

GE_GERICHTE ATAS/713/2013 vom 3. Juli 2013

GE Cour de justice, 2013-07-03, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_713_2013

FR: GE_GERICHTE ATAS/713/2013 du 3 juillet 2013

IT: GE_GERICHTE ATAS/713/2013 del 3 luglio 2013

Erwägungen

E. 13

Monsieur U_____ (ci-après U_____. ou le recourant U_____) interjette recours par acte daté du 23 avril 2012, posté le 30 avril 2012 (cause A/1261/2012). Il conteste sa responsabilité, motif pris qu'il ne pouvait pas engager la société, faute d'accès aux comptes, et que les directeurs exécutifs étaient Messieurs W_____ et V_____. Il allègue qu'il ne possédait que 5 % des actions et que dès qu'un nouvel investisseur s'est présenté, en la personne de Monsieur S_____; il a transmis la totalité de ses parts à ce dernier, en contrepartie d'une dette postposée en sa faveur qui le plaçait automatiquement en dernière ligne en cas de faillite. La société avait un potentiel d'affaires très important, le business plan pour l'année 2007 et l'année suivante était de plusieurs millions de francs de chiffre d'affaires. Durant son mandat, aucun tantième ou rémunération d'administrateur n'ont été versés. U_____ conteste également le montant du dommage réclamé, se référant à un courriel du 25 mai 2011 faisant état d'un montant échu au 18 janvier 2005, date de son inscription au RC, de 8'521 fr. 50 et de 9'330 fr. 60 au 28 février 2007. Quoi qu'il en soit, le montant du dommage devrait tenir compte de sa participation de 5 % du capital-actions et de la période incriminée. Le recourant U_____ conclut à l'annulation de la décision.

E. 14

Dans sa réponse du 16 mai 2012, la caisse conclut au rejet du recours interjeté par U_____ relevant que le calcul du dommage ne peut se faire par rapport au pourcentage des actions qu'il détenait. Quant au surendettement de la société à l'entrée en fonction de U_____, cette allégation ne tient pas et n'est en tout cas pas étayée par des documents, notamment les bilans de la société. Après l'investissement massif et conséquent de Monsieur S_____, le recourant U_____ aurait dû s'assurer qu'une partie de ce montant soit affecté au paiement des arriérés de cotisations AVS. La responsabilité de U_____ est engagée. Pour le surplus, l'intimée demande la jonction de la cause à celle enregistrée sous le numéro A/1152/2012.

E. 15

Par ordonnance du 21 mai 2012, la Cour de céans a joint les causes A/1261/2012 et A/1152/2012 à celle enregistrée sous le numéro A/1151/2012.

A/1152/2012 - 5/21 -

E. 16

Monsieur T_____ (ci-après T_____ ou le recourant T_____) interjette recours le 18 mai 2012 (cause A/1510/2012). Il invoque en premier lieu que dans sa lettre de démission adressée en date du 18 septembre 2006 à tous les membres du conseil

d'administration de l'époque, ainsi qu'à l'organe de révision, il tirait la sonnette d'alarme. Il conteste sa prétendue passivité que lui reproche l'intimée, car il est certainement le seul administrateur qui a tenté d'avoir accès aux comptes de la société en temps voulu. Selon T _____, durant toute la durée de son mandat, il n'y a jamais eu une seule séance du conseil d'administration. Le Président du conseil et directeur général de la société n'a jamais convoqué les administrateurs pour présenter la situation de la société, la gestion était totalement opaque, et sans les informations nécessaires, il était dans l'impossibilité totale d'exercer son rôle. Sa seule alternative était la menace de démission, qu'il a finalement concrétisée. T _____ allègue qu'inquiet du manque d'information, il s'était rendu personnellement à l'Office des poursuites, en avril 2006, pour demander un extrait sur la société. A cette occasion, il a découvert avec surprise qu'un ancien conseil juridique de la société n'avait pas été payé; il a alors exigé du directeur de la société de présenter les comptes 2005 dans les plus brefs délais. Au mois de septembre 2006, les comptes 2005 n'étant toujours pas présentés, il a démissionné. Ce n'est qu'en date du 12 octobre 2006 que les comptes 2005 ont été présentés aux actionnaires; une dette de 11'331 fr., envers Y _____ y figurait, démontrant que la société ne tenait pas ses engagements les plus essentiels.

E. 17

Par réponse du 6 juin 2012, la caisse relève que les arguments du recourant T _____ ne modifient en rien ses conclusions tendant au rejet du recours et sollicite la jonction de la cause à la cause A/1151/2012.

E. 18

Par ordonnance du 7 juin 2012, la Cour de céans a joint la procédure à celle enregistrée sous le numéro de cause A/1151/2012.

E. 19

Une audience de comparution personnelles des parties s'est tenue en date du 4 juillet 2012, à laquelle le recourant S _____ s'est excusé. Le recourant T _____ a déclaré que la gestion de la société a toujours été extrêmement opaque. Le titre d'administrateur a toujours été fictif, dès lors qu'il n'y a jamais eu de séance du conseil d'administration. Il n'avait jamais vu un seul décompte. Il n'y a eu qu'une seule assemblée générale des actionnaires, avec beaucoup de retard. Les comptes 2004 ont été présentés le 12 avril 2005 et les comptes 2005 le 12 octobre 2006, soit après sa démission. C. a déposé des pièces, notamment les rapports de l'organe de révision et relevé que le rapport de l'organe de révision pour l'exercice 2004 indiquait que la société était surendettée. Il a expliqué qu'au début il n'était pas actionnaire de la société faillie, mais que la société Z _____, dont il était actionnaire, a reçu 20 % des actions de la société faillie à titre de rétribution de ses activités. Après l'arrivée de S _____, les

A/1152/2012 - 6/21 - actions en faveur de Z _____ ont été réduites à 7 %. Pour le surplus, la société était dirigée par Monsieur W _____ et son fils. Le recourant U _____ a relevé au préalable que s'il y a une dette à l'égard des assurances sociales, elle doit figurer dans les comptes. S'agissant du surendettement de la société en 2004, il s'agissait de dettes postposées, raison pour laquelle il n'a pas été fait appel au juge. La société connaissait des problèmes de trésorerie, car il fallait payer certains fournisseurs à l'avance afin de pouvoir honorer les commandes des clients. C'est la raison pour laquelle la société cherchait des investisseurs. S _____ a ainsi investi de l'argent dans la société et

il lui a transféré ses parts à ce moment-là, puis a démissionné. Par ailleurs, il avait découvert qu'un mois avant la faillite, la société avait transféré sa technologie à une autre société. Il était impossible qu'il n'y ait pas eu d'accord financier, car il y avait notamment des machines pour environ 400'000 fr., c'était un produit de haute technologie. U _____ a déposé des pièces à la procédure. L'intimée a déclaré que les problèmes dans le paiement des charges sociales ont commencé en 2005-2006 et que les plus gros montants impayés sont ceux à partir de l'année 2008. Elle s'est engagée à déposer les pièces relatives au détail du dommage. Pour le surplus, elle a expliqué que Messieurs W _____ et V _____ avaient été également actionnés en responsabilité pour la totalité du dommage. M. V _____ père a déjà payé 10'000 fr. et Messieurs V _____ se sont engagés à payer, conjointement et solidairement, le montant de 2'000 fr. par mois dès juin 2012. Quant aux rappels pour les cotisations impayées, l'intimée a exposé avoir dû finalement déposer plainte à l'encontre de M. W _____, qui a été condamné par ordonnance du Procureur général du 9 décembre 2010, ce que les recourants ignoraient. A l'issue de l'audience, un délai a été imparti à la caisse pour déposer des pièces complémentaires.

E. 20

Dans le délai imparti, la caisse a produit les actes juridiques ayant mené à la condamnation pénale de Monsieur W _____ ainsi que les relevés de comptes de la société.

E. 21

Par ordonnance du 11 juillet 2012, la Cour de céans a appelé en cause Messieurs W _____ et V _____ en leur communiquant les pièces essentielles de la procédure et leur a imparti un délai au 10 août 2012 pour se déterminer.

E. 22

Dans ses observations du 9 août 2012, Monsieur V _____ expose que la société, en raison de sa taille, n'était pas en mesure d'assumer la charge d'un expert-comptable à plein temps. Cela étant, les comptes ont fait l'objet d'un contrôle annuel par la fiduciaire, organe de révision, qui s'est assurée que l'assemblée générale ait eu lieu. Eu égard à la structure du capital et la taille de l'entreprise, il était justifié que l'assemblée générale des actionnaires et le conseil d'administration soient

A/1152/2012 - 7/21 - organisés dans une seule et même session. Il estime surprenant que certains administrateurs et actionnaires cherchent à se départir de leurs responsabilités sur la base d'un manque d'informations. Il explique pour le surplus que dans le cadre de son cursus universitaire, son père lui a offert la possibilité de créditer un stage de six mois, nécessaire à l'obtention d'un Master en gestion d'entreprise. Il n'était de ce fait nullement question d'une quelconque intervention de sa part dans le processus décisionnel de l'entreprise. Son père lui a proposé de devenir associé de la société, ce qu'il a accepté, dans une perspective d'avenir et pour des raisons familiales. Selon son analyse financière portant sur les sept premiers mois de l'année 2007, la trésorerie de la société n'a cessé de diminuer. La situation était critique, puisque le solde bancaire au 31 juillet 2007 était de 83'000 fr. Le fonds de roulement constituant le financement de l'entreprise atteignait 236'000 fr. contre 486'000 fr. au 31 décembre 2006. Cette baisse s'expliquait par le règlement des dettes ainsi que par la perte cumulée des sept premiers mois de 224'253 fr. Les besoins de trésorerie étaient à prévoir à court terme : le décompte AVS 2006 (10'600 fr.) ainsi que les cotisations pour le deuxième trimestre (6'800 fr.) restaient à payer, de même que l'ERP pour un montant de 13'500 fr. Il a ensuite quitté l'entreprise le 14 septembre 2007 pour un stage dans une

banque privée. Son père n'a pas entrepris les démarches nécessaires à sa radiation au RC, qui n'est intervenue que deux ans après son intervention au sein de l'entreprise. Monsieur V_____ explique qu'il a cherché à trouver un accord avec l'intimée permettant de régulariser la situation dans l'intérêt de l'ensemble des parties. Dans ce cadre, son père et lui ont trouvé un arrangement avec la caisse mettant ainsi fin à ce litige.

E. 23

Une audience a été fixée au 21 novembre 2012, lors de laquelle Messieurs W_____ et V_____, ainsi que les recourant S_____ et T_____ ont comparu. Le recourant S_____ a confirmé qu'il était devenu administrateur de la société et avait investi des capitaux, à hauteur de 300'000 fr. En échange, il avait obtenu des actions, pour 70'000 fr., le reste de 280'000 fr. étant une dette de la société, postposée. Il avait aussi amené un autre investisseur dans la société, un ami, qui a investi un montant de 150'000 fr., en contrepartie d'actions et d'une dette postposée. Il avait probablement dû voir le rapport de révision concernant les comptes de 2005, mais ne se rappelait pas quel était le montant des dettes. Il n'a pas eu connaissance de dettes relatives à des charges sociales, qui, normalement, devaient figurer dans les comptes. En accord avec la direction, les capitaux investis, de 500'000 fr., devaient permettre à la société de liquider ses dettes et de repartir sur de bonnes bases. Concernant l'utilisation des fonds, il a expliqué qu'il s'agissait d'une petite société et qu'il avait fait confiance aux dirigeants, comptant sur leur honnêteté. Pour le surplus, il n'aurait pas pu s'assurer du paiement des charges sociales, car il n'aurait pas su où trouver les documents.

A/1152/2012 - 8/21 - Le recourant T_____ a déclaré que les comptes de la société étaient opaques. Les séances du conseil d'administration se tenaient avec énormément de retard, une fois par année, en même temps que l'assemblée générale des actionnaires. Il a répété qu'il avait démissionné parce qu'il avait constaté au bilan 2004 l'existence d'une dette de 11'000 fr. à l'égard de Y_____ concernant la LPP. Pour le surplus, le bilan ne mentionnait pas de dettes relatives aux charges sociales. Il considère ne pas devoir être responsable de dettes dont il ignorait l'existence. Monsieur W_____ a admis qu'il était le directeur de la société et qu'il s'occupait du paiement des charges sociales. Lorsqu'il avait repris la société en 2002, il avait dû refaire l'état financier avec l'aide d'une fiduciaire. Lorsqu'il recevait les sommations de la caisse, il payait ce qu'il pouvait, de sa poche. En 2005 et 2006, il n'était pas très souvent dans la société, car il se rendait souvent au tribunal pour défendre les intérêts de la société, notamment dans le cadre d'une procédure en concurrence déloyale. Il ne savait pas pourquoi les dettes AVS ne figuraient pas au bilan 2006. Il avait communiqué toutes les factures à la fiduciaire. Il a expliqué qu'il avait investi plus d'un million de francs dans la société. Lorsque tout le monde a quitté le navire en 2007, il s'était senti un peu seul et aurait aimé être davantage entouré. Son regret aujourd'hui, c'est de n'avoir pas écouté les conseils de S_____ et de n'avoir pas immédiatement mis la société en faillite. Monsieur W_____ a déclaré qu'il avait un repreneur, qui a payé finalement 70'000 fr. au lieu des 135'000 fr. convenus initialement. C'est l'Office des faillites qui a payé les dettes. S'agissant de la créance de l'intimée, il a déclaré avoir payé 29'000 fr. à ce jour et s'être engagé à payer 2'000 fr. par mois. Au cas où il aurait de l'argent, il paiera davantage. Monsieur V_____ a indiqué que lorsqu'il était entré dans la société, il avait pour objectif d'utiliser un nouveau système comptable. Il devait entrer tous les chiffres de l'année 2006 et ceux du premier semestre 2007 afin de les présenter aux administrateurs et en particulier à S_____. Il a déposé copie de son analyse dont la

conclusion était qu'au 31 juillet 2007, date à laquelle il a présenté son analyse, la société était confrontée à des difficultés de trésorerie. Son rapport indiquait aussi que le décompte AVS de l'année 2006 d'un montant d'environ 10'000 fr. était impayé, de même que les charges sociales de l'année 2007. Le recourant U _____, expatrié en Thaïlande, s'est excusé et a persisté dans ses conclusions.

E. 24

La Cour de céans a imparti un délai à l'intimée pour déposer les attestations de salaires des années 2006 à 2009 ainsi que le dossier relatif à la procédure de poursuite et faillite.

E. 25

Le 27 novembre 2012, l'intimée a communiqué les pièces requises. Elle a contacté l'Office des faillites aux fins de savoir ce qu'il était advenu du montant de 70'000 fr.

A/1152/2012 - 9/21 - que M. W _____ affirmait lui avoir versé. D'après les responsables, l'OF n'a jamais reçu cette somme et M. W _____ avait précisé qu'avant la faillite, la vente du mobilier de la société avait été effectuée pour un montant de 75'000 fr.. Pour le surplus, l'OF avait reçu des explications confuses par rapport au désintéressement de certains créanciers. Le montant de 20'584 fr. 75 payé par la société à la l'intimée pourrait provenir de la vente précitée.

E. 26

Les pièces ont été communiquées aux parties, lesquelles ont été invitées à déposer leurs dernières conclusions.

E. 27

Dans le délai imparti, l'intimée a persisté dans les termes et conclusions de ses décisions sur opposition. Les autres parties n'ont pas déposé d'observations complémentaires.

E. 28

Sur quoi, 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; RS 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). La Cour de justice, Chambre des assurances sociales, est par conséquent 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 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

A/1152/2012 - 10/21 - 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. Interjetés dans les formes et délai prévus par la loi, les recours interjetés par S_____, T_____ et U_____ sont recevables (art. 56 à 61 LPGA). 4. Le litige porte sur la responsabilité des recourants au sens de l'art. 52 LAVS dans le préjudice causé à l'intimée, par la perte des cotisations AVS-AI-APG-AC-AMat et AF afférentes aux années 2005 à 2008. 5. a) A teneur de l'art. 52 LAVS en vigueur dès le 1er janvier 2003 (introduit par le ch. 7 de l'annexe à la LPGA), l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation (al. 1). 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 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).

A/1152/2012 - 11/21 - b) En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par l'intimée, correspondant aux cotisations AVS/AI/APG, chômage, allocations familiales et assurance maternité dues par la société faillie pour les années 2005 à 2009. 6. A titre liminaire, il sied d'examiner la question de la prescription. a) Le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus. L'employeur peut renoncer à invoquer la prescription (al. 3). Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (cf. SVR 2005 AHV n° 15 p. 49 consid. 5.1.2; FF 1994 V 964 sv., 1999 p. 4422). Cela signifie qu'ils ne sont plus sauvegardés une fois pour toutes avec la décision relative aux dommages-intérêts; le droit à la réparation du dommage au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS peut donc aussi se prescrire durant la procédure 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 (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 font 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

A/1152/2012 - 12/21 - 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^e 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'occurrence, les poursuites engagées par l'intimée n'ont pu aller jusqu'à leur terme, en raison de la faillite de la société, prononcée le 9 juin 2009. Selon l'extrait du RC, la procédure de faillite a été suspendue pour défaut d'actifs le 4 novembre 2009, publiée dans la Feuille d'avis officielle le 18 février 2010. C'est à partir de ce moment que l'intimée a eu connaissance du dommage. Il s'ensuit que ses décisions en réparation du dommage notifiées le 17 mai 2011 sont intervenues 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 17 mai 2011, respectivement 18 mai et 25 mai 2011 (oppositions des administrateurs T_____, respectivement S_____ et U_____), 16 avril 2012 (décisions sur opposition) et 20 avril, respectivement 23 avril et 18 mai 2012 (recours des administrateurs S_____ respectivement U_____ et T_____) et depuis lors, par chaque acte judiciaire des parties de sorte qu'à ce jour, la prescription n'est pas

acquise. 7. Il convient de déterminer si les recourants peuvent être considérés comme étant « l'employeur » tenu de verser les cotisations à l'intimée au sens de l'art. 52 LAVS. a) C'est le lieu de rappeler qu'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. 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).

A/1152/2012 - 13/21 - b) 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 (ATF 112 V 155, consid. 5; RCC 1987, p. 220). 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 111 V 173, consid. 2; 108 V 186, consid. 1a, 192 consid. 2a; RCC 1985, p. 646, consid. 3a). c) Par "organe", il faut entendre toute personne physique qui représente la personne morale à l'extérieur ou qui peut exercer une influence décisive sur le comportement de celle-ci (no 8004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le Tribunal fédéral s'est toujours référé à l'art. 754 al. 1er CO, en corrélation avec l'art. 759 al. 1er CO. Conformément à ces articles, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle, répondent, à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Sont réputés chargés de l'administration ou de la gestion au sens de l'art. 756 CO "non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels, mais également les personnes qui prennent effectivement des décisions relevant des organes, ou qui assument la gestion proprement dite et ont ainsi une part prépondérante à la formation de la volonté au sein de la société" (ATF 107 II 353, consid. 5a; ATF 112 II 1985 et l'arrêt non publié du Tribunal fédéral du 21 avril 1988 en la cause A. ; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., p. 209 et ss). d) En l'espèce, le recourant S_____ était inscrit au registre du commerce en qualité d'administrateur secrétaire, avec signature collective à deux, depuis le 20 mars 2007 jusqu'à sa radiation de la société, le 3 septembre 2008. Il a cependant produit un document démontrant qu'il a démissionné de cette fonction le 27 décembre 2007. Par conséquent, compte tenu de la jurisprudence précitée (voir notamment ATF 123 V 15 consid. 5b, 122 V 66 consid. 4a, 119 V 405 consid. 2 et les références), jusqu'à sa démission, il était indiscutablement un organe de la société faillie, de sorte que sa responsabilité est engagée au sens de l'art. 52 LAVS, subsidiairement à la société.

A/1152/2012 - 14/21 - Le recourant U_____ était également inscrit au registre du commerce en qualité d'administrateur secrétaire, avec signature collective à deux, depuis le 8 janvier 2005 jusqu'à sa radiation le 20 mars 2007. Compte tenu des documents produits par le recourant relatif à la vente de ses actions à S_____ et des déclarations de ce

dernier, il convient d'admettre, avec l'intimée, que le recourant U_____ a quitté le conseil d'administration fin décembre 2006. Il s'ensuit, que jusqu'à cette date, il était indiscutablement un organe de la société faillie, de sorte que sa responsabilité est engagée. Quant au recourant T_____, il était inscrit au registre du commerce en qualité d'administrateur, avec signature collective à deux, du 8 janvier 2005 au 20 mars 2007. Il ressort cependant d'un document produit par le recourant qu'il a démissionné du conseil d'administration le 18 septembre 2006, avec effet immédiat. Cela étant, jusqu'à cette date, il était sans conteste un organe de la société faillie, de sorte que sa responsabilité est engagée au sens de l'art. 52 LAVS. 8. Reste à examiner si les recourants ont 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

A/1152/2012 - 15/21 - 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 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 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

A/1152/2012 - 16/21 - 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). 9. En l'espèce, les recourants étaient administrateur ou administrateurs secrétaires, avec signature collective à deux. Par conséquent, en cette qualité, ils devaient assumer les obligations qui leur incombaient de par la loi et plus particulièrement celles visées par l'art. 716a al 1 ch. 5 CO, soit notamment exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données. S'assurer du paiement des cotisations sociales fait partie de cette obligation. a) Le recourant S _____ considère que la décision de l'intimée est injuste. Il allègue qu'il fût bien le premier et seul administrateur vers la fin 2007 à avoir prudemment demandé une liquidation correcte de la société, afin de pouvoir payer les créanciers. Il explique avoir investi des capitaux à hauteur de 350'000 fr., soit 70'000 fr. en échange d'actions et 280'000 fr. sous forme d'une dette de la société, postposée. Il avait également amené un autre investisseur dans la société, un ami, qui a investi 150'000 fr. Ces capitaux devaient permettre à la société de liquider ses dettes et de repartir sur de bonnes bases. Quant à l'utilisation des fonds, il a fait confiance aux dirigeants, comptant sur leur honnêteté. Il s'agissait d'une petite société. Selon certains documents qu'il avait pu consulter en 2007, il avait constaté que les dettes de la société étaient payées, de même que les employés. Le bilan provisoire établi en été 2007 laissait présager que la société serait à nouveau confrontée, dans un avenir plus ou moins proche, à des difficultés financières. Selon le recourant, en juillet 2007, il n'y avait pas de raison de penser que la société devait être mise en faillite. Quant à l'exercice 2006, il n'a été soumis qu'à fin septembre 2007. S _____ soutient que les premiers responsables du non-paiement des charges sociales sont la direction de la société et tous les administrateurs qui ont eu un certain pouvoir pendant presque deux ans après qu'il ait pris sa distance en tant qu'actionnaire et administrateur de la société. La Cour de céans rappelle cependant qu'en sa qualité d'organe formel de la société depuis le 20 mars 2007, il incombait au recourant S _____, quel

que soit le mode de répartition interne des tâches convenu au sein de la société, de s'assurer personnellement que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés soient effectivement payées à la caisse de compensation, et ce conformément aux prescriptions légales. Or, bien qu'il ait investi un montant important dans la société, avec pour but que la société paie ses créanciers pour repartir sur de bonnes bases, il ne s'est pas assuré de l'utilisation des fonds, faisant confiance aux dirigeants et ne s'est pas non plus préoccupé de savoir si les charges sociales étaient payées, alors que le rapport d'analyse financière établi par M. V _____ pour la période du 1er janvier au 31 juillet 2007, présenté le 31 juillet au recourant S _____ notamment, mentionnait que le décompte AVS 2006 (10'600 fr.) ainsi que les

A/1152/2012 - 17/21 - cotisations du 2ème trimestre (6'800 fr.) restaient à payer. Par ailleurs, il résulte du rapport de l'organe de révision du 21 mai 2007 sur l'exercice 2006 que les comptes présentaient une perte au bilan de 1'330'401 fr. et que la société était surendettée. Si le juge n'a pas été averti, c'est en raison de la convention de postposition de créance de 1'663'000 fr. des principaux créanciers de la société. Même si le recourant S _____, a démissionné à fin 2007 et que la durée de son mandat a été relativement courte (huit mois), il n'en demeure pas moins que s'il avait veillé au paiement des charges sociales durant la période où il était administrateur, il aurait pu réduire le montant du dommage subi par l'intimée. Pour le surplus, le fait que le recourant S _____ n'ait pas été en mesure d'exercer ses fonctions, parce que la personne morale était en fait dirigée par d'autres administrateurs, membres de la direction, n'est pas un motif de suppression ou d'atténuation de la faute commise (voir arrêts non publiés 9C_289/2009, 9C_292/2009, 9C_295/2009, 9C_297/2009 et 9C_299/2009 du 19 mai 2010 et EGLI, Aperçu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative à la responsabilité des administrateurs de société anonyme, in Publication CEDIDAC 8, 1987, p. 32). Eu égard à ce qui précède, la Cour de céans considère que S _____ a commis à tout le moins une négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS, de sorte qu'il ne saurait dès lors être exonéré de sa responsabilité envers l'intimée. b) Le recourant U _____ conteste avoir commis une négligence grave, au motif qu'il ne pouvait engager la société, en dépit d'une signature collective à deux. Il n'avait accès à aucun compte de la société, ni aux comptes bancaires, aucun PV ou de réunions du conseil d'administration n'ont été agendés, bien que demandés à plusieurs reprises ou par téléphone. Il fait valoir que la deuxième signature devait obligatoirement être celle de M. W _____ ou celle de M. V _____, tous deux directeurs exécutifs. Etant donné l'impossibilité d'exercer son mandat d'administrateur, il ne pouvait engager la société, ni vérifier sa situation, ce qui a précipité son départ, ainsi que celui du recourant T _____ Les directeurs avaient expliqué que la société connaissait une difficulté passagère de trésorerie, mais qu'elle était en phase de croissance avec un chiffre d'affaires en progression. Les perspectives commerciales pour l'avenir permettaient de penser que les cotisations pourraient être payées dans un délai raisonnable. Selon U _____, il n'était pas au courant du non-paiement des charges sociales. Il savait que la société connaissait des problèmes pour payer certains fournisseurs. La société cherchait des investisseurs. S _____ a injecté passablement d'argent dans la société, à hauteur de quelque 300'000 fr. C'est à ce moment-là qu'il lui a cédé ses parts et en contrepartie, il a obtenu une dette postposée à l'encontre de la société. La Cour de céans constate cependant que le recourant n'a pas cherché à savoir si les charges sociales étaient régulièrement payées et qu'il ne s'est pas assuré non plus que tel fût le cas. Il s'est fié aux directeurs de la société. Or, les devoirs des organes

A/1152/2012 - 18/21 - d'une société sont inaliénables et intransmissibles, quelle que soit l'organisation interne. Partant, le recourant a commis une négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS, de sorte que sa responsabilité en tant qu'ancien administrateur de la société faillie est engagée. c) Le recourant T_____ conteste également sa responsabilité, alléguant que durant toute la période de son mandat, il n'y a jamais eu une seule séance du conseil d'administration, que la gestion était opaque et que sans les informations nécessaires, il était dans l'impossibilité d'exercer son rôle. Inquiet, il était allé se renseigner auprès de l'Office des poursuites, en avril 2006, et avait appris avec surprise qu'un ancien conseil juridique de la société n'avait pas été payé. Il avait alors exigé du directeur de présenter les comptes 2005 dans les plus brefs délais. Comme en septembre 2006 les comptes 2005 n'étaient toujours pas présentés, il a démissionné. Les comptes 2005 n'ont été soumis qu'après sa démission, montrant une dette de la société de 11'331 fr. envers Y_____. Ces motifs ne sont toutefois pas suffisants pour dégager le recourant de sa responsabilité. En effet, sachant que la gestion de la société était opaque et que les comptes tardaient à être présentés, il lui incombait de surveiller d'autant plus étroitement les activités des directeurs exécutifs et de s'assurer du paiement des charges sociales. Le recourant s'est bien renseigné auprès de l'Office des poursuites, mais durant la période où il était administrateur, c'est-à-dire une période de dix-sept mois, il n'a pas pris contact avec l'intimée pour s'enquérir de la situation à l'égard des assurances sociales. Cette inaction constitue une négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS, de sorte que la responsabilité de T_____ est engagée. 10. Le montant du dommage réclamé par l'intimée est contesté par les recourants. Il sied de rappeler que celui qui entre dans le conseil d'administration d'une société anonyme 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 sv. consid. 7b). Il convient toutefois de réserver les cas dans lesquels la situation financière de la société au moment de l'entrée en fonction de l'administrateur était obérée au point que l'arriéré de cotisations ne pouvait déjà plus être recouvré. L'administrateur ne répond alors que de l'accroissement du dommage résultant de la poursuite des activités de la société jusqu'au prononcé de la faillite, les tentatives de redressement ayant échoué (ATF 119 V 401 consid. 4 p. 405).

A/1152/2012 - 19/21 - En l'espèce, la Cour de céans constate que la société était surendettée depuis 2004 déjà. En effet, le rapport de l'organe de révision du 12 avril 2005, portant sur l'exercice 2004, attirait l'attention de l'assemblée générale des actionnaires que la société était surendettée, avec une perte au bilan de 1'306'161 fr., et que compte tenu du fait qu'un actionnaire avait accepté de postposer sa créance de 1'157'689 fr., le conseil d'administration avait renoncé à informer le juge (cf. pièces recourant T_____). La situation était la même pour les exercices 2005 et 2006 (cf. rapports de l'organe de révision des 12 octobre 2006 et 21 mai 2007, pièces recourant T_____). a) L'intimée, pour tenir compte de la démission du recourant S_____, a réduit le montant du dommage réclamé à 48'772 fr. 80, correspondant aux cotisations impayées au 30 septembre 2007, soit le dernier trimestre de facturation avant sa démission. Cela étant, il convient de tenir compte du fait que la société était surendettée lors de l'entrée en fonction de S_____ en qualité d'administrateur secrétaire, le 20 mars 2007. Par conséquent, conformément à la jurisprudence, la Cour de céans considère que S_____ ne répond que de

l'accroissement du dommage survenu entre le 20 mars 2007 et sa démission fin 2007, c'est-à-dire des cotisations dues et exigibles durant la période de son mandat. Au vu de ce qui précède, le recours de S_____ sera admis partiellement. La cause sera renvoyée à l'intimée pour calculer le montant du dommage dû, frais et intérêts moratoires compris. b) L'intimée a réduit le montant du dommage réclamé au recourant U_____ à 8'062 fr. 70 pour tenir compte de sa démission fin décembre 2006. Ce montant représente les cotisations impayées au 30 septembre 2006, dernier trimestre de facturation avant le départ du recourant. U_____ invoque l'état de surendettement de la société avant son entrée en fonction le 18 janvier 2005 et considère que le calcul devrait tenir compte du fait qu'il ne détenait que 5 % des actions de la société avant la cession à S_____. Ce dernier argument tombe à faux. En effet, comme expliqué supra, la responsabilité de l'organe au sens de l'art. 52 LAVS n'est pas proportionnelle à sa part dans le capital-actions de la société faillie : il répond de la totalité du dommage subi par l'intimée, conjointement et solidairement avec les autres organes de la société faillie. Quant à l'état de surendettement de la société avant son entrée en fonction, il n'a aucune incidence sur le montant du dommage qui lui est réclamé, car les cotisations impayées sont celles dues pour la période durant laquelle il était administrateur (années 2005 à 2009). Par ailleurs, l'intimée a tenu compte, à juste titre, de sa démission et le montant réclamé correspond aux cotisations impayées durant la période de son mandat, frais et intérêts moratoires compris.

A/1152/2012 - 20/21 - Mal fondé, son recours sera rejeté. c) Concernant le recourant T_____, l'intimée a également réduit le montant du dommage réclamé à 6'582 fr. 50, pour tenir compte de sa démission le 18 septembre 2006. Ce montant correspond aux cotisations impayées au 30 juin 2006, dernier trimestre de facturation avant son départ. Pour les mêmes motifs que ceux exposés ci-dessus, lettre b), l'endettement de la société n'a pas de conséquence sur le montant du dommage réclamé à T_____, étant relevé que l'intimée a tenu compte, à juste titre, de la date de sa démission. Mal fondé, son recours sera rejeté. 11. Au vu de ce qui précède, le recours de S_____ sera admis partiellement dans le sens des considérants et la cause renvoyée à l'intimée pour calcul du montant du dommage. Les recours de U_____ et T_____, mal fondés, seront rejetés. 12. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA; art. 89H de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 – LPA; RSG E 5 10).

A/1152/2012 - 21/21 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme :

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