

## **GE\_GERICHTE ATAS/433/2012 vom 28. März 2012**

GE Cour de justice, 2012-03-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_433\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_433_2012)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/433/2012 du 28 mars 2012

IT: GE\_GERICHTE ATAS/433/2012 del 28 marzo 2012

### **Erwägungen**

#### **E. 11**

Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 8 décembre 2010, le recourant a expliqué qu'il avait été engagé par la société Y\_\_\_\_\_ SA, plus précisément par Monsieur H\_\_\_\_\_, en qualité de contremaître. Il est devenu directeur après deux ans plus ou moins. Son salaire brut s'élevait à 5'400 fr. par mois, treize fois par année, il n'avait pas de contrat de travail. Selon le recourant, il ignorait qu'il était inscrit au Registre du commerce en tant que directeur au bénéfice d'une signature individuelle depuis le mois de juillet 2003. Ce n'est que par la suite qu'il l'a appris, sur les chantiers, lors d'une discussion. Le recourant a

A/3140/2010 - 4/19 - déclaré qu'il ne s'était pas rendu au Registre du commerce pour déposer sa signature. Questionné par le Tribunal, il a indiqué qu'il ne possédait aucune action dans la société et que d'après ce qu'il savait, Monsieur H\_\_\_\_\_ en était le seul actionnaire. Ses fonctions au sein de la société étaient celles de contremaître, à savoir de chef sur le terrain. La société comptait vingt salariés. Selon le recourant, l'administrateur s'occupait seul du paiement des salaires et de la gestion de la société, car il était comptable de profession. Il s'occupait de tous les paiements pour les fournisseurs et les créanciers. Il n'y avait pas de secrétaire, l'administrateur s'occupait de tout. Il le consultait pour des traductions, car beaucoup d'ouvriers étaient kosovares. Le recourant a expliqué que l'administrateur avait fait faillite avec sa propre société de comptabilité, raison pour laquelle il avait été chassé de son bureau par la police et l'Office des poursuites. Il a démissionné de son mandat d'administrateur le 18 février 2008 et est décédé fin 2008. Quant à Monsieur I\_\_\_\_\_, il est devenu administrateur le 18 février 2008 jusqu'à la faillite. La représentante de la caisse a déclaré que Monsieur I\_\_\_\_\_ n'avait pas été recherché, dès lors qu'il n'était resté administrateur que très peu de temps. La caisse avait envisagé d'actionner en réparation du dommage Monsieur H\_\_\_\_\_. Entre-temps, il était décédé et les héritiers avaient répudié la succession. Le recourant a soutenu que les documents qu'il avait signés étaient préparés par Monsieur H\_\_\_\_\_. Après coup, il s'est rendu compte qu'il lui faisait signer n'importe quoi. La représentante de la caisse a relevé qu'en 2005, selon les attestations de salaire, le recourant avait un salaire annuel de 160'000 fr., en 2006 de 132'000 fr. et en 2007 de 60'000 fr. Le recourant a précisé qu'il avait toujours perçu un salaire de 5'400 fr. Il a admis avoir signé une déclaration selon laquelle il percevait un salaire de 160'000 fr, à la demande de l'administrateur en qui il avait confiance. Il a fait observer qu'en réalité il ne percevait pas un salaire de 12'000 fr. par mois. Le salaire était versé en espèces, sans quittance. Il a exposé qu'il avait confié ses déclarations fiscales personnelles à l'administrateur, car il était comptable. Or, pour les années 2005 à 2008, ce dernier n'avait jamais rempli les déclarations d'impôts, de sorte qu'il s'est retrouvé aux poursuites, avec un arriéré d'impôts de plus de 60'000 fr. Il ignorait

si les ouvriers étaient payés en cash ou si le salaire était versé sur un compte. A la question de la représentante de la caisse de savoir si Y\_\_\_\_\_ ne signifiait pas GA\_\_\_\_\_, le recourant a répondu par la négative. Il a expliqué que c'est Monsieur H\_\_\_\_\_ qui avait créé la société. Quant à X\_\_\_\_\_, c'était un bar qui appartenait à Monsieur H\_\_\_\_\_ et Monsieur J\_\_\_\_\_. Ce dernier lui devait de l'argent, de sorte que la société X\_\_\_\_\_ avait été domiciliée chez lui. Le bail du bar devait lui être transmis, étant donné que Monsieur J\_\_\_\_\_ ne parvenait pas à le rembourser. Il avait d'ailleurs un rendez-vous à la REGIE XA\_\_\_\_\_. Il avait versé la garantie de 15'000 fr. à un avocat qui était

A/3140/2010 - 5/19 - malheureusement décédé la veille du rendez-vous avec la régie. Par la suite, Monsieur H\_\_\_\_\_ a créé Y\_\_\_\_\_.

#### **E. 12**

Le Tribunal a requis de XB\_\_\_\_\_ SA, organe de révision, et de Monsieur I\_\_\_\_\_ la production des rapports de révision des années 2003 à 2007 concernant la société faillie, les comptes de pertes et profits et les bilans des mêmes années, ainsi que les procès-verbaux des assemblées générales et des conseils d'administration.

#### **E. 13**

Tant la fiduciaire que Monsieur I\_\_\_\_\_ ont répondu qu'ils n'étaient pas en mesure de communiquer au Tribunal les documents requis. L'organe de révision a précisé qu'il avait reçu le mandat pour le premier exercice social 2003. Or, dans le cadre de l'exécution de ce mandat, il n'avait jamais pu obtenir de l'administration et/ou de la direction de la société les informations et documents nécessaires à l'accomplissement de ce mandat. De ce fait, il avait renoncé au mandat et, après de nombreux rappels à l'administration pour qu'elle nomme un nouvel organe de révision, il a dû résilier le mandat en 2007.

#### **E. 14**

Interpellé par la Chambre des assurances sociales, qui a repris les compétences du Tribunal depuis le 1er janvier 2011, l'Office des faillites a répondu qu'il n'était pas en mesure de répondre à ses questions. En effet, il avait demandé la production des pièces en question à l'occasion de l'interrogatoire du 8 avril 2008 de Monsieur I\_\_\_\_\_. Or, ce dernier leur a indiqué ne pas pouvoir les obtenir, non sans que la chargée des faillites qui gérait le dossier n'ait dû lui faire pour le 15 du même mois son constat de non-collaboration avec l'office. Renseignements pris auprès de la personne qui gère le dépôt des comptabilités, il apparaît que l'Office des faillites ne détient pas d'archives pour cette société, ce qui semble normal dans la mesure où la faillite a été suspendue pour défaut d'actifs. Dans une telle situation, il appartient au dernier administrateur de conserver les archives durant dix ans.

#### **E. 15**

Le 1er février 2011, le recourant a indiqué à la Cour de céans qu'il n'était pas en mesure de retrouver les pièces requises, étant donné qu'il ne les avait jamais détenues puisqu'il ne gérait pas la société.

#### **E. 16**

La Cour de céans a ouvert des enquêtes et procédé à l'audition de Monsieur I\_\_\_\_\_, en date du 25 mai 2011. Le témoin a déclaré qu'il avait été approché par Monsieur H\_\_\_\_\_, qui était le réel ayant droit économique de la société Y\_\_\_\_\_ SA, qui

lui avait demandé s'il voulait reprendre la société afin de l'assainir, ce qu'il a accepté, pour un franc symbolique. Au départ, il était convenu que l'ancien administrateur l'aide à assainir la société. Les éléments relatifs à la situation financière de la société lui avaient été remis. Sur cette base, il avait accepté, mais il a fait de mauvaises affaires. Le goodwill était intéressant, toutefois il n'a pas eu le temps de négocier avec les créanciers afin de faire les offres transactionnelles, car tout s'est précipité. Il avait eu des discussions uniquement

A/3140/2010 - 6/19 - avec Monsieur H\_\_\_\_\_. Sur question de la Cour, le témoin a déclaré que Monsieur H\_\_\_\_\_ étant l'ayant droit économique de la société, mais qu'il utilisait souvent des hommes de paille. Pour sa part, il avait très peu connu GA\_\_\_\_\_ qui s'occupait des cafés dans les réunions. Il ne participait pas aux réunions et il ne savait pas en réalité ce qu'il faisait dans la société. Il savait que la société avait des arriérés de cotisations sociales. Il avait convenu avec l'ancien administrateur de négocier, mais il ne se rappelle plus du montant des arriérés. Il ne possédait plus aucun document concernant la société Y\_\_\_\_\_ SA, tout était parti à la poubelle début 2009. Le témoin ignorait comment les ouvriers étaient payés. Lorsqu'il avait repris la société, elle n'avait plus d'activité. Il ne se souvenait pas qui avait déposé le bilan. Il avait par ailleurs expliqué à l'Office des faillites les raisons pour lesquelles il n'avait plus les documents relatifs à la société. Il n'avait aucune idée sur le fait de savoir si Monsieur G\_\_\_\_\_ avait assumé ses fonctions de directeur. Pour lui, c'était Monsieur H\_\_\_\_\_ qui avait les compétences techniques. Pour le surplus, aucun des salariés de la société n'était venu se plaindre auprès de lui, tout était concentré chez l'ancien administrateur. Il se demandait s'il n'a pas aussi été utilisé comme homme de paille.

#### **E. 17**

Lors de l'audience d'enquêtes du 22 juin 2011, la Cour de céans a procédé à l'audition de dix témoins. Monsieur K\_\_\_\_\_ a travaillé pour l'entreprise Y\_\_\_\_\_ SA de novembre 2006 à janvier 2007 à 50 % en qualité d'employé administratif. Il avait été engagé par Monsieur GA\_\_\_\_\_ qui avait signé son contrat de travail. Il pensait que ce dernier était associé avec quelqu'un de la fiduciaire, car les locaux de la société se trouvaient dans ceux de la fiduciaire. Il partageait les locaux avec Monsieur G\_\_\_\_\_ qui lui donnait des instructions quant au travail à accomplir dans la journée. A un moment, il s'était occupé des décomptes de salaire, probablement en décembre 2006. Il avait dû procéder à des rectifications, car il y avait des erreurs de calcul. Il devait préparer les contrats de travail, sur ordre de Monsieur G\_\_\_\_\_, pour les personnes qu'il avait engagées, peut-être avec le concours d'un monsieur d'un certain âge, qui était dans les locaux et semblait être le chef de la fiduciaire. Le témoin ignorait pour le surplus quels étaient les fondateurs et les actionnaires de la société. Le recourant restait quelques heures au bureau, après il partait, probablement sur les chantiers. Le témoin était payé mensuellement, par virement bancaire sur son compte salaire ; sur ses décomptes de salaire figuraient les déductions des charges sociales. Monsieur L\_\_\_\_\_ a confirmé avoir travaillé pour la société en 2007 pour quelques mois, comme ferrailleur. C'est un comptable qui l'avait engagé, un Suisse d'une cinquantaine d'années, dont il ne se souvenait pas du nom. Il avait signé un contrat de travail, mais ne se rappelait pas qui avait signé pour le compte de l'employeur. Interrogé par la Cour, il a précisé avoir connu le recourant dans l'entreprise ; il était le chef-contremaître. A part ce dernier, les chefs d'équipe leur

A/3140/2010 - 7/19 - donnaient des instructions sur les chantiers. Le témoin ignorait si le recourant dirigeait l'entreprise. Monsieur M\_\_\_\_\_ a confirmé avoir travaillé pendant

trois ans environ pour l'entreprise Y \_\_\_\_\_ SA. D'après ses souvenirs, c'est un comptable prénommé « LL \_\_\_\_\_ » qui l'avait engagé en qualité de ferrailleur et qui avait signé le contrat de travail. Selon le témoin, le recourant était contremaître ; il donnait des instructions quant au travail à faire sur les chantiers, contrôlait le travail, mais ne travaillait pas lui-même sur les chantiers. Il ignorait qui était le patron de l'entreprise, il ne l'avait jamais vu. Personne ne s'était présenté comme patron, mais ce devait être LL \_\_\_\_\_, car il payait les salaires. Monsieur M \_\_\_\_\_ a confirmé avoir travaillé pour la société de 2005 à 2007. C'est le comptable de la société qui l'a engagé, mais il ne se souvenait pas de son nom. Il avait signé un contrat de travail. Le contremaître, c'est-à-dire Monsieur G \_\_\_\_\_, avait signé le contrat pour l'employeur. Parfois c'était le comptable, parfois le contremaître qui lui donnaient des instructions quant au travail à exécuter. Il ne savait pas ce que le recourant faisait dans l'entreprise. Il ignorait qui était le directeur ou le patron de l'entreprise. Selon le témoin, c'était le comptable car il payait les salaires. Monsieur G \_\_\_\_\_, frère du recourant, a été entendu à titre de renseignement. Il a confirmé avoir travaillé dans l'entreprise Y \_\_\_\_\_ en 2006 pour six mois environ, comme manœuvre. C'est « LL \_\_\_\_\_ », le comptable de la société, qui l'avait engagé. Il avait signé un contrat de travail. Son frère était contremaître dans l'entreprise. Il ne savait pas si ce dernier avait créé la société, ni s'il possédait des actions. Sur les chantiers, les instructions leur étaient données par son frère, qui était contremaître. Pour lui, le patron de l'entreprise était LL \_\_\_\_\_. Monsieur G \_\_\_\_\_, cousin germain du recourant, entendu à titre de renseignement, a déclaré avoir travaillé une année dans l'entreprise Y \_\_\_\_\_ et avoir été engagé par Monsieur H \_\_\_\_\_, comme aide-maçon. Son contrat de travail avait été signé par Monsieur H \_\_\_\_\_ pour le compte de l'employeur. Son cousin était contremaître dans l'entreprise, il venait sur les chantiers, mais il ne savait pas exactement ce qu'il venait y faire. C'est Monsieur H \_\_\_\_\_ qui donnait des instructions quant à l'exécution du travail. Il était le patron de l'entreprise, c'est lui qui signait les contrats et payait les salaires. Il ne savait pas si son cousin était associé dans l'entreprise, considérant que cela ne le regardait pas. L'épouse du recourant, Madame G \_\_\_\_\_, a été entendue à titre de renseignement. Elle a déclaré avoir été engagée par Monsieur H \_\_\_\_\_ pour des travaux de secrétariat et de ménage. Elle a ainsi travaillé pour le compte de l'entreprise Y \_\_\_\_\_, pendant deux ans, à 30 %, et a cessé son activité après la naissance de ses enfants. Elle ne pensait pas que son mari avait créé la société et ne

A/3140/2010 - 8/19 - savait pas s'il détenait des actions. Son mari était contremaître, il n'était jamais dans les locaux de l'entreprise : il se rendait sur les chantiers pour contrôler les bâtiments. Il donnait probablement des instructions aux ouvriers. Son salaire lui était versé mensuellement par virement sur son compte bancaire. Elle n'avait pas reçu de fiche de salaire tous les mois. Monsieur H \_\_\_\_\_ s'occupait des fiches de salaire, c'est lui qui était le patron de l'entreprise. Monsieur LA \_\_\_\_\_ a confirmé avoir travaillé pour Y \_\_\_\_\_ SA en 2005 et 2006, en qualité de serrurier, pendant cinq à six mois, à plein temps. Le recourant lui avait parlé de ce travail et l'avait amené dans un bureau, chez un certain « LL \_\_\_\_\_ ». Il avait signé un contrat de travail et le directeur, c'est-à-dire LL \_\_\_\_\_, avait signé le contrat. Le recourant était contremaître ; il donnait des instructions quant au travail à accomplir et cherchait le travail pour l'entreprise. C'est LL \_\_\_\_\_ qui était le patron de l'entreprise et qui dirigeait tout depuis le bureau. Monsieur LA \_\_\_\_\_ a confirmé avoir été engagé par Monsieur H \_\_\_\_\_ et avoir travaillé pour l'entreprise Y \_\_\_\_\_ SA dès 2005 pendant environ trois ans, en tant qu'ouvrier qualifié. Il s'occupait aussi des livraisons. Il pensait avoir signé un contrat de

travail. Il avait connu le recourant, qui devait travailler comme cuisinier, dans un restaurant. Chez Y\_\_\_\_\_, le recourant était chef de chantier et donnait des instructions. Monsieur H\_\_\_\_\_ était le patron de l'entreprise, il faisait la comptabilité et recherchait les clients. Monsieur LB\_\_\_\_\_ a déclaré avoir travaillé pour l'entreprise Y\_\_\_\_\_ SA pendant environ un an, en 2005, en qualité de maçon. Il avait été engagé par Monsieur H\_\_\_\_\_ avec lequel il avait signé un contrat de travail. Il a expliqué qu'il connaissait le recourant avant de travailler dans l'entreprise, mais ce n'est pas lui qui l'avait présenté à Monsieur H\_\_\_\_\_. Le recourant était chef- contremaître, il donnait des instructions aux ouvriers et, parfois, travaillait aussi sur les chantiers. Le témoin ne savait pas qui était le patron de l'entreprise et il ignorait si des membres de la famille du recourant travaillaient dans l'entreprise. Il ne travaillait jamais sur les mêmes chantiers.

#### **E. 18**

La Cour de céans a requis du Registre du commerce l'acte de fondation de la société Y\_\_\_\_\_ SA. Le 27 juin 2011, le Registre du commerce a communiqué à la Cour de céans l'acte constitutif de la société X\_\_\_\_\_ SA.

#### **E. 19**

Le 6 juillet 2011, la Cour de céans a entendu le témoin LC\_\_\_\_\_. Ce dernier a déclaré qu'un monsieur âgé l'avait engagé comme ouvrier du bâtiment et qu'il avait travaillé dans la société durant quatre à cinq mois. Sur les chantiers, c'est un Italien qui lui donnait les instructions. Il avait rencontré quelquefois le recourant dans des restaurants, mais il n'était jamais venu sur les chantiers pour lui donner du travail. Il ne savait pas qui était le patron de l'entreprise.

A/3140/2010 - 9/19 -

#### **E. 20**

Lors de l'audience de comparution personnelle du 6 juillet 2011, le recourant a admis qu'il était le fondateur de X\_\_\_\_\_, société qui n'avait toutefois existé que durant quelques mois. Cela étant, il ne connaissait aucune des personnes figurant sur l'acte de fondation de ladite société. Par la suite, il l'avait vendue à Monsieur H\_\_\_\_\_ pour un montant de 5'000 fr., mais il n'avait pas de document relatif à cette cession. Questionné par la Cour de céans sur les motifs pour lesquels il avait déclaré lors de la précédente audience qu'il ne connaissait pas les salariés figurant sur les attestations de salaire sous le nom de famille G\_\_\_\_\_, alors qu'il s'agissait de son épouse, respectivement de son frère et de son cousin, le recourant a répondu qu'il ne savait pas pourquoi, que « cela lui était sorti comme cela ».

#### **E. 21**

Par écriture du 10 août 2011, l'intimée a persisté intégralement dans ses conclusions, relevant que le témoignage de Monsieur K\_\_\_\_\_ et l'acte constitutif de la société notamment confirment le rôle prépondérant du recourant au sein de la société faillie.

#### **E. 22**

Dans ses écritures du 30 août 2011, le recourant a conclu à l'annulation de la décision, considérant que les enquêtes avaient démontré qu'il n'avait pas assumé d'activités dirigeantes au sein de la société. Il était en effet principalement chargé de l'organisation des chantiers, comme contremaître. L'administrateur assumait exclusivement la gestion de la

société, lui-même agissant sur son ordre.

## **E. 23**

Après échange des écritures, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT 1. a) Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, 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). Depuis le 1er janvier 2011, cette compétence est revenue à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 26 septembre 2010), qui est ainsi compétente *ratione materiae* pour juger du cas d'espèce. b) Selon l'art. 52 al. 5 LAVS, en dérogation à l'art. 58 al. 1 LPGA, le tribunal des assurances du canton dans lequel l'employeur est domicilié est compétent pour traiter le recours. Cette disposition est également applicable lorsque la caisse

A/3140/2010 - 10/19 - recherche un organe de l'employeur en réparation du dommage (REICHMUTH, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, 2008, n° 1042, p. 247). La société étant domiciliée dans le canton de Genève au moment de l'ouverture de la faillite, les tribunaux genevois sont compétents *ratione loci*. Au vu de ce qui précède, la compétence *ratione materiae* et *loci* de la Cour de céans pour juger du cas d'espèce est établie. 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 RAVS ont été abrogés. Sur le plan matériel, le cas d'espèce est régi par le nouveau droit dès lors que les périodes de cotisations pertinentes et la décision litigieuse sont postérieures au 1er janvier 2003. 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, le présent recours est recevable (art. 56 à 61 LPGA). 4. Le litige porte sur la responsabilité du recourant au sens de l'art. 52 LAVS dans le préjudice causé à l'intimée, par la perte des cotisations AVS-AI-APG-AC afférentes aux années 2003 à 2007. 5. Selon l'art. 52 LAVS, en sa nouvelle teneur en vigueur dès le 1er janvier 2003, 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). La caisse de compensation compétente fait valoir sa créance en réparation du dommage par décision (al. 2). La nouvelle teneur de cette disposition, en vigueur depuis le 1er janvier 2003, reprend l'ancien art. 52 LAVS quasiment sans modification. Les termes « caisse de compensation » sont remplacés par « assurances », sans que cela n'entraîne un changement quant aux conditions de la responsabilité de l'employeur (ATF 129 V 13 s. consid. 3.5). Le TF a ainsi déjà affirmé que l'on ne pouvait inférer ni du message du Conseil fédéral concernant la 11ème

révision de l'AVS ni

A/3140/2010 - 11/19 - des travaux préparatoires de la LPGA des raisons de s'écarter de la jurisprudence constante relative à l'art. 52 LAVS. 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). En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par l'intimée, correspondant aux cotisations paritaires impayées pour la période d'octobre 2003 au 31 décembre 2007. 6. En premier lieu, il convient 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 (cf. art. 52 al. 3 LAVS). 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 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 (ATF non publié, 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

A/3140/2010 - 12/19 - (ATF 129 V 193 consid. 2.3 p. 195 sv.). En revanche, 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 du délai 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 sont entièrement défaut (cf. 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 A. du 19 février 2003, 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, il sied de retenir ce qui suit. 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 CO). Cette notion d'acte judiciaire des parties doit être interprétée largement (ATF 106 II 35 consid. 4; Stephen V. BERTI, Commentaire zurichois, n. 18 ad art. 138 CO; Robert K. DÄPPEN, Commentaire bâlois, 3<sup>e</sup> édition, n. 2 ad art. 138 CO; Pascal PICHONNAZ, Commentaire romand, n. 4 ad art. 138 CO), 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, la Cour de céans constate que la faillite de la société a été prononcée le 12 mars 2008 et que le 11 juin 2008 la liquidation a été suspendue, faute d'actifs. Cette suspension a été publiée dans la Feuille d'avis officielle le 25 juin 2008. Le dommage est ainsi survenu le 12 mars 2008 et l'intimée en a eu connaissance au plus tôt le 25 juin 2008. Par conséquent, la décision du 2 juin 2010 est intervenue en temps utile, soit pendant les délais de deux et cinq ans prescrits par l'art. 52 al. 3 LAVS. Par la suite, ledit délai a été interrompu et un nouveau délai de même durée a commencé à courir en date des 15 juin 2010 (opposition du directeur), 18 août 2010 (décision sur opposition), 20 septembre 2010 (recours du directeur) et, depuis lors, par chaque acte judiciaire des parties. Au vu de ce qui précède, la prescription n'est à ce jour pas acquise. 7. Se pose ensuite la question de savoir si, en l'occurrence, le recourant peut être considéré comme étant « l'employeur » tenu de verser les cotisations à l'intimée au sens de l'art. 52 LAVS.

A/3140/2010 - 13/19 - a) En vertu de l'art. 52 LAVS, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse de compensation est tenu à réparation. L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. Celui qui néglige de l'accomplir enfreint par conséquent les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 193 consid. 2a p. 195 et les références). b) Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom (ATF 123 V 15 consid. 5b, 122 V 66 consid. 4a, 119 V 405 consid. 2 et les références). 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 (arrêt H 34/04 du 15 septembre 2004 consid. 5.3.1 et les références, in SVR 2005 AHV n° 7 p. 23). Un directeur de société a généralement la qualité d'organe en raison de l'étendue des compétences que cette fonction suppose (ATF 104 II 197 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 178 consid. 5a ; cf. consid. 7.3 de l'arrêt P. du 16 avril

2003, H 234/02, résumé in HAVE/REAS 2003 p. 251). Dans le cas d'une société anonyme, la notion d'organe responsable selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui ressort de l'art. 754 al. 1 CO. La responsabilité incombe donc non seulement aux membres du conseil d'administration, mais aussi aux organes de fait, c'est-à-dire à toutes 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. Dans cette dernière éventualité, il faut cependant que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, en d'autres termes qu'elle ait exercé effectivement une influence sur la marche des affaires de la société (ATF 128 III 29 consid. 3a p. 30 et les références; voir également arrêt H 234/02 du 16 avril 2003 consid. 7.3, in REAS 2003 p. 251). 8. Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière

A/3140/2010 - 14/19 - irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3; 126 V 353 consid. 5b). 9. En l'espèce, le recourant était inscrit au Registre du commerce en qualité de directeur de la société anonyme, au bénéfice d'une signature individuelle. Il soutient cependant qu'il ne disposait d'aucun pouvoir de gestion et ne participait pas à la formation de la volonté sociale de l'entreprise, ces tâches étant du ressort exclusif de l'administrateur. L'intimée considère au contraire que le recourant avait un rôle prépondérant au sein de la société, eu égard aux nombreuses correspondances qu'il a échangées avec elle, ce que les enquêtes ont d'ailleurs confirmé. Il convient de rappeler que la société initialement créée en 2002 était X\_\_\_\_\_ SA. Or, selon publication dans la FOOSC du 9 juillet 2003, les statuts de la société précitée ont été modifiés le 12 juin 2003 et la société inscrite le 3 juillet 2003 sous une nouvelle raison sociale, Y\_\_\_\_\_, avec pour directeur, le recourant, au bénéfice d'une signature individuelle. S'agissant de la participation financière du recourant dans la ou les sociétés précitées, la Cour de céans relève que dans un premier temps, le recourant a déclaré que X\_\_\_\_\_ SA appartenait à l'administrateur H\_\_\_\_\_, qui a par la suite créé la société Y\_\_\_\_\_. Il a aussi affirmé que l'administrateur, d'après ce qu'il savait, en était le seul actionnaire. Ces affirmations sont toutefois contredites par l'acte de fondation de la société X\_\_\_\_\_ SA communiqué par l'Office des faillites au cours de la présente procédure ; il appert en effet que, contrairement à ce qu'il a soutenu, le recourant était bien l'un des fondateurs de la société précitée et qu'il détenait 98 actions au porteur ordinaires de 1'000 fr. nominal chacune sur la totalité des cent actions constituant le capital-social. Quant à l'administrateur H\_\_\_\_\_, il ne détenait qu'une seule action. Selon l'acte de fondation, la moitié du capital-actions, soit 50'000 fr., a été libéré. Au vu de ce document, le recourant a dû admettre avoir été actionnaire de X\_\_\_\_\_ SA, mais il a allégué ensuite avoir revendu ses parts à l'administrateur lors du changements des statuts, pour un montant de 5'000 fr., sans produire la moindre preuve à ce sujet. Les déclarations du recourant n'emportent pas la conviction de la Cour de céans. En effet, il apparaît pour le moins étonnant que le recourant cède la totalité de ses actions pour 5'000 francs, soit à une valeur très nettement inférieure à leur valeur nominale, alors que la moitié du capital-actions a été libéré. Ensuite, si

A/3140/2010 - 15/19 - l'administrateur H \_\_\_\_\_ avait effectivement racheté la société X \_\_\_\_\_ SA, l'on comprend mal pourquoi il aurait gardé les initiales « \_\_\_\_\_ » dans la nouvelle raison sociale. Quoiqu'en dise le recourant, il est évident que lesdites initiales font référence à ses nom et prénom. Tout porte à croire qu'en réalité, le recourant était bel et bien resté actionnaire unique de la nouvelle société dont il est devenu le directeur. Selon le témoin K \_\_\_\_\_, le recourant devait être associé à quelqu'un de la fiduciaire. Ensuite, concernant son rôle dans la société, le recourant a déclaré qu'il ignorait qu'il était inscrit au Registre du commerce en tant que directeur avec signature individuelle. Il a fait valoir qu'il avait été engagé par l'ancien administrateur en tant que contremaître, puis, environ deux ans après, nommé directeur, mais sans pouvoir de gestion. Ces déclarations ne concordent cependant pas avec la réalité. Tout d'abord, il résulte de l'extrait du Registre du commerce que le recourant a été immédiatement nommé directeur de la société dès le changement des statuts et l'inscription de la nouvelle raison sociale au Registre du commerce. Ensuite, selon certains témoins, le recourant était contremaître, mais il ne travaillait pas régulièrement sur les chantiers. De même, s'agissant des instructions, selon certains témoins, le recourant donnait des instructions, pour d'autres, ce n'était pas le cas. Or, si le recourant ne travaillait pas régulièrement sur les chantiers, c'est qu'il devait forcément s'occuper d'autres tâches au sein de la société. D'ailleurs, le témoin K \_\_\_\_\_ a confirmé que c'est le recourant qui l'avait engagé et qu'ils partageaient le même bureau dans les locaux de la société. Il était chargé de préparer les contrats de travail des employés engagés par le recourant. Ce qui tend à démontrer que le recourant prenait effectivement des décisions quant à l'engagement du personnel de la société. Pour le recourant, les témoignages ont démontré qu'il n'avait aucun pouvoir dans la société. Ces témoignages, qui visaient à charger l'ancien administrateur - décédé depuis 2008 - n'ont toutefois pas emporté la conviction de la Cour de céans. En effet, plusieurs témoins ne se rappelaient plus qui avait signé le contrat d'engagement, d'autres déduisaient du fait que l'administrateur « payait les salaires » qu'il était le patron de l'entreprise, enfin, d'autres témoins, ne savaient pas qui était le patron, à commencer par les membres de la famille du recourant. A cet égard, la Cour de céans relève que le recourant a déclaré qu'il ne connaissait pas les salariés de la société qui portaient le même nom de famille que lui, alors qu'il s'agissait de son frère, de son cousin et de son épouse ... . Quant à l'étendue de ses pouvoirs au sein de la société, force est de constater que les assertions du recourant ne sont pas crédibles. Il a en effet échangé de nombreux courriers avec l'intimée à propos des cotisations sociales, a signé notamment les attestations de salaires annuelles (ASA, pièce n°4 intimée). Enfin, les commandements de payer lui ont été personnellement notifiés, en tant « qu'administrateur » (cf. pièce n°42 intimée), ou sous le nom de « LD \_\_\_\_\_

A/3140/2010 - 16/19 - (cadre) » (cf. pièce n°15 intimée). En outre, le procès-verbal de saisie a été établi par l'Office des poursuites en date du 25 avril 2007 en sa présence, en tant que directeur général de l'entreprise (cf. pièce n° 9 intimée). Le recourant persiste à vouloir nier l'évidence, à savoir que non seulement il avait bien, en sa qualité de directeur et d'ayant droit économique, une position dominante dans la société, mais encore qu'il disposait de pouvoirs dans la gestion économique et financière de la société, notamment quant au paiement des salaires et des charges sociales. Au vu de ce qui précède, il ne fait pas de doute que le recourant était bien un organe de la société faillie, de sorte qu'il répond en principe du dommage subi par l'intimée. 10. Reste à examiner si le recourant a commis une faute qualifiée ou une négligence grave au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS. a) Selon une jurisprudence constante, tout manquement aux obligations de droit public qui incombent à

l'employeur en sa qualité d'organe d'exécution de la loi ne doit en effet pas être considéré sans autre comme une faute qualifiée de ses organes au sens de l'art. 52 LAVS. Pour admettre que l'inobservation de prescriptions est due à une faute intentionnelle ou une négligence grave, il faut bien plutôt 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 244). b) Le Tribunal fédéral a expressément affirmé que 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). 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 (arrêt du TF du 28 juin 1982, in : RCC 1983 p. 101). De jurisprudence constante, notre Haute Cour a reconnu qu'il y a négligence grave lorsque l'employeur ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement, dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (cf. RCC 1972, p. 690). La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard doit donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité et de gestion, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé. Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, on peut, par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions (cf. RCC 1972, p. 690 ; RCC 1978, p. 261). Une différenciation semblable s'impose également, lorsqu'il s'agit d'apprécier la

A/3140/2010 - 17/19 - responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985, p. 51, consid. 2a et p. 648, consid. 3b). 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 inadmissible 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). Notre Haute Cour a ainsi eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises qu'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 (ATF du 19 mai 2010, 9C\_289/2009, consid. 6.2; ATF du 22 juin 2005, H 87/04, consid. 5.2.2; ATF du 27 avril 2001, H 234/00, consid. 5d; ATF du 13 février 2001, H 225/00, consid. 3c). 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). 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 (arrêt du TFA du 6 février 2003, H 263/02). Demeurent réservés les cas où le dommage résulte d'actes qui ne déploient leurs

effets qu'après le départ du conseil d'administration. 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 qu'il ait eu des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter de sa dette dans un délai raisonnable (cf. RCC p. 261 et la jurisprudence citée; ATF 108 V 188). d) La jurisprudence estime encore qu'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 p. 407 s.), de sorte que celui-ci répond solidairement de tout le dommage subi par l'assurance en cas de faillite de la société (arrêt du 30 novembre 2004, in SJ 2005 I p. 272, consid. 7.3.1; ATF 132 III 523).

A/3140/2010 - 18/19 - 11. Dans le cas d'espèce, le recourant ne fait état d'aucun motif de suppression ou d'atténuation de la faute commise. En sa qualité de directeur concourant à la marche des affaires de la société et à la formation de la volonté sociale, il lui incombait de prendre toutes les mesures utiles pour payer ou faire payer les cotisations sociales, ce qu'il n'a point fait. Il n'a pris aucune mesure concrète, même après les poursuites et les plaintes pénales, se contentant de parer au plus pressé et d'envoyer des ASA ou d'autres renseignements concernant les salariés, avant d'être radié au Registre du commerce, moins d'un mois avant le prononcé de la faillite. Pis encore, la société était connue pour engager du personnel principalement « au noir », de sorte que les instances officielles suisses ont dénoncé la société auprès de toutes les sociétés du métier, les invitant à ne plus travailler avec elle (cf. procès-verbal d'interrogatoire établi par l'Office des faillites en date du 8 avril 2008 annexé au courrier de l'OF du 14 janvier 2011). En dépit des efforts du recourant pour tenter d'incriminer l'ancien administrateur, la Cour de céans considère que le recourant a, en sa qualité d'organe, failli à ses devoirs et fait preuve, à tout le moins, de négligence grave. Partant, il répond du dommage subi par l'intimée. 12. Mal fondé, le recours est rejeté.

A/3140/2010 - 19/19 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme : 1. Déclare le recours recevable. Au fond : 2. Le rejette. 3. Dit que la procédure est gratuite. 4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Selon l'art. 85 LTF, s'agissant de contestations pécuniaires, le recours est irrecevable si la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 francs (al. 1 let. a). Même lorsque la valeur litigieuse n'atteint pas le montant déterminant, le recours est recevable si la contestation soulève une question juridique de principe (al. 2). Le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

Isabelle CASTILLO

La présidente

Juliana BALDE 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.