

GE_GERICHTE ATAS/722/2013 vom 9. Juli 2013

GE Cour de justice, 2013-07-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_722_2013

FR: GE_GERICHTE ATAS/722/2013 du 9 juillet 2013

IT: GE_GERICHTE ATAS/722/2013 del 9 luglio 2013

Erwägungen

E. 32

Ces trois écritures ont été transmises aux parties et la cause gardée à juger.

A/2896/2011 - 17/29 - EN DROIT 1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; 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). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. 2. Interjeté dans la forme et le délai légaux, le recours est recevable (art. 56ss LPGA). 3. Le litige porte sur le droit de la Caisse de réclamer à l'intéressé la réparation du dommage subi en raison du non-paiement des cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC, ainsi que des cotisations AMat et AF dues par la société pour les périodes décembre 2007, complément année 2007, janvier-février et juin à septembre 2008, ainsi qu'un solde de frais sur les périodes de novembre 2007 et mai 2008. 4. 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 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. b) 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). c) En l'espèce, le dommage subi par la Caisse consiste en la perte de la créance de cotisations AVS/AI/APG/AC/AMAT et AF dues par la société faillie pour les

A/2896/2011 - 18/29 - périodes décembre 2007, complément année 2007, janvier-février et juin à septembre 2008, ainsi qu'un solde de frais sur les périodes de novembre 2007 et mai 2008. Il est de 118'581 fr. 50 selon courrier de la Caisse du 20 décembre 2012. 5. 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.). b) 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. Le dommage subi par la caisse est réputé être survenu au moment de l'avènement de la péremption ou le jour de la faillite; ce jour marque également celui de la naissance de la créance en réparation et la date à partir de laquelle court le délai de 5 ans de l'ancien art. 82 al. 1 in fine RAVS (ATF 129 V 195 consid. 2.2, 123 V 16 consid. 5c). c) 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

A/2896/2011 - 19/29 - 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.). d) 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. e) En l'espèce, l'état de collocation a été publié par l'office des faillites le 7 avril 2010. En notifiant à l'intéressé une demande en réparation du dommage en date du 19 avril 2010, la Caisse a dès lors agi en temps utile, dans les délais de deux ans et cinq ans prévus à l'art. 52 al. 3 LAVS. 6. Il convient d'examiner si l'intéressé peut être assimilé à un « employeur » tenu de verser les cotisations à la Caisse 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). 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.

A/2896/2011 - 20/29 - 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). 7. Monsieur F_____ a été inscrit au Registre du commerce en qualité de directeur du 1er janvier au 1er août 2002, puis d'administrateur-président jusqu'au 2 novembre 2005. Il n'est plus formellement organe de la société depuis cette date. Il s'agit en conséquence de déterminer s'il doit alors être ou non considéré comme un organe de fait, plus particulièrement durant la période litigieuse. 8. La responsabilité incombe en effet 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).

A/2896/2011 - 21/29 - La responsabilité d'un organe de fait dépend en particulier de l'étendue des droits et des obligations qui découlent des rapports internes, sinon pareil organe serait amené à réparer un dommage dont il ne pouvait empêcher la survenance, à défaut de disposer des pouvoirs nécessaires. Un organe de fait n'est ainsi appelé à assumer une responsabilité que pour les domaines dans lesquels il a effectivement déployé une activité (Forstmoser, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, 2e éd., p. 216 n° 687). Contrairement à un organe au sens formel, il n'a donc pas un devoir de surveillance (*cura in custodiendo*) à l'endroit de l'activité des autres organes, de fait ou de droit, de la société (voir à ce sujet ATF 114 V 223 consid. 4a; Forstmoser, *op. cit.*, p. 115 n° 321; Egli, *Aperçu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative à la responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes*, Recueil des travaux de la Journée d'étude organisée le 6 novembre 1986 par la Fédération suisse des avocats et le Centre du droit de l'entreprise, publication CEDIDAC 1987, p. 33 ; voir également arrêts du 2 mai 2001, H 193/00 et du 21 juin 2001, H 20/01)). La préparation de décisions par une collaboration technique, commerciale ou juridique ne suffit pas à conférer la qualité d'organe au sens matériel. En d'autres termes, la responsabilité liée à la qualité d'organe présuppose que l'intéressé ait eu des compétences allant nettement au-delà d'un travail préparatoire et de la création des bases de décisions, pour se concentrer sur la participation, comme telle, à la formation de la volonté de la société. La responsabilité pour la gestion ne vise ainsi que la direction supérieure de la société, au plus haut niveau de sa hiérarchie (ATF 117 II 572). 9. La Caisse s'est pour l'essentiel fondée sur les déclarations de Monsieur H_____ pour considérer que Monsieur F_____ devait se voir reconnaître la qualité d'organe de fait de la société. Selon Monsieur H_____, Monsieur F_____ a exercé le rôle de dirigeant de la société, aussi bien avant le 8 novembre 2005, qu'après, ce jusqu'à la faillite, et malgré son licenciement le 28 décembre 2007 avec effet au 29 février 2008. Monsieur F_____ a du reste continué à percevoir son salaire, gardé les prérogatives attachées à son statut de dirigeant (bureau, voitures, remboursement des frais, prélèvements sur les comptes de la société) et conclu le contrat de collaboration du 19 août 2008. L'intéressé allègue au contraire que, non seulement il n'a pas participé à la détermination de la volonté sociale, mais qu'au surplus, Messieurs H_____, qui dirigeait la société même après sa propre démission, et G_____, son complice, l'ont délibérément laissé dans l'ignorance de leurs manœuvres. Il conteste dès lors la qualité d'organe de fait et, partant, toute responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS.

A/2896/2011 - 22/29 - 10. Il résulte de la partie en fait qui précède que Monsieur F_____ a d'abord été inscrit au Registre du commerce, avec signature collective à deux, comme directeur, puis comme administrateur-président, de janvier 2002 à novembre 2005. Il a expliqué avoir quitté le conseil d'administration de la société, parce qu'à l'époque, il cherchait à quitter le domaine du nettoyage, domaine qui ne l'intéressait pas particulièrement. Il avait alors été approché par la société XA_____ SA et avait dû prendre la décision de démissionner de sa fonction d'administrateur de la société. Il avait

tenté de vendre ses actions à Messieurs G _____, J _____ et H _____, en vain, de sorte qu'il était resté actionnaire principal. Monsieur G _____ a à cet égard déclaré que Monsieur F _____ avait quitté le conseil d'administration parce qu'il voulait entrer dans une autre entreprise qui aurait pu amener de nouveaux clients à la société. La Cour de céans constate ainsi que l'intérêt financier que portait Monsieur F _____ à la société a persisté après novembre 2005. Par ailleurs, l'activité parallèle déployée le cas échéant par Monsieur F _____ au sein d'autres sociétés n'exclut pas en tant que tel la possibilité pour lui d'avoir eu un pouvoir décisionnel dans la société. Ce nonobstant, la Cour de céans est d'avis que Monsieur F _____ ne peut être qualifié d'organe de fait, pour les motifs qui suivent. 11. Monsieur F _____ a continué à travailler pour la société jusqu'à fin février 2008. Une convention de collaboration a toutefois été établie le 19 août 2008 - qui n'a été signée que par Monsieur F _____, et pas par la société - aux termes de laquelle celui-ci représenterait commercialement la société (recherche de nouveaux clients, calculation de nouvelles affaires, élaboration d'offres, assistance technique et suivi d'affaires confiées), dès le 1er septembre 2008. Il était prévu que la convention serait prolongée tacitement d'année en année, avec un délai de résiliation de trois mois. Interrogé par la Cour de céans sur la raison pour laquelle une telle convention avait été établie, Monsieur F _____ a indiqué qu'après son licenciement, des clients le réclamaient et que dès lors, Monsieur G _____, Monsieur J _____ et lui-même avaient conclu cet accord. La convention n'avait cependant pas été appliquée, et n'avait du reste pas été signée par la société. Monsieur G _____ a quant à lui expliqué qu'il avait refusé de signer la convention préparée par Monsieur F _____, au motif que celui-ci devait de l'argent à la société.

A/2896/2011 - 23/29 - Il est vrai qu'en principe seul quelqu'un disposant du pouvoir décisionnel d'un organe matériel est à même de proposer une convention de ce type. Or, Monsieur F _____, en août 2008, n'est plus administrateur, ni même salarié. Il y a toutefois lieu de relever que si Monsieur F _____ avait réellement eu tout pouvoir de décision dans la société, il n'aurait vraisemblablement pas eu besoin de prendre de telles dispositions. De plus, cette convention aurait été signée sans discussion par Monsieur G _____ ou par Monsieur H _____ pour la société. 12. Un avenant à la convention a été ajouté, constatant que Monsieur F _____ avait en réalité travaillé pour la société au-delà du 28 février 2008, que la société lui laissait ainsi natel et véhicule de fonction - à rendre au 31 août 2008 au plus tard - et abandonnait l'ensemble des factures ouvertes en son nom. En compensation, Monsieur F _____ ne sollicitait aucune rémunération pour le travail effectué après le 28 février 2008 et cédait le matériel de jardinage. La Cour de céans constate que selon les comptes individuels de cotisations de Monsieur F _____, son salaire lui a été versé par la société jusqu'à fin février 2008 seulement - ce qui correspond à la fin de son contrat de travail, d'une part, et à l'avenant à la convention, d'autre part -, et non pas au-delà comme l'a allégué Monsieur H _____. Monsieur F _____ a parallèlement établi une facture à l'attention de la société, le même jour, concernant un solde pour tout compte sur la base de la convention et de l'annexe, s'élevant à 63'698 fr. 60. Monsieur F _____ a affirmé ignorer à quoi correspondait cette somme de 63'698 fr. 50, figurant à un poste "débitur F _____" sur le bilan au 31 décembre 2007, remis à la Caisse par Monsieur H _____, et envisagé qu'il s'agisse éventuellement "de matériel que j'aurais laissé à la société". Entendu par la Cour de céans, Monsieur G _____ a cependant expliqué que la société avait un client pour lequel des travaux de nettoyage étaient effectués. M. F _____ était mandaté par ce même client pour des travaux de

jardinage. Ces travaux, effectués à la demande de M. F _____, par le personnel de la société X _____. M. F _____ n'a pas rétrocedé à la société l'argent qu'il a reçu pour ces travaux de la part du client, pour la somme de 60'000 fr. / 70'000 fr. environ, sauf erreur. (...) Les travaux de jardinage dataient de 2007. C'est moi qui en ai établi les factures. M. F _____ en a payé une. J'ajoute que je lui ai adressé des rappels pour les autres. Il ne pouvait dès lors pas ignorer qu'il devait de l'argent à la société. Je confirme que les factures que j'ai établies sont celles figurant sous pièce 6 chargé du 15 mars 2012 de M. H _____. Il résulte de cette pièce 6, page 2, que le montant dû par Monsieur F _____, pour des factures des 10 mars et 10 juillet 2006, 21 janvier 2007 et 11 juin 2008,

A/2896/2011 - 24/29 - s'élève à 55'698 fr. 60, puis à 63'698 fr. 60, compte tenu des versements effectués les 5 août 2005 (5'000 fr.) et 13 décembre 2005 (20'000 fr.), d'une part, et d'une prime IBM de 10'000 fr., d'autre part. Ces chiffres sont incompréhensibles. Il apparaît néanmoins que Monsieur F _____ serait débiteur de la société à hauteur d'environ 63'000 fr. Celui-ci le sait vraisemblablement, même s'il a déclaré le contraire à la Cour de céans. Il a du reste établi une facture en sa faveur pour le même montant pour solde de tout compte. Cette dette ne signifie quoi qu'il en soit pas qu'il dirigeait la société, étant rappelé qu'il était resté actionnaire majoritaire. 13. Il n'est pas contesté que l'activité de Monsieur F _____ portait sur la partie commerciale, soit le démarchage des clients, les relations avec les responsables de sites et avec les fournisseurs. Monsieur I _____ notamment l'a confirmé. Il résulte des témoignages de Messieurs J _____ et P _____, et de Madame N _____, que Monsieur F _____ était pour eux le patron, même après novembre 2005. Cette considération ne constitue cependant pas un indice déterminant allant dans le sens de reconnaître à Monsieur F _____ un pouvoir de décision dans la société, dès lors qu'en réalité l'activité qu'il déployait au sein de la société impliquait nécessairement des relations directes avec les clients et les fournisseurs, d'une part et des instructions à donner au personnel d'autre part. Il n'est ainsi pas surprenant, bien au contraire, que les clients, les fournisseurs, et les membres du personnel aient continué à le considérer comme le patron, même après novembre 2005. Il y a au surplus lieu de rappeler que selon la jurisprudence, le fait qu'une personne puisse apparaître à l'égard des tiers comme directeur ou comme administrateur de la société, ne permet pas d'établir quelles compétences il exerce réellement au sein de la société, autrement dit dans les rapports internes, qui sont seuls déterminants au regard de l'art. 52 LAVS (ATF 111 V 178, consid. 5a). Il est vrai que Monsieur K _____ a témoigné de ce que Monsieur F _____ dirigeait la société depuis le tout début. La Cour de céans est d'avis néanmoins que ce témoignage ne saurait être pris en considération tel quel, dans la mesure où Monsieur K _____ a pris soin d'atténuer ses propos en précisant, lorsqu'il a été entendu par la Cour de céans, qu'"il l'a fait jusqu'à la fin, sans aucune interruption, à ma connaissance. Je pense que tel était le cas, puisque c'est ce qu'il faisait à l'époque de Y _____", ainsi que "j'ai peu suivi l'évolution de la société. (...) Je voyais très peu F _____. Nous avons chacun nos activités professionnelles" ou encore "Je ne savais pas à ce moment-là (NB: au moment de l'AG du 27 juin 2008) que F _____ ne faisait plus partie du conseil d'administration depuis quelques temps."

A/2896/2011 - 25/29 - 14. Monsieur G _____ a souligné que le travail de Monsieur F _____ n'avait subi aucune modification avant et après 2005. Monsieur F _____ ne le conteste pas puisqu'il allègue n'avoir jamais exercé une autre activité que celle d'un

commercial. Monsieur G _____ a ajouté que Monsieur F _____ était au courant de tout et savait exactement quels étaient les salaires et quelles étaient les factures à payer. Même si cette allégation était avérée, elle ne signifierait pas pour autant que Monsieur F _____ doive être considéré comme un organe de fait. Il n'aurait en effet en cette qualité aucune obligation de surveillance, étant rappelé que selon la jurisprudence, il n'est appelé à assumer une responsabilité que pour les domaines dans lesquels il a effectivement déployé une activité (Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2e éd., p. 216 n° 687). 15. Monsieur H _____ veut pour preuve de la fonction de dirigeant de Monsieur F _____ le fait qu'il lui ait adressé sa lettre de démission. Monsieur F _____ nie toutefois avoir reçu, ni même vu cette lettre. Force est de constater qu'elle a été adressée au nom de Monsieur F _____ à la société et est datée du 24 juin 2008. Or, Monsieur F _____ a été licencié à fin février 2008. Il est vrai qu'il a en réalité continué à travailler pour la société en tout cas jusqu'à fin août 2008. N'étant toutefois pas tous les jours dans les locaux de la société - selon le témoignage de Monsieur J _____, "après février 2008, il passait de temps en temps (...) environ une fois par semaine, voire deux fois" -, il est vraisemblable qu'il n'en ait pas eu connaissance. On peut du reste se demander pour quelle raison, dans ces conditions, Monsieur H _____ a voulu l'informer de sa démission en lui écrivant à l'adresse de la société. 16. Il apparaît des déclarations de Messieurs F _____ et G _____ que c'est à ce dernier qu'il appartenait de prendre la décision de déposer le bilan. Monsieur F _____ a en effet déclaré que : "Juste avant mon licenciement, soit en octobre-novembre 2007, sauf erreur, il avait été question de déposer le bilan. Monsieur G _____ avait préféré poursuivre l'activité en prenant des mesures d'économies, raison pour laquelle il m'a licencié. J'ai été informé en raison du fait que j'étais actionnaire", ce que Monsieur G _____ a confirmé en déclarant : "je n'ai pas voulu déposer le bilan plus tôt, espérant que la situation s'améliorerait" 17. Monsieur F _____ allègue qu'il ne s'occupait pas de l'établissement des contrats de travail. Il a expliqué que le suivi, soit l'engagement du personnel nécessaire après qu'il ait trouvé le client, était assuré par Messieurs G _____ et J _____, étant précisé que ce dernier était chargé plus particulièrement du matériel et du contrôle technique. Les contrats étaient établis par Monsieur G _____, sous contrôle de Monsieur H _____. Celui-ci assumait les tâches administratives et les ordres de paiement et Monsieur G _____ le paiement des salaires.

A/2896/2011 - 26/29 - Monsieur I _____ est venu confirmer ce point, indiquant que si Monsieur F _____ et lui-même avaient engagé Monsieur G _____, c'est parce qu'ils en étaient encore dans la phase de création et soulignant que par la suite, c'est Monsieur G _____ qui était chargé de l'engagement du personnel. Monsieur J _____ a également confirmé que Monsieur G _____ établissait les contrats de travail. Lui-même avait pourtant été engagé par Monsieur F _____. A noter toutefois que lorsqu'il a commencé à travailler dans la société, Monsieur F _____ était encore administrateur inscrit au Registre du commerce. 18. Monsieur F _____ fait valoir qu'il ne s'occupait pas non plus du paiement des salaires. Il a à cet égard répété qu'il n'était pas un "administratif". Il y a lieu de constater qu'en effet, Monsieur G _____ a déclaré à ce propos que "Nous en discussions ensemble du fait que c'est moi qui m'occupais des rapports de facturation. Nous décidions alors de retarder le cas échéant le versement de nos propres salaires pour laisser la priorité aux autres employés. C'est durant la dernière année que le paiement des salaires devenait parfois plus difficile. M. F _____ n'intervenait pas dans nos discussions. " Dans un arrêt du 14 février 2006, H 128/04, le TF a eu l'occasion de juger

le cas d'une personne qui avait démissionné de sa charge d'administratrice, mais qui avait continué à travailler dans l'entreprise en qualité de secrétaire. Considérant qu'elle établissait les fiches, ainsi que les attestations de salaires de l'entreprise, de même qu'elle préparait et signait les ordres bancaires pour le paiement des charges sociales durant la période au cours de laquelle les cotisations n'avaient pas été payées et bénéficiait pour cela d'une signature individuelle sur les comptes bancaires de la société genevoise, qu'elle prenait la responsabilité d'effectuer les paiements, tant que les comptes étaient provisionnés qu'elle préparait les ordres bancaires pour le règlement des charges sociales et qu'elle les signait, à l'instar des paiements courants, le TF a admis que cette personne avait la qualité d'organe de fait de la société, étant précisé qu'au demeurant, il n'apparaissait pas que quelqu'un d'autre soit intervenu dans les relations de la société avec l'AVS. Force est de constater qu'en l'occurrence, Monsieur F_____ n'est pas dans la même situation que celle de cette personne ayant également démissionné de sa fonction d'administration. 19. Il y a lieu de constater que Monsieur F_____ n'est intervenu à aucun moment auprès de la Caisse, ce qui vient confirmer ses allégations selon lesquelles il ne s'occupait pas de la partie administrative. Ce n'est en particulier pas lui qui a négocié les arrangements de paiement. La Caisse a admis que les plans de paiement convenus avec la société n'avaient effectivement pas été traités par Monsieur F_____, mais par Monsieur G_____. La Caisse n'a du reste écrit

A/2896/2011 - 27/29 - directement à Monsieur F_____ qu'en date du 4 mai 2009, après avoir pris note des explications de Monsieur H_____ seulement. Monsieur F_____ n'a ainsi pas pris contact avec la Caisse s'agissant du paiement des charges sociales. On ne saurait le lui reprocher, puisqu'il n'était précisément pas un organe formel de la société. Ce n'est en effet que si tel avait été le cas que la jurisprudence particulièrement sévère à l'égard des administrateurs qui allèguent avoir été exclus de la gestion d'une société et qui se sont accommodés de ce fait, s'appliquerait (ATF 9C_263/07). Monsieur F_____ allègue que Messieurs H_____ et G_____ l'ont délibérément laissé dans l'ignorance de ce qu'ils faisaient. Il en veut notamment pour preuve un procès-verbal, produit par Monsieur H_____, établi lors de l'assemblée générale extraordinaire du 27 juin 2008. Monsieur G_____, président, a alors informé Messieurs K_____ et F_____, en leur qualité d'actionnaires, que la société, selon une situation provisoire au 31 décembre 2007, présentait une perte de 176'165 fr. 90, et qu'elle se trouvait ainsi en état de surendettement. Il a attiré leur attention sur le fait que depuis le début de l'année 2008, des mesures d'assainissement avaient été prises. Le document a été signé par Messieurs G_____, H_____, K_____ et F_____. Monsieur F_____ se pose la question de la raison d'être de ce document, et s'étonne de ce que Monsieur G_____ l'ait convoqué le 27 juin 2008 pour faire état d'une perte subie par la société au 31 décembre 2007, soit six mois plus tard, alors que lui et Monsieur H_____ prétendent qu'il était au courant de tout et dirigeait la société. Monsieur F_____ a retrouvé dans les archives de la société auprès de l'Office des faillites la page de garde du procès-verbal de l'assemblée générale du 27 juin 2008. Il en résulte que le procès-verbal a été adressé par Monsieur G_____ à Monsieur H_____ le 1er septembre 2008, par télécopieur, avec une note d'accompagnement signée par Monsieur G_____ au nom de la société, selon laquelle : "_____, enfin c'est signé, bonne journée." Quelques minutes plus tard, par télécopie également, Monsieur G_____ a adressé le procès-verbal au réviseur de la société, "selon demande de Monsieur H_____". Monsieur F_____ considère ainsi qu'"une fois de plus, tout démontre, y compris l'opacité ingénieusement orchestrée par

Monsieur H_____ en lien avec la présente procédure à présent révélée par sa volonté de taire des pièces essentielles, que le seul pilote de la société n'a jamais été que lui et son complice, Monsieur G_____, à l'exclusion de toute intervention du recourant et cela, même après la démission de façade de Monsieur H_____." Monsieur F_____ ne comprend pas non plus pourquoi, lors de l'assemblée générale du 27 juin 2008, Monsieur G_____ ne mentionne pas la perte de

A/2896/2011 - 28/29 - 374'137 fr. 37 au 31 décembre 2007. Le rapport de l'organe de révision recommandant d'approuver les comptes présentant ladite perte date du 15 juillet 2008. Or, le procès-verbal du 27 juin 2008 n'a été signé qu'en septembre 2008. La Cour de céans est d'avis que peu importe en réalité que Monsieur F_____ ait été ou non écarté de la direction de la société, s'agissant de déterminer s'il est ou non organe de fait. La question peut en effet être laissée ouverte, eu égard à la jurisprudence selon laquelle, contrairement à un organe formel, il n'avait pas un devoir de surveillance à l'endroit de l'activité des autres organes de fait ou de droit de la société. 20. Les faits tels qu'ils ressortent du dossier permettent de retenir que l'intéressé n'agissait pas en tant qu'organe de fait; ils suffisent à établir, au degré de la vraisemblance prépondérante, qu'il ne s'occupait pas de la gestion de la société et ne prenait pas les décisions réservées aux organes. Rien ne permet en particulier de dire qu'il était chargé de la gestion administrative et en particulier du règlement des comptes vis-à-vis de la Caisse. On doit ainsi nier la responsabilité de Monsieur F_____ dans le dommage subi par celle-ci. 21. Il convient dès lors d'admettre le recours et d'annuler la décision litigieuse. 22. Aux termes de l'art. 61 let. g de la LPGA, le recourant qui obtient gain de cause a droit au remboursement de ses frais et dépens dans la mesure fixée par le tribunal ; leur montant est déterminé sans égard à la valeur litigieuse d'après l'importance et la complexité du litige (ATFA du 1er mars 1990 en la cause C.P.). Tel est le cas en l'espèce. Les dépens seront ainsi fixés à 4'500 fr.

A/2896/2011 - 29/29 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme : 1. Déclare le recours recevable. Au fond : 2. L'admet et annule les décisions des 19 avril 2010 et 23 août 2011. 3. Condamne la Caisse à verser au recourant la somme de 4'500 fr., à titre de participation à ses frais et dépens. 4. Dit que la procédure est gratuite. 5. 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

Nathalie LOCHER

La présidente

Doris GALEAZZI 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.