvoie la cause à la caisse pour qu'elle calcule le montant du dommage au 30 avril 2010, conformément aux considérants. 4. Condamne l'intimée au versement d'une indemnité de procédure de CHF 1'000.- au recourant 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

Florence SCHMUTZ

Le président

Mario-Dominique TORELLO 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.