

GE_GERICHTE ATAS/738/2015 vom 30. September 2015

GE Cour de justice, 2015-09-30, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_738_2015

FR: GE_GERICHTE ATAS/738/2015 du 30 septembre 2015

IT: GE_GERICHTE ATAS/738/2015 del 30 settembre 2015

Erwägungen

E. 34

Dans ses écritures du 13 mars 2015, le recourant I a persisté dans ses conclusions.

E. 35

Par ordonnance du 24 mars 2015, la chambre de céans a appelé en cause Mme I_____ et M. B_____.

E. 36

Le 1er avril 2015, l'intimée a informé la chambre de céans avoir rejeté, par décision du 5 mars 2015, l'opposition formée par M. B_____ à sa décision du 16 juillet 2014.

E. 37

Par acte posté le 20 avril 2015, M. B_____ (ci-après: recourant II) a recouru contre la décision du 5 mars 2015 le concernant, en concluant à son annulation. Il ne comprenait pas pourquoi l'intimée lui réclamait des dommages et intérêts pour les cotisations impayées depuis 2007 alors qu'il n'avait œuvré dans l'entreprise que de janvier 2010 à octobre 2011 et ceci à temps partiel. Il n'avait disposé d'aucune signature au registre du commerce et n'avait exécuté que les directives du directeur, M. F_____, qui avait été détaché aux Etats-Unis. Il n'avait ainsi fait qu'obéir aux ordres de son patron, sans pouvoir de décision, ayant été chargé exclusivement des relations avec la clientèle et de la bonne marche du travail des ouvriers, à l'exclusion de tout pouvoir de gestion et de responsabilité pour la comptabilité.

E. 38

Par ordonnance du 28 avril 2015, la chambre de céans a ordonné la jonction des deux recours sous le numéro de procédure A/228/2015 et a annulé l'appel en cause du recourant II.

E. 39

Dans sa réponse du 26 mai 2015 au deuxième recours, l'intimée a conclu au rejet de celui-ci. Elle a précisé qu'un organe répondait aussi des cotisations qui étaient déjà échues au moment où il commençait à assumer son mandat.

E. 40

Entendu le 24 juin 2015 par la chambre de céans, le recourant II a déclaré ce qui suit : « Je connais M. F_____ depuis 2003. Il est devenu un ami. Au départ, il était un client de ma société de publicité. J'ai travaillé pour l'entreprise à partir de début 2010 jusqu'en octobre 2011. Quant à Mme I_____ je ne l'ai jamais vue dans l'entreprise, mais je la connaissais. M. F_____ a quitté la Suisse début 2010, mais continuait à s'occuper de l'entreprise depuis les USA. Il me téléphonait ainsi tous les jours pour me donner des instructions. M.

F_____ revenait rarement en Suisse. En son absence, c'était M. F_____ malgré tout qui gérait la société. Après le départ de Mme I_____, une secrétaire, extérieure de l'entreprise, s'occupait de l'administration. Il s'agit de Mme K_____. Par ailleurs, M. F_____ m'avait donné sa carte bancaire, de sorte que je pouvais retirer l'argent pour payer les ouvriers. Je les payais cash, ainsi que moi-même.

A/228/2015 - 9/20 - Quant aux prélèvements en 2011, il s'agissait de sommes destinées aux fournisseurs et aux ouvriers, lesquels étaient payés cash. J'avais une procuration pour représenter la société et je l'ai notamment représentée devant l'Office des poursuites. Le procès-verbal relatif à mon audition en date du 31 octobre 2011 a été établi par l'Office des faillites. Quant au fait que je savais que les loyers avaient été payés, cela tient au fait que le propriétaire habitait à côté de l'entreprise. Par ailleurs, les loyers étaient payés une fois par année pour toute l'année. En ce qui concerne le bilan 2009, je suis au courant qu'il a été audité, dès lors que c'est moi qui avait amené le bilan au réviseur à Nyon. Concernant le classeur de comptabilité qui était en ma possession, il contenait les justificatifs pour les dépenses que j'avais effectuées en cash. Vous me soumettez les pièces No. 13, 24 et 38 de la caisse. Je ne reconnais pas les signatures figurant sur les attestations de salaires pour 2007 à 2009. Vous me soumettez la pièce No. 24 de M. A_____. Il s'agit de la liste des sommes d'argent que j'ai envoyées à M. F_____, sur son ordre, par l'intermédiaire de Western Union. Lorsque Mme K_____ est partie vers le milieu 2010, sauf erreur en septembre, je n'avais pas d'argent pour engager une nouvelle secrétaire. M. F_____ aurait dû s'occuper de la comptabilité, mais il n'a rien fait. Ainsi, dès ce moment, la comptabilité n'a plus été faite, étant précisé que je n'ai aucune compétence en la matière. Je n'ai aucune formation technique pour la toiture, mais je connaissais un peu par ce que j'avais appris sur le tas. L'entreprise faisait essentiellement l'entretien des toitures. Pour les devis, je me rendais sur place avec un ouvrier qui connaissait son métier et qui disait ce qui était nécessaire de faire et prenait les mesures. J'envoyais ces informations à M. F_____ pour qu'il fasse le devis. Quant à moi, je surveillais essentiellement les ouvriers et les payais, ainsi que je me chargeais des relations avec la clientèle. Le courrier destiné à l'entreprise était ouvert par la secrétaire. Après son départ, c'est moi qui l'ai ouvert. Par ailleurs, c'est également moi qui me chargeais du paiement des factures, du moins d'une partie d'elles. Souvent, je n'avais pas assez d'argent pour les payer. Vraisemblablement, j'avais bien vu les factures de la caisse mais je ne pouvais pas les régler. En outre, si j'avais le choix de payer les ouvriers ou des cotisations sociales, je préférerais payer les premiers, car sinon l'entreprise devait fermer. J'en ai tenu au courant M. F_____. Mais cela lui était égal que toutes les factures ne pouvaient pas être honorées. J'ai essayé de m'opposer à sa façon de gérer l'entreprise, mais en fait c'était mon patron et je n'avais qu'à obéir. C'était son choix.

A/228/2015 - 10/20 - Certes, j'ai une société publicitaire. Toutefois, je délégais l'intégralité de la comptabilité à une fiduciaire. Sur question de l'intimée, je précise que c'est Mme K_____ qui avait établi les fiches de salaires et ceci encore après son départ. J'étais au courant que l'entreprise était aux poursuites pour les cotisations sociales, mais je n'avais pas les moyens de les payer. Il y avait aussi la TVA à payer et je n'ai pas pu le faire. Au départ, j'aurais dû travailler pour l'entreprise seulement pendant trois ou six mois. Ensuite, il était prévu que M. F_____ revienne et arrête l'entreprise. Je suis resté jusqu'au bout pour les deux ouvriers de l'entreprise qui auraient perdu leur travail. Je confirme que j'ai établi la pièce No. 24 A_____, concernant les sommes envoyées à M. F_____. Concernant sur la page 2 en bas à droite la rubrique « RECAP. », il s'agit de virements

effectués par M. F_____ à lui-même du compte de l'entreprise. En effet, il avait l'accès internet au compte de l'entreprise. Vous me posez la question pourquoi j'ai dû lui envoyer également par Western Union régulièrement des sommes d'argent. Je l'ignore et je ne lui ai pas posé cette question. S'agissant de la rubrique « MACH. » pour CHF 14'000.-, il s'agit d'une machine que j'ai achetée pour M. F_____ et ce dernier l'a fait transporter ensuite en Floride. Selon ce décompte, j'ai envoyé à M. F_____ en 2009 CHF 28'468.-, en 2010 CHF 43'259,21 et en 2011 CHF 8'600.-. L'argent était destiné à L_____. En ce qui concerne l'extrait de compte relatif à la période du 1.1.2011 au 4.7.2011 (pièce 24 A_____), je ne sais pas à qui étaient destinés les ordres de virement qui y figurent. Il doit s'agir de salaires payés aux ouvriers. En effet, ils étaient payés par ordre de paiement et pas seulement cash. Les ordres de paiement ont été établis par M. F_____, car je n'avais pas la signature sur le compte. Concernant le paiement à ma société, E_____ Sàrl, le 26.4.2011, il s'agit d'un travail que j'ai dû faire pour M. F_____, par exemple pour des cartes de visite. Me EHRENSTRÖM me soumet sa pièce No. 29. Concernant la mention « 150'000.- de travail », il doit s'agir de la valeur des travaux à venir, portant éventuellement sur plusieurs années et ressortant des contrats d'entretien de toitures conclus. Habituellement, nous avons des contrats d'entretien signés pour environ CHF 60'000.- par an. J'étais bien conscient que la gestion de l'entreprise par M. F_____ était critiquable. J'ai par ailleurs payé, sur ordre de M. F_____, les retards de la TVA pour les années précédentes et une prétention d'un client. »

A/228/2015 - 11/20 - «Je confirme ne pas avoir mis au courant M. A_____ des difficultés de la société pour le paiement de certaines factures. J'estime en effet qu'il aurait appartenu à M. F_____ de le faire. » L'administrateur I a fait la déposition suivante : « Je n'ai pas démissionné plus tôt parce que M. F_____ m'avait toujours rassuré. Selon lui tout allait bien et il n'y avait pas de problème. De toute façon, il comptait arrêter l'entreprise dans quelques mois. Je lui ai donc fait confiance. Quand j'ai accepté le mandat d'administrateur, on a minimisé le rôle de cette fonction. Quant à la consultation de la comptabilité, j'ai eu accès aux bilans et Pertes et Profits 2007, 2008 et 2009 (mes pièces No. 12 et 13). Il n'en résulte pas une créance de la caisse de compensation pour les cotisations sociales. Je recevais à la maison des rappels de factures et je téléphonais alors à M. B_____ et communiquait avec M. F_____. M. B_____, tout comme M. F_____, m'a toujours dit qu'il s'en occupait et ne m'a jamais averti de la situation difficile de la société. »

E. 41

Par décision du 3 juillet 2015, l'intimée a admis l'opposition de Mme I_____ et annulé sa décision en réparation du dommage du 16 juillet 2014 la concernant.

E. 42

Par ordonnance du 14 août 2015, la chambre de céans a annulé l'appel en cause de Mme I_____.

E. 43

Sur ce, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur dès le 1er janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. 2. Déposé dans les délai et forme prescrits par la loi, les recours sont recevables (art. 56 ss LPGA et art. 38A al. 1 de la loi cantonale sur les allocations familiales du 1er mars 1996 - LAF, RS 1 5 10 - et art. 89b al. 1 de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 - LPA ; RS E 5 10). 3. Le litige porte sur la responsabilité des recourants dans le préjudice causé à l'intimée en raison du non-paiement des cotisations sociales pendant la période de 2007 à octobre 2011 (AVS-AI-APG et AC ainsi qu'AMat et AF). 4. a) L'art. 14 al. 1er LAVS en corrélation avec les art. 34 et suivants RAVS, prescrit l'obligation pour l'employeur de déduire sur chaque salaire la cotisation du salarié et de verser celle-ci à la caisse de compensation avec sa propre cotisation. Les

A/228/2015 - 12/20 - employeurs doivent envoyer aux caisses, périodiquement, les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs salariés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de payer les cotisations et de fournir les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral a déclaré, à réitérées reprises, que la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS est liée au statut de droit public. L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 193 consid. 2a). 5. Selon l'art. 52 LAVS, dans sa teneur valable dès le 1er janvier 2012, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation (al. 1). Si l'employeur est une personne morale, les membres de l'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à titre subsidiaire du dommage. Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles répondent solidairement de la totalité du dommage (al. 2). Le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus. L'employeur peut renoncer à invoquer la prescription. Si le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est applicable (al. 3). La caisse de compensation fait valoir sa créance en réparation du dommage par voie de décision (al. 4). 6. a. 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). b. En l'occurrence, il n'est pas contesté que l'intimée a subi un dommage du fait du non-paiement des cotisations sociales, des frais d'administration, intérêts moratoires, taxes de sommation et frais de poursuite de CHF 59'065.55 à cause de la faillite de la société. Cette créance est également dûment établie par les pièces du dossier. 7. a. La nouvelle teneur de l'art. 52 al. 2 LAVS, entrée en vigueur le 1er janvier 2012, codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral relatif à l'art. 52 LAVS dans son ancienne teneur, jurisprudence selon laquelle notamment, si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom (ATAS/610/2013 du 18 juin 2013 consid. 4a).

A/228/2015 - 13/20 - Selon cette jurisprudence, la notion d'organe selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui se dégage de l'art. 754 al. 1 CO. En matière de responsabilité des organes d'une société anonyme, l'art. 52 LAVS vise en première ligne les

organes statutaires ou légaux de celle-ci, soit les administrateurs, l'organe de révision ou les liquidateurs (ATF 128 III 29 consid. 3a). Mais les critères d'ordre formel ne sont, à eux seuls, pas décisifs et la qualité d'organe s'étend aux personnes qui ont pris des décisions réservées aux organes ou se sont chargées de la gestion proprement dite, participant ainsi de manière déterminante à la formation de la volonté de la société (ATF 119 II 255 consid. 4 ; ATF 117 II 570 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 128/04 du 14 février 2006 consid. 3 ss). La qualité d'organe est donc réservée aux personnes exécutant leurs obligations au sein de la société ou à l'égard des tiers en vertu de leur propre pouvoir de décision. Le fait qu'une personne est inscrite au registre du commerce avec droit de signature n'est, à lui seul, pas déterminant. La préparation de décisions par un collaborateur technique, commercial ou juridique ne suffit pas à conférer la qualité d'organe au sens matériel. En d'autres termes, la responsabilité liée à la qualité d'organe présuppose que l'intéressé ait eu des compétences allant nettement au-delà d'un travail préparatoire et de création des bases de décisions, pour se concentrer sur la participation, comme telle, à la formation de la volonté de la société. La responsabilité pour la gestion ne vise ainsi que la direction supérieure de la société, au plus haut niveau de sa hiérarchie (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 128/04 du 14 février 2006 consid. 3). Tel n'est pas le cas d'une personne qui se limite à préparer et/ou à exécuter de telles décisions (ATF 128 III 29 consid. 3c). En d'autres termes, la responsabilité pour la gestion ne concerne que la direction supérieure de la société, au plus haut niveau de sa hiérarchie (ATF 117 II 570 consid. 3). En revanche, l'accomplissement de l'ensemble des tâches administratives au sein de l'entreprise (facturation aux clients, exécution des paiements, préparation des bulletins de salaires - y compris établissement de décomptes pour les autorités de l'AVS et la SUVA -, gestion des livres de caisse et des relations bancaires, etc.) n'est pas assimilable à l'activité spécifique d'un organe (ATF 114 V 213 consid. 4). L'obligation de réparer le dommage au sens de l'art. 52 LAVS intervient en principe seulement si la personne intéressée avait un pouvoir de disposer des cotisations non payées et pouvait effectuer les paiements à la caisse de compensation (ATF 134 V 401 consid. 5.1 ; 103 V 120 consid. 5). b. La responsabilité d'un administrateur dure en règle générale jusqu'au moment où il quitte effectivement le conseil d'administration et non pas jusqu'à la date où son nom est radié du registre du commerce. Cette règle vaut pour tous les cas où les démissionnaires n'exercent plus d'influence sur la marche des affaires et ne reçoivent plus de rémunération pour leur mandat d'administrateur (ATF 126 V 61 consid. 4a). En d'autres termes un administrateur ne peut être tenu pour responsable

A/228/2015 - 14/20 - que du dommage résultant du non-paiement de cotisations qui sont venues à échéance et auraient dû être versées entre le jour de son entrée effective au conseil d'administration et celui où il a quitté effectivement ces fonctions, soit pendant la durée où il a exercé une influence sur la marche des affaires. Demeurent réservés les cas où le dommage résulte d'actes qui ne déploient leurs effets qu'après le départ du conseil d'administration (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 263/02 du 6 février 2003 consid. 3.2). 8. a. En l'espèce, le recourant I est inscrit au registre du commerce en tant qu'administrateur depuis la fondation de la société à Genève. Ainsi, il constitue sans conteste un organe de celle-ci. Se pose toutefois la question de savoir jusqu'à quand il est resté administrateur. En effet, il allègue avoir démissionné avec l'administrateur II, son père, en date du 24 mai 2011. Cela est confirmé par la copie du courrier dans ce sens adressé au registre du commerce qu'il a produit dans la présente procédure. Toutefois, cette démission n'a pas été enregistrée audit registre et celui-ci n'a pas conservé la lettre de

démission. Le recourant I allègue à cet égard que le registre du commerce a refusé leur démission, sans préciser pour quelle raison. A la lumière des explications fournies par ledit registre le 17 janvier 2014 à l'intimée, cela paraît cependant plausible. En effet, selon ces explications, la radiation d'administrateurs de la succursale d'une société étrangère est subordonnée à la production d'un extrait de la société étrangère, avec la composition du conseil d'administration, en original et dûment apostillé, prouvant que le démissionnaire n'est plus administrateur. Une simple lettre de démission de l'administrateur est insuffisante pour obtenir sa radiation. Cela explique donc que la démission du recourant I n'ait pas pu être enregistrée. Au vu des éléments susmentionnés, la chambre de céans admet que, selon toute vraisemblance, le recourant I a démissionné de ses fonctions en mai 2011. Même si cette démission ne remplissait pas la forme requise pour obtenir sa radiation au registre du commerce, il n'en demeure pas moins qu'elle est valable, la date déterminante étant celle à laquelle l'administrateur a quitté effectivement ses fonctions. Partant, il ne peut être tenu responsable du non-paiement des cotisations sociales que jusqu'à fin avril 2011, selon la jurisprudence en la matière. Seul un employé a continué à travailler après cette date, à savoir M. G_____ dont le salaire pour les mois de janvier à octobre 2011 s'est élevé à CHF 47'060.-. Ainsi, le recourant I assume tout au plus une responsabilité pour les cotisations afférentes au salaire de CHF 18'824.-, à savoir pour janvier à avril 2011. b. Concernant le recourant II, il nie avoir été chargé de la gestion de la société et avoir participé aux décisions de celle-ci. Il allègue n'avoir fait qu'obéir aux ordres de son patron. Sa fonction s'était limitée à suivre les chantiers, à honorer les contrats d'entretien annuels, à planifier les interventions des ouvriers, à effectuer les achats selon les besoins, à assurer les relations avec la clientèle et à établir les

A/228/2015 - 15/20 - fiches de travail pour la facturation, par l'intermédiaire du secrétariat. Par ailleurs, il n'était pas lié par un contrat de travail à la société et a facturé ses honoraires en fonctions du travail accompli. Il n'est pas contesté qu'au début de l'année 2010, M. F_____, qui était le directeur et propriétaire de fait de la société, a quitté la Suisse pour s'établir aux États-Unis d'Amérique. C'est alors qu'il a chargé le recourant II de s'occuper de la bonne marche de la société. Toutefois, selon ce dernier, M. F_____ continuait en fait à diriger la société depuis l'étranger et le premier n'exécutait que ses ordres. Il paraît invraisemblable qu'une société active dans l'entretien des toitures puisse être exclusivement gérée par téléphone et courriels depuis l'étranger et, par conséquent, que le recourant II n'assumait qu'un rôle de subordonné en l'absence de M. F_____. Par ailleurs, le recourant II disposait de la carte bancaire sur le compte de la société et se chargeait de tous les paiements, en particulier après le départ de Mme K_____ qui avait assumé le secrétariat et la comptabilité jusqu'en septembre 2010, selon les déclarations du recourant II lors de son audition. Auparavant, c'était lui qui avait dû donner l'ordre à la secrétaire d'effectuer les paiements pour la société. Il a également admis avoir disposé d'une procuration pour représenter la société. De surcroît, il résulte du dossier et de ses déclarations qu'il a effectivement représenté la société devant l'office des poursuites. A l'égard de l'institution de prévoyance, il est mentionné comme personne de contact. Si le recourant II avait le pouvoir de retirer de l'argent du compte bancaire de la société pour payer les employés, il sied d'admettre qu'il aurait pu retirer également les sommes nécessaires pour payer les cotisations sociales, voire pour ne payer aux employés le salaire qu'à concurrence du montant des cotisations sociales que l'entreprise était en mesure d'assumer. Il ne peut donc être considéré comme un simple employé, indépendamment du fait qu'il ne se considérait pas comme étant lié par un contrat de travail à la société. A cela s'ajoute qu'il a les

compétences pour gérer une société, étant ou ayant été lui-même l'associé-gérant d'une société à responsabilité limitée. Il n'y a par conséquent pas de doute que le recourant II a assumé dans les faits la gestion de la société après le départ de M. F_____. C'est dès lors à raison que l'intimée l'a considéré comme un organe de fait de celle-ci. 9. L'obligation légale de réparer le dommage ne doit être reconnue que dans les cas où le dommage est dû à une violation intentionnelle ou par négligence grave, par l'employeur, des prescriptions régissant l'assurance-vieillesse et survivants (RCC 1978 p. 259 ; RCC 1972 p. 687). Il faut donc un manquement d'une certaine gravité. Pour savoir si tel est le cas, il convient de tenir compte de toutes les circonstances du cas concret (ATF 121 V 243 consid. 4b). Celui qui appartient au conseil d'administration d'une société et qui ne veille pas au versement des cotisations courantes et à l'acquittement des cotisations arriérées est réputé manquer à ses devoirs (cf. arrêt du TFA H 96/03 du 30 novembre 2004, in SJ

A/228/2015 - 16/20 - 2005 I p. 272, consid. 7.3.1). La négligence grave mentionnée à l'art. 52 LAVS est admise très largement par la jurisprudence (ATF 132 III 523 consid. 4.6). Selon la pratique, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui ne respecte pas la diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie. Dans le cas d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention que la société doit accorder, en tant qu'employeur, au respect des prescriptions de droit public sur le paiement des cotisations d'assurances sociales. Les mêmes exigences s'imposent également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur. Par exemple, les administrateurs d'une société qui se trouve dans une situation financière désastreuse, qui parant au plus pressé, en réglant les dettes les plus urgentes à l'exception des dettes de cotisations sociales, dont l'existence et l'importance leur sont connues, sans qu'ils ne puissent guère espérer, au regard de la gravité de la situation, que la société puisse s'acquitter des cotisations en souffrance dans un délai raisonnable (cf. ATF 108 V 183 consid. 2 p. 188 s.), commettent une négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS (arrêt du 5 mars 1996 in SVR 1996 AHV no 98 p. 299, consid. 3; cf. ATF 108 V 189 consid. 4). Un administrateur ne peut se libérer de sa responsabilité en se bornant à soutenir qu'il n'a jamais participé à la gestion de l'entreprise, qu'il n'a participé à la fondation de cette dernière qu'à titre fiduciaire et qu'il n'a jamais perçu de rémunération, prétendant ainsi n'avoir joué qu'un rôle subalterne, car cela constitue déjà en soi un cas de négligence grave (cf. notamment RCC 1992 p. 268-269 consid. 7b, 1989 p. 115-116 consid. 4; ATF du 21 mai 2003, H 13/03). 10. a. En ce qui concerne le recourant I, il appert qu'il était en fait un administrateur dit « de paille », dans la mesure où, dès le départ, il ne devait assumer aucune responsabilité dans la société. Toutefois, comme il ressort de la jurisprudence précitée, cela ne l'exonère pas de sa responsabilité légale, mais constitue déjà en soi une négligence grave. b. Quant au recourant II, il a assumé la gestion effective de la société et avait le pouvoir dans les faits de payer les salaires et également les cotisations, comme relevé ci-dessus. Sa responsabilité est d'autant plus grande qu'il est associé-gérant d'une entreprise et doit donc connaître les exigences légales pour la gestion d'une société. Il ne pouvait lui échapper que les cotisations sociales n'étaient pas payées, en particulier après le départ de Mme K_____. Il lui aurait appartenu d'autant plus de contrôler et surtout de faire en sorte que la société s'acquitte de ses obligations légales et paye les cotisations sociales que M. F_____ se faisait transférer d'importantes sommes d'argent par son intermédiaire. A cet égard, la question d'une banqueroute frauduleuse au sens du Code pénal suisse se pose sérieusement, la société ayant été vidée de ses actifs. Le recourant II n'aurait jamais dû cautionner une telle façon de

faire. De la sorte, il a pris le risque de devenir un complice d'une banqueroute frauduleuse. Il lui aurait appartenu de résister aux demandes de transfert d'argent et de matériel de M. F_____ à la société fondée à l'étranger, du

A/228/2015 - 17/20 - moins tant que les créanciers et en particulier l'intimée ne pouvaient être payés, ou alors de démissionner immédiatement de sa fonction de gestionnaire, étant précisé qu'un mandat peut être révoqué en tout temps (art. 404 al. 1 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse - CO, Code des obligations - RS 220). Le recourant II ne peut justifier la continuation du mandat par son souci de maintenir les emplois des ouvriers de la société. Au demeurant, cette préoccupation ne paraît guère plausible, dans la mesure où, dès le départ, il était prévu que la société arrête ses activités peu après le départ de M. F_____, comme cela résulte des courriels que ce dernier a adressés aux recourants, ainsi que de leurs déclarations. Par conséquent, une négligence grave, voire une violation intentionnelle, doit être imputée au recourant II qui non seulement n'a rien fait pour éviter la survenance du dommage, mais a au contraire accepté de transférer à M. F_____ les avoirs de la société et s'est versé des honoraires pour la gestion de la société, tout en sachant que celle-ci était insolvable. 11. a. La responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS suppose enfin un rapport de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions et la survenance du dommage. La causalité est adéquate si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance (ATF 129 V 177 consid. 3.2). L'administrateur d'une société anonyme répond non seulement des cotisations d'assurances sociales courantes, mais également de la dette de cotisations échues avant son entrée dans le conseil d'administration. En effet, selon la jurisprudence, le nouvel administrateur a le devoir de veiller tant au versement des cotisations courantes qu'à l'acquittement des cotisations arriérées, qui sont dues pour la période où il ne faisait pas encore partie du conseil d'administration car il y a dans les deux cas un lien de cause à effet entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations. Ce lien de cause à effet n'existe pas, toutefois, quand un dommage au sens de l'art. 52 LAVS préexiste, parce que la société était déjà insolvable avant l'entrée du nouveau membre au conseil d'administration (ATF 119 V 407 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 71/05 du 10 août 2006 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 295/00 du 22 janvier 2001 consid. 6a). Le lien de causalité adéquate entre le comportement fautif – soit la rétention des cotisations alors même que les salaires sont versés – et le dommage survenu ne peut pas être contesté avec succès lorsque les salaires versés sont tels que les créances de cotisations qui en découlent directement ex lege ne sont plus couvertes (SVR 1995 AHV n° 70 p. 214 consid. 5 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 167/05 du 21 juin 2006 consid. 8 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 74/05 du 8 novembre 2005 consid. 4).

A/228/2015 - 18/20 - b. La causalité adéquate peut être exclue, c'est-à-dire interrompue, l'enchaînement des faits perdant alors sa portée juridique, lorsqu'une autre cause concomitante - la force majeure, la faute ou le fait d'un tiers, la faute ou le fait de la victime - constitue une circonstance tout à fait exceptionnelle ou apparaît si extraordinaire que l'on ne pouvait pas s'y attendre. L'imprévisibilité de l'acte concurrent ne suffit pas en soi à interrompre le rapport de causalité adéquate; il faut encore que cet acte ait une importance telle qu'il s'impose comme la cause la plus probable et la plus immédiate de l'événement

considéré, reléguant à l'arrière-plan tous les autres facteurs qui ont contribué à l'amener, en particulier le comportement de l'auteur (ATF 130 III 182 consid. 5.4; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 95/05 du 10 janvier 2007 consid. 4). 12. a. Le recourant I estime que, par rapport à la faute du recourant II et de M. F_____, son comportement apparaît comme secondaire et de peu de gravité. Il se prévaut d'une rupture du lien de causalité du fait que ces derniers ont vidé la société au bénéfice d'une nouvelle entreprise créée par M. F_____ à l'étranger, et que les documents comptables n'ont pas mentionné la dette à l'égard de l'intimée. Certes, le comportement du directeur et du gestionnaire de fait de la société est fortement critiquable et constitue vraisemblablement une infraction pénale. Néanmoins, il ne peut être considéré en l'occurrence que le lien de causalité soit rompu, dès lors que le recourant I aurait été tout à fait en mesure de faire en sorte que les cotisations sociales soient payées, s'il avait contrôlé la comptabilité, et d'empêcher les transferts illicites. En effet, rien n'a été entrepris pour dissimuler les documents comptables et le seul contrôle des décomptes bancaires aurait permis au recourant I de se rendre compte que les avoirs de la société étaient détournés en faveur d'un tiers, à savoir de M. F_____ et de la société qu'il avait créée à l'étranger. De surcroît, il était au courant du non-paiement des cotisations, les rappels et sommations lui ayant été personnellement adressés. Dans ces conditions, il ne pouvait d'autant moins se fier à ce que le recourant II et M. F_____ fassent le nécessaire pour que la société s'acquitte de ses obligations. De par sa fonction d'administrateur, il aurait dû prendre directement les choses en main, afin que les cotisations sociales dues parviennent à l'intimée. Il est en outre fréquent qu'une société privilégie d'autres créances à celles afférentes aux cotisations sociales, comme cela s'est également produit en l'occurrence, la société ayant continué à verser les salaires des ouvriers et les honoraires du recourant II, alors qu'elle avait accumulé un important retard pour le paiement des cotisations sociales et ne disposait pas des fonds nécessaires pour les payer. Si le recourant I avait exercé son contrôle tel que la loi le prescrit, il aurait été en mesure d'empêcher que le dommage se produise, en retirant notamment à M. F_____ la procuration sur le compte bancaire de la société. En ce qui concerne les documents comptables pour les années 2007 à 2009, il est vrai qu'ils ne mentionnent pas de dette de cotisation. Cependant, il appert que le retard s'est produit en l'occurrence essentiellement depuis 2010, notamment après la

A/228/2015 - 19/20 - reprise de salaires par l'intimée en juillet 2010 qui a donné lieu aux factures de cotisations et d'intérêts complémentaires du 21 septembre 2010, de CHF 2'120.60 pour 2007, de CHF 12'175.- pour 2008 et de CHF 20'435.85 pour 2009. Or, selon le décompte annexé à la décision du 25 janvier 2013, concernant le recourant I, les cotisations impayées afférentes aux années 2007 et 2009 correspondent grosso modo aux cotisations et intérêts moratoires supplémentaires suite à la reprise de 2010. En effet, ces cotisations impayées s'élevaient à CHF 2'019.45 pour 2007, à CHF 12'885.20 pour 2008 et à CHF 21'513.40 pour 2009. A partir de 2010, la société n'a plus tenu de comptabilité, ce qui au demeurant constitue également une violation des devoirs du recourant I. Par conséquent, il n'est pas démontré que celui-ci aurait été trompé par des pièces comptables falsifiées, ce qui aurait pu interrompre le lien de causalité. Partant, il ne peut être admis que les agissements des organes de fait de la société constituent une circonstance tout à fait exceptionnelle et extraordinaire, reléguant la violation des obligations légales du recourant I à l'arrière-plan. Le lien de causalité adéquate n'est par conséquent pas rompu en l'espèce. b. Le recourant II fait valoir qu'il ne saurait être tenu responsable du non-paiement des cotisations pour les années antérieures à 2010. Toutefois, comme relevé ci-dessus, un

administrateur, ou organe de fait, est également responsable des paiements des cotisations sociales échues lors de son entrée en fonction, à moins que la société ait été déjà insolvable à ce moment, ce qui n'est pas établi en l'occurrence. De surcroît, les factures complémentaires pour les années 2007 à 2009 ont été établies en 2010, soit après l'entrée en fonction du recourant II, et n'étaient donc pas exigibles avant qu'il reprenne la gestion de la société. Par conséquent, le recourant II est responsable pour la totalité du dommage subi.

13. Au vu de ce qui précède, le recours du recourant I sera partiellement admis, dans le sens qu'il ne peut être tenu responsable du dommage afférant aux salaires versés après avril 2011. La cause sera par ailleurs renvoyée à l'intimée afin qu'elle calcule le montant du dommage à la charge du recourant I sans les cotisations afférentes aux salaires versés par la société de mai à octobre 2011. Le recours du recourant II sera rejeté dans sa totalité. 14. Le recourant I obtenant très partiellement gain de cause, l'intimée sera condamnée lui verser une indemnité de CHF 200.- à titre de dépens.

A/228/2015 - 20/20 - 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.