

GE_GERICHTE ATAS/746/2021 vom 8. Juli 2021

GE Cour de justice, 2021-07-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_746_2021

FR: GE_GERICHTE ATAS/746/2021 du 8 juillet 2021

IT: GE_GERICHTE ATAS/746/2021 del 8 luglio 2021

Erwägungen

E. 1

a. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ – E 2 05), 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

E. 6

En l'espèce, il est constant que le dommage s'est produit le 25 mars 2015, soit au moment du prononcé de la faillite. En revanche, les recourants soutiennent que l'intimée est réputée avoir eu une connaissance suffisante du dommage le 3 juin 2015 – soit au moment où elle a produit provisoirement une créance totale de CHF 305'383.40 dans la faillite – mais au plus tard le 17 août 2015, date à laquelle l'office des faillites l'a informée que la liquidation sommaire avait été ordonnée le 3 août 2015. Partant, en rendant sa décision en réparation du dommage le

E. 8

Dans un premier moyen, M. E_____ soutient que l'intimée n'aurait en réalité pas subi de dommage puisqu'aux termes de la convention de cession d'actifs conclue

A/3377/2019 - 23/35 - entre la société et D_____ SA, cette dernière était tenue d'assumer les dettes liées aux employés si la société n'était pas en mesure de le faire. Cette argumentation ne saurait être suivie. En effet, selon le système légal, la responsabilité de droit public instituée par l'art. 52 LAVS est le corollaire des obligations que l'employeur – i.e. celui qui verse à des personnes obligatoirement assurées une rémunération au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS (cf. art. 12 al. 1 LAVS) – assume, notamment, en matière de perception des cotisations et de versement des prestations (BINSWANGER, Kommentar zum AHVG, note 1 ad art. 52; ATF 96 V 124; voir également le message du Conseil fédéral relatif à un projet de loi sur l'assurance-vieillesse et survivants, FF 1946 II 437 et 529). Cette norme ne vise donc pas n'importe quel dommage invoqué par une caisse de compensation : par définition, ce dernier doit être la conséquence d'un acte ou d'une omission relevant des tâches que la loi attribue à l'employeur. En matière de cotisations, qui représente le champ d'application principal de l'art. 52 LAVS, l'employeur responsable ne peut donc être que la personne (physique ou morale) qui était chargée, en tant qu'organe d'exécution de la loi, de la perception des cotisations et du règlement des comptes, conformément à l'art. 14 al. 1 LAVS en corrélation avec les art. 34 ss RAVS (ATF 119 V 389 consid. 5a et les références). Or, dans le cas particulier, D_____ SA n'avait à l'évidence aucune obligation découlant de la LAVS en matière de retenue et de paiement des cotisations d'assurances sociales dues sur les rémunérations versées par la société. Cela suffit à exclure une responsabilité de D_____ SA, fondée sur l'art. 52 aLAVS, pour le dommage résultant du

non-paiement des cotisations par la société faillie.

E. 9

Il sied d'examiner à présent si les recourants ont violé intentionnellement ou par négligence les devoirs leur incombant et s'il existe un lien de causalité naturelle et adéquate entre les manquements qui leur sont imputables et le préjudice subi, dont le montant est contesté par M. E_____.

E. 10

décembre 2007 consid. 6).

E. 11

a. La survenance d'un dommage ne suffit pas à conclure à une faute qualifiée au sens de l'art. 52 al. 1 aLAVS. Toutefois, la caisse de compensation qui subit un dommage du fait d'une violation des prescriptions peut partir du principe que l'employeur ou ses organes ont transgressé ces prescriptions de manière intentionnelle ou par négligence grave, lorsqu'il n'existe pas d'indication plaidant en faveur de la licéité de leur comportement (arrêt du Tribunal fédéral 9C_228/2008 du 5 février 2009 consid. 4.2.1). Ainsi, il existe une présomption d'une faute qualifiée de l'employeur ou de ses organes, ce qui implique un devoir de collaborer accru de la personne recherchée sur ce point. L'employeur et ses organes doivent ainsi procéder aux offres de preuve nécessaires pour exclure une intention ou une négligence grave (arrêt du Tribunal fédéral 9C_325/2010 du 10 décembre 2010 consid. 4.1). b. Dans certaines circonstances, un employeur peut causer intentionnellement un préjudice sans être dans l'obligation de le réparer, lorsqu'il retarde le paiement des cotisations pour maintenir son entreprise en vie, lors d'une passe de trésorerie difficile. Mais il faut alors, pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'art. 52 LAVS, que l'on puisse admettre que l'employeur avait, au moment où il a pris sa décision, des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable (arrêt du Tribunal fédéral 9C_338/2007 du 21 avril 2008 consid. 3.1). À cet égard, la seule expectative que la société retrouve un équilibre financier ne suffit pas ; il faut des éléments concrets et objectifs selon lesquels on peut admettre que la situation économique de la société se stabilisera dans un laps de temps déterminé et que celle-ci recouvrera sa capacité financière (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 163/06 du 11 juin 2007 consid. 4.4). Ce qui est déterminant, ce n'est pas de savoir si l'employeur croyait réellement que l'entreprise pouvait être sauvée et que les cotisations seraient payées dans un proche avenir ; il s'agit bien plutôt d'examiner si une telle attitude était alors défendable, objectivement, aux yeux d'un tiers responsable (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 19/07 du 10 décembre 2007 consid. 4.1). Un non-paiement des cotisations pendant une période relativement brève n'exclut pas forcément une faute grave mais ne saurait, à lui seul – en l'absence d'autres circonstances –, être qualifié de négligence grave (ATF 121 V 243 consid. 4b). Une période « relativement brève » de non-paiement des cotisations (respectivement la reprise du paiement dans un « proche avenir ») est dépassée lorsque l'obligation de payer les cotisations est violée pendant plus d'une année (arrêt du Tribunal fédéral 9C_111/2007 du 17 septembre 2007 consid. 3.1), en particulier lorsqu'il n'existe pas, dans le même temps, un plan d'assainissement concret, notamment d'un point de vue temporel (arrêt du Tribunal fédéral H 34/02 A/3377/2019 - 26/35 - du 4 mars 2004 consid. 5.2) ou lorsqu'un assainissement ne peut être attendu qu'après de nombreuses années d'exploitation déficitaire (arrêt du Tribunal fédéral

des assurances H 295/02 du 2 décembre 2003 consid. 5.2.1). Le non-paiement des cotisations paritaires n'est pas excusable lorsqu'on ne peut de toute manière pas sérieusement s'attendre à un assainissement (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 28/84 du 21 août 1985 consid. 3). Le fait de s'alarmer de la situation, de négocier avec les créanciers ou encore de tabler sur la promesse d'un actionnaire majoritaire ne sont pas des circonstances qui feraient apparaître comme légitime ou non fautive l'inobservation par un administrateur des prescriptions en matière d'AVS (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 163/00 du 19 octobre 2000 consid. 3b).

E. 12

En ce qui concerne la causalité adéquate, la jurisprudence admet en règle générale un tel lien entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations. Il n'y a pas de lien de causalité lorsque même un comportement conforme au droit n'aurait pas empêché la survenance du dommage (Felix FREY / Hans-Jakob MOSIMANN / Susanne BOLLINGER [éd.], AHVG-IVG, 2018, n. 20 ad art. 52 LAVS ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 77/03 du 18 janvier 2005 consid. 6.5).

E. 13

a. En l'espèce, les recourants soutiennent qu'ils n'ont pas à répondre, vis-à-vis de l'intimée, de la part du dommage – non couverte lors de la liquidation de la faillite de la société – correspondant au non-paiement partiel des cotisations AVS/AI/APG/AC relatives à la période comprise entre l'année 2009 et le mois de septembre 2012 (M. A_____), respectivement entre l'année 2009 et le mois de décembre 2014 (MM. B_____ et E_____), motif pris qu'ils n'auraient pas fait preuve de passivité face à la crise financière de 2008 en réduisant le nombre d'employés de 23 (en 2008) à 9 (en 2013), en fermant des locaux aux USA et en réduisant encore les dépenses notamment en optant pour un hébergeur de messagerie électronique gratuit. Ils ajoutent avoir cru de bonne foi que la société pouvait s'en sortir, leurs espoirs étant alors fondés sur un affaiblissement du franc suisse par rapport aux principales devises étrangères, l'acquisition de nouveaux clients au rythme d'avant la crise et l'entrée dans le capital de nouveaux investisseurs. Ce n'était que lorsqu'il était devenu apparent que la situation de la société ne pouvait plus être redressée que le conseil d'administration avait cherché une issue favorable aux créanciers (dont l'intimée), aux employés et aux clients, par une cession d'actifs pour un montant de CHF 500'000.-, solution présentée comme « favorable » puisqu'une liquidation de la société par l'office des faillites n'aurait pas rapporté un sou vaillant dès lors que les actifs sociaux étaient composés pour l'essentiel d'actifs immatériels (« intangible assets »). Ainsi, au moment initialement prévu pour la cession d'actifs (31 décembre 2013), le montant de CHF 500'000.- aurait permis de régler entièrement les dettes de la société envers l'intimée, la caisse de pension et l'administration fiscale (pour l'impôt à la source), alors qu'un solde éventuel aurait

A/3377/2019 - 27/35 - permis de désintéresser une petite partie des créanciers en souffrance (« a small portion of outstanding creditors » ; cf. Annual Report, Year 2013, p. 12 § 3). Si en fin de compte, ce scénario de désintéressement des trois créanciers précités ne s'était pas réalisé en raison d'une augmentation de la dette à leur égard durant la procédure menée par M. G_____ en 2014, cet état de choses, en particulier le report de la cession d'actifs au 31 décembre 2014, était imputable à M. G_____, de sorte qu'il n'existait pas de lien de causalité naturelle et adéquate entre les actions diligentées par le conseil d'administration et

le dommage subi, in fine, par l'intimée. b. En argumentant de la sorte, soit en mettant en exergue une succession de problèmes conjoncturels apparus en 2008 dont ils n'auraient pas directement à répondre, les recourants omettent de relever qu'en 2007 déjà, le bilan présentait une situation où les dettes sociales (« liabilities » ; CHF 3'701'367.-) dépassaient les actifs (« assets » ; CHF 1'797'613.-) de CHF 1'903'754.-, laissant ainsi apparaître, comme en 2008, une situation de surendettement au sens de l'art. 725 al. 2 CO, à tout le moins en évaluant les biens à leur valeur d'exploitation (cf. annual Report, Year 2008 – Shareholders Report, p. 4, avant-dernier § et le bilan au 31 décembre 2007). À cela s'ajoutaient encore un résultat déficitaire de l'exercice 2007 après impôts (-CHF 724'131.-) ainsi que des liquidités de CHF 172'988.- dont on ignore si elles suffisaient à payer les dettes échues. Comme on peut le constater, la société était déjà dans une situation difficile avant la crise financière de 2008. Sans préjudice de ce qui précède, cet événement ne saurait, par sa seule survenance, exonérer les recourants de toute négligence grave (arrêt du Tribunal fédéral 9C_436/2016 du 26 juin 2017 consid. 8.4.1). En effet, dans le contexte de crise invoqué, il y a lieu de s'en tenir au principe jurisprudentiel selon lequel l'employeur ne peut payer des salaires que dans la mesure où les cotisations sociales qui en découlent directement ex lege sont couvertes (arrêts du Tribunal fédéral des assurances H 307/03 du 25 mai 2004 consid. 3.2 et H 34/02 du 4 mars 2004). Or, force est de constater que la société a négligé le paiement des cotisations sociales courantes dès 2008-2009 (pce 28, p. 4 intimée) et qu'elle n'a que partiellement respecté les arrangements, soit les sursis accordés par l'intimée pour le règlement des cotisations échues. Ces carences ne sauraient toutefois apparaître justifiées ou excusables du fait que les recourants tablaient sur des perspectives d'assainissement (cf. notamment l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 394/01 du 19 novembre 2003 consid. 6.2.3). En effet, plus une société connaît des problèmes de liquidités qui persistent et des arriérés de cotisations qui s'accumulent, moins les organes peuvent justifier une stratégie de continuation des affaires (« Business Defense » ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_41/2017 du 2 mai 2017 consid. 7.3.1). Ce à quoi les objections formulées par les recourants ne changent rien : qu'il s'agisse de leur renonciation totale ou partielle à leur rémunération ou du capital investi par M. B _____ dans la société (CHF 4'000'000.-), ces mesures mises en œuvre – parmi d'autres – pour maintenir

A/3377/2019 - 28/35 - l'activité de la société ou pour en empêcher la faillite n'excluent pas, en l'espèce, une faute qualifiée au sens de l'art. 52 aLAVS. En effet, pour l'appréciation de cette dernière, ce n'est pas ce que les organes responsables ont entrepris pour prolonger l'existence de la société qui est décisif mais le point de savoir s'ils se sont conformés à leur devoir de veiller au règlement des cotisations d'une manière reconnaissable pour les tiers (arrêt du Tribunal fédéral 9C_41/2017 du 2 mai 2017 consid. 7.3.2). MM. A _____ et E _____ se prévalent certes d'avoir insisté pour que les cotisations sociales soient réglées. Toutefois, en tant qu'ils ne parvenaient pas, par des moyens adéquats, à atteindre ce résultat durant leurs mandats respectifs, il leur aurait incombé de démissionner pour ne pas encourir le reproche d'une faute grave (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_41/2017 du 2 mai 2017 consid. 7.3.3 et les arrêts cités), à moins qu'il y ait lieu de considérer, sur la base des circonstances objectives et d'une appréciation sérieuse de la situation, qu'ils pouvaient objectivement s'attendre, ainsi que M. B _____, à ce que les dettes de cotisations sociales soient payées dans un délai raisonnable et qu'au vu des dettes existantes et des risques encourus, une retenue temporaire des cotisations sociales aurait un effet décisif pour le sauvetage de société (cf. arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 34/02 du 4 mars 2004 consid. 5.2 et les arrêts cités). Cette exception n'est toutefois pas réalisée en l'espèce. En

effet, un examen des rapports annuels du conseil d'administration et de l'organe de révision révèle qu'après les états financiers de l'année 2007 déjà évoqués, les bilans 2008 à 2013 se caractérisent tout autant par des dettes sociales qui ne sont couvertes que lorsque les biens sont estimés à leur valeur de liquidation, révélant ainsi les difficultés de la société de faire face à ses engagements financiers dans une perspective de poursuite de son activité (cf. Rémy BUCHELER, Abrégé de droit comptable, p. 313), ce d'autant que les liquidités (« cash and cash equivalents »), dont le montant s'élevait à, respectivement, CHF 7'840.- (fin 2008), CHF 66'146.- (fin 2009), CHF 48'152.- (fin 2010), CHF 44'804.- (fin 2011), CHF 18'844.- (fin 2012), CHF 13'551.- (fin 2013) et CHF 413.- (fin 2014), connaissaient une lente érosion dès 2009 alors que trois ans plus tard, dès 2012, la société enchainait de surcroît les exercices déficitaires (cf. les comptes de résultat au 31 décembre [« Income statements for the year ended 31st December »] des années 2012 à 2014). Dans ces circonstances, on ne saurait considérer que la société traversait une crise de liquidités de courte durée qui aurait pu être surmontée dans un « proche avenir » (ci-dessus : consid. 11b). En conséquence, on ne pouvait pas non plus objectivement s'attendre à ce que les carences dans le paiement des cotisations, acceptées par la société dès 2008-2009, auraient pu être corrigées et rattrapées dans ce même horizon temporel. Partant, la violation des prescriptions en matière de cotisations courantes par la société – de même que le non-respect des arrangements accordés par l'intimée pour le règlement des cotisations arriérées – pendant (bien) plus d'une année ne s'inscrivait pas dans un plan d'assainissement concret d'un point de vue temporel, de sorte que le caractère provisoire de cette violation doit être nié (cf. l'arrêt H 34/02 du 4 mars

A/3377/2019 - 29/35 - 2004 précité, consid. 5.2). Au regard notamment de l'importance des pertes ressortant des bilans entre 2007 et 2014, il y a lieu de considérer que les chances de survie de la société dépendaient non pas du non-paiement des cotisations mais de la mise à disposition de moyens supplémentaires très substantiels qui avoisinaient déjà la somme de deux millions en 2007. Il s'ensuit que le logiciel Pack Hedge – aussi prometteur fût-il – qui constituait le seul produit de la société, n'était déjà pas suffisamment financé à la base. Or, il n'est pas tolérable de répercuter le risque entrepreneurial découlant de ce sous-financement sur les assurances sociales (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_861/2018 du 12 mars 2019 consid. 4.5 in fine), pas plus que la nouvelle dégradation des états financiers de la société entre la date initialement prévue pour la cession des actifs à D_____ SA (31 décembre 2013) et celle à laquelle cette transaction a finalement eu lieu (31 décembre 2014), une fois l'opposition de M. G_____ à ce projet levée par la justice civile. À cet égard, force est également de constater que dans le contexte évoqué par M. B_____ devant la chambre de céans le 24 septembre 2020 (« M. G_____ n'était pas content parce qu'il avait l'impression qu'on lui volait son invention [...], ce qui [expliquait] son opposition à la cession d'actifs qui [avait] mis une année avant d'être réglée par les tribunaux »), les chances de s'acquitter de la dette de cotisations ne pouvaient plus, objectivement, être qualifiées de raisonnables, eu égard, par ailleurs, à des années d'exploitation déficitaire (cf. l'arrêt H 295/02 précité consid. 5.2.1).

E. 14

a. Il résulte de ce qui précède que les recourants ne sont pas parvenus à renverser la présomption d'une faute qualifiée de leur part (ci-dessus : consid. 11a) en lien avec la violation des prescriptions en matière de cotisations, de sorte que leur comportement et leurs omissions sont constitutifs d'une négligence grave sans laquelle le dommage ne se

serait pas produit. Cette conclusion vaut également pour M. A_____, à tout le moins pour la période qui le concerne. Le fait que MM. B_____ et E_____ l'aient assuré qu'un accord aurait été trouvé avec l'intimée juste avant son départ de la société le 8 novembre 2012 ne saurait le dégager de toute responsabilité ; M. A_____ semble tout d'abord confondre l'existence d'un accord avec la simple proposition de remboursement que la société a soumise à l'intimée le 7 novembre 2012. En second lieu, cette proposition, bien qu'elle ait été acceptée le 10 janvier 2013 par l'intimée, ne portait nullement sur l'intégralité de la dette qu'il avait contribué à laisser s'accumuler jusqu'à son départ (CHF 246'854.25 au 7 novembre 2012 ; cf. pce 15 intimée), mais sur une partie seulement de celle-ci. Enfin, M. A_____ paraît également oublier qu'il répond, quoi qu'il en soit, du dommage résultant du non-paiement des cotisations, qui sont venues à échéance et qui auraient dû être versées entre le jour de son entrée au conseil d'administration et celui où il a quitté ses fonctions (cf. ci-dessus : consid. 7d et ci-après : consid. 14d in initio). Or, force est de constater que la décision qui le concerne ne fait qu'appliquer ce principe.

A/3377/2019 - 30/35 - b. À ce stade de l'analyse, il serait néanmoins prématuré de conclure à une responsabilité des recourants pour l'intégralité du dommage subi par l'intimée dès lors que l'obligation de l'employeur – et subsidiairement celle de ses organes – de réparer le dommage peut être réduite, si et dans la mesure où la survenance du dommage, ou son aggravation, présente un lien de causalité naturelle et adéquate avec une violation grave, par l'administration, des obligations qui lui incombent (cf. ATF 122 V 185). Aussi convient-il d'examiner, ci-après, l'existence d'une éventuelle faute concomitante de l'intimée. c. Selon l'art. 34b RAVS, si le débiteur de cotisations rend vraisemblable qu'il se trouve dans des difficultés financières et s'il s'engage à verser des acomptes réguliers et opère immédiatement le premier versement, la caisse peut accorder un sursis, pour autant qu'elle ait des raisons fondées d'admettre que les acomptes et les cotisations courantes pourront être versés ponctuellement (al. 1). La caisse fixe par écrit les conditions de paiement, notamment le montant des acomptes et la date des versements, en tenant compte de la situation du débiteur (al. 2). Le sursis est caduc de plein droit lorsque les conditions de paiement ne sont pas respectées. L'octroi du sursis vaut sommation au sens de l'art. 34a, si la caisse n'y a pas encore procédé (al. 3).

d. Conformément à la jurisprudence, un sursis au paiement combiné avec un plan d'amortissement ne change rien au caractère illicite du paiement non conforme des cotisations; une telle mesure ne saurait excuser ou justifier le paiement tardif des cotisations déjà échues et des cotisations arrivant à échéance. La question de la faute doit cependant être appréciée d'après les circonstances qui ont conduit à l'octroi du sursis. Pour trancher le point de savoir si les organes d'une personne morale ont observé leur devoir de diligence en relation avec l'obligation de l'employeur de s'acquitter du paiement des cotisations, on tiendra néanmoins compte de l'existence d'un sursis au paiement assorti d'un plan d'amortissement dans la mesure où la personne tenue de cotiser se voit ainsi reconnaître le droit de déroger aux délais de paiement ordinaires (ATF 124 V 254 consid. 3b ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 142/03 du 19 août 2003 ; cf. aussi VSI 1/1999, p. 23 consid. 3b).

e. En l'espèce, la chambre de céans constate qu'après deux premiers sursis au paiement respectés par la société – que la caisse lui avait accordés sur la base de difficultés financières alléguées – la société a informé la caisse le 5 septembre 2011 qu'il lui était difficile de continuer à honorer à la fois les acomptes mensuels de CHF 6'000.- prévus dans

l'échéancier du troisième sursis (7 décembre 2010) et les cotisations courantes, raison pour laquelle elle demandait à la caisse de pouvoir suspendre le paiement des cotisations 2011 (à partir d'avril) jusqu'à ce que l'état de ses liquidités s'améliore. Sachant qu'au 15 septembre 2011, la société était déjà redevable de CHF 120'987.40, signe qu'elle ne parvenait pas à s'acquitter à la fois des acomptes prévus par les décisions de sursis au paiement successives et des cotisations courantes, on comprend difficilement comment l'intimée pouvait avoir

A/3377/2019 - 31/35 - des raisons fondées d'admettre, selon l'art. 34b al. 1 RAVS, que les acomptes et cotisations courantes pourraient être versés ponctuellement par une nouvelle décision de sursis au paiement qu'elle a néanmoins rendue le 14 octobre 2011 et qui n'a pas été respectée, conduisant à son annulation le 16 mars 2012. Étant donné que le sursis est caduc de plein droit lorsque les conditions de paiement ne sont pas respectées (art. 34b al. 3 RAVS), et que s'il est caduc, la poursuite peut d'emblée être entamée pour l'intégralité de la dette, sans qu'il soit nécessaire d'engager la procédure de sommation (cf. Directives sur la perception des cotisations [ci-après : DP], ch. 2223), on ne comprend pas non plus que la caisse ait rendu une nouvelle décision de sursis au paiement le 11 mai 2012, portant, qui plus est, uniquement sur le paiement échelonné de la part pénale (CHF 79'795.90), alors qu'à cette date, le solde de cotisations dues (incluant ladite part pénale) représentait la somme de CHF 199'310.40. Aussi, malgré l'incapacité manifeste de la société de régler à la fois les arriérés, selon les échéanciers, et les cotisations courantes, l'intimée a-t-elle encore accordé d'autres arrangements (décisions de sursis des 10 janvier 2013, 30 août 2013 et 4 juillet 2014), parfois même sans attendre le premier versement immédiat prévu par l'art. 34b al. 1 RAVS (cf. l'arrangement du 30 août 2013 ; pces 15 et 34 intimée) et en laissant en souffrance, jusqu'à la faillite de la société le 25 mars 2015, des arriérés de cotisations échus depuis plusieurs années, comme en atteste l'énumération des postes du dommage figurant dans les décisions en réparation du dommage du 8 septembre 2017. Or, selon la jurisprudence, commet une faute grave la caisse qui, à l'instar de l'intimée, fait preuve de passivité ou de lenteur dans le recouvrement des cotisations (notamment par l'octroi de délais excessifs dans les sursis au paiements ; cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_548/2017 du 13 mars 2018 consid. 7.2.2), tarde à notifier des rappels (ou des poursuites) ou accorde de manière répétée des sursis au paiement sans qu'il y ait lieu d'admettre que les acomptes et les cotisations courantes pourront être versés ponctuellement (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_660/2011 du 31 mai 2012). Une faute grave de l'intimée doit par conséquent être admise.

f. Reste à en déterminer les conséquences sur le dommage.

Le dommage réparable à la charge des recourants ne doit être réduit que si et dans la mesure où sa survenance ou son aggravation, présente un lien de causalité naturelle et adéquate avec une violation grave, par l'intimée, des obligations qui lui incombent (ci-dessus : consid. 14e). D'un côté, tout porte à considérer qu'au regard de la progression importante, au fil des années, du solde de cotisations dues, des mesures de recouvrement plus soutenues et incisives auraient été indiquées pour empêcher cet accroissement. D'un autre côté, des poursuites plus nombreuses que celles initiées en 2012 (pces 87-89 intimée), et qui auraient pu porter sur l'intégralité du solde dû (vu les sursis au paiement non respectés ; cf. DP, ch. 2233), auraient comporté un risque important d'une liquidation de la société par voie de faillite avant que la cession des actifs ne soit opérée, avec un dommage plus important à la clé, compte tenu des spécificités suivantes : « une simple liquidation

A/3377/2019 - 32/35 - de la société aurait porté préjudice [à ses créanciers] puisqu'à fin 2013, 92.7% de ses actifs, soit CHF 1'955'009 sur CHF 2'109'499.- était des actifs intangibles, en particulier des contrats de licence avec la clientèle, sans valeur de liquidation » (cf. les observations de M. B_____ du 23 octobre 2020, p. 2-3). Cela dit, même en prenant en considération les spécificités de la société évoquées, et la diminution de ses (faibles) liquidités au fil du temps, la chambre de céans est d'avis qu'il y avait néanmoins une marge de manœuvre pour des mesures de recouvrement un peu plus poussées que celles qui ont été mises en œuvre, même s'il n'est pas possible de quantifier avec précision les effets qu'elles auraient produit sur la diminution du dommage. Aussi existe-t-il, dans cette mesure, un lien de causalité adéquate entre les manquements de l'intimée et l'aggravation du préjudice qui s'est produit, sans qu'il en résulte, pour autant, une interruption du lien de causalité adéquate entre le comportement des organes de la société et le dommage. En effet, la négligence grave dont ont fait preuve les recourants (cf. ci-dessus : consid. 13b et 14a) représente clairement la cause prépondérante de la perte des cotisations. Au regard de ces éléments et du signal erroné donné à la société par l'octroi répété de sursis non respectés, il se justifie de réduire, ex aequo et bono, le dommage réclamé aux recourants d'un tiers. En l'absence d'interruption du lien de causalité adéquate entre la faute des organes et le dommage, il n'est pas possible d'arrêter le montant du dommage à une date déterminée. C'est à ce niveau qu'intervient l'élément ex aequo et bono, sachant que le non-paiement fautif des cotisations et l'octroi de sursis au paiement indus se sont maintenus jusqu'à la faillite

E. 15

Il reste à déterminer plus précisément l'étendue du dommage. a. En l'espèce, M. E_____ ne conteste pas que la créance que l'intimée a produite dans la faillite de la société n'a pas été couverte et qu'ainsi, l'intimée a subi un dommage au sens de l'art. 52 LAVS. Dans son recours (p. 25), il fait état de cotisations calculées sur des salaires qui n'auraient finalement jamais été payés. En réponse à cet argument, l'intimée a indiqué, dans sa réponse du 11 octobre 2019 à M. E_____, que les mentions figurant dans la pièce 12 produite par ce dernier n'étaient pas suffisamment précises pour envisager une telle rectification, notamment du fait qu'on ne savait pas quelles étaient les personnes concernées par ces prétendus non-versements de salaires. Aussi convenait-il que soient transmis à l'intimée les noms, prénoms et numéro AVS des personnes concernées, en vue d'un éventuel « recalcul ». Dans la procédure en réparation du dommage ouverte contre un organe, un libre examen par le juge des décisions de cotisations entrée en force est seulement possible si le destinataire de la décision en réparation du dommage n'avait plus la qualité d'organe au moment où les décisions de cotisations ont été notifiées à la société. En dehors de cette exception (non pertinente pour le cas d'espèce), les décisions de cotisations entrées en force ne peuvent plus être attaquées à moins

A/3377/2019 - 33/35 - qu'elles soient entachées d'une erreur manifeste (ATF 134 V 401 consid. 5.2 et arrêt du Tribunal fédéral 9C_223/2019 du 23 mai 2019 consid. 5). b. Dès lors que M. E_____ n'a de toute manière pas donné suite à l'invitation de l'intimée de donner les précisions requises et que la question de la masse salariale effective n'a plus été abordée par l'intéressé dans ses écritures postérieures au recours, la chambre de céans considère que la preuve d'une erreur manifeste des décisions de cotisations portant sur la période 2009 à 2014 n'a pas été apportée. En conséquence, elle s'en tiendra, avant réduction d'un tiers (ci-dessus : consid. 14f), au montant de CHF 231'468.60 (respectivement CHF 113'229.15

pour M. A_____ de 2009 à septembre 2012) retenu au titre des cotisations demeurées impayées sur les périodes précitées, ce montant incluant les frais administratifs, de sommation, de poursuite et les intérêts moratoires, ce qui est conforme aux prescriptions en vigueur (cf. DP ch, 8016 et 8017), sous réserve des précisions qui suivent.

E. 16

Dans un arrêt de principe du 31 janvier 2020, la chambre de céans a rappelé que la responsabilité des organes de l'AVS, au sens de l'art. 49 LAVS, est réglée à l'art. 78 LPGA, ainsi qu'aux art. 52, 70 et 71a LAVS, qui s'appliquent par analogie. Elle a ensuite constaté que la loi genevoise instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption (LAMat – RSG J 5 07) ne reprend pas la responsabilité prévue à l'art. 52 aLAVS et ne prévoit pas non plus l'application de cette loi par analogie. En renvoyant uniquement à la loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (LAPG – RS 834.1), et plus précisément – mais certes non exclusivement – à des dispositions sans lien avec la responsabilité de l'employeur, la LAMat n'évoque ni la responsabilité de l'employeur, ni même les dispositions matérielles de la LAVS, de sorte qu'elle ne satisfait pas aux exigences découlant du principe de la légalité, notamment en matière de précision et de prévisibilité, et dont le respect doit être apprécié avec rigueur, dès lors que la condamnation à la réparation du dommage résultant du défaut de paiement des cotisations sociales constitue une mesure incisive (ATAS/79/2020 du 31 janvier 2020).

E. 17

Force est ainsi de constater que si la responsabilité des recourants au sens de l'art. 52 aLAVS doit être confirmée, il n'existe pas de base légale suffisante pour les rechercher pour le dommage résultant du défaut de paiement des cotisations dues en vertu de la LAMat. L'intimée se rallie du reste tardivement (cf. art. 53 al. 3 LPGA) à ce point de vue dans son courrier du 24 août 2020 en proposant que le montant du dommage à réclamer soit diminué de CHF 626.40 pour M. A_____ et de CHF 1'305.10 pour MM. B_____ et E_____, s'établissant ainsi à CHF 112'602.75 pour M. A_____ et CHF 230'163.50 pour les deux derniers organes cités. La chambre de céans constate toutefois que les réductions proposées correspondent simplement aux montants dus au titre des cotisations d'assurance- maternité (cf. les décisions du 8 septembre 2017). En raisonnant de la sorte,

A/3377/2019 - 34/35 - l'intimée omet d'exclure les intérêts moratoires et frais administratifs afférents à ces montants.

E. 18

Eu égard à ce qui précède, les recours sont partiellement admis, les décisions du 30 juillet 2019 réformées, en ce sens que les trois recourants répondent conjointement et solidairement d'un montant de CHF 75'068.50 (soit : CHF 112'602.75 x 2 / 3), alors que seuls MM. B_____ et E_____ répondent conjointement et solidairement de CHF 153'442.33 (soit : CHF 230'163.50 x 2 / 3), somme qui englobe le montant de CHF 75'068.50. Pour le surplus, la cause sera renvoyée à l'intimée pour nouveau calcul du dommage excluant les intérêts moratoires et frais administratifs afférents aux cotisations LAMat, et nouvelle décision sur ce point.

E. 19

Les recourants obtenant partiellement gain de cause, l'intimée leur versera à chacun un montant de CHF 2'000.- à titre de dépens (art. 61 let. g LPGA). Pour le surplus, la

procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/3377/2019 - 35/35 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES
SOCIALES : Statuant À la forme :

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