

## **GE\_GERICHTE ATAS/884/2012 vom 3. Juli 2012**

GE Cour de justice, 2012-07-03, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_884\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_884_2012)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/884/2012 du 3 juillet 2012

IT: GE\_GERICHTE ATAS/884/2012 del 3 luglio 2012

### **Erwägungen**

#### **E. 14**

L'administrateur a interjeté recours le 16 août 2011 contre ladite décision. Il allègue qu' : - il a régulièrement requis des informations de l'appelé en cause, en vain. - il a mandaté une fiduciaire. - il n'a su que des cotisations AVS/AI restaient impayées, qu'à réception du courrier de la Caisse du 16 octobre 2006. - il a alors pris des mesures et fait des propositions de paiement, puis donné sa démission le 21 novembre 2006. Il produit une attestation établie par l'appelé en cause le 27 octobre 2006, aux termes de laquelle il "n'a aucune responsabilité dans la gestion de l'entreprise", le jugement rendu par le Tribunal de police le 12 octobre 2009, selon lequel l'appelé en cause est reconnu "coupable d'abus de confiance, de filouterie d'auberge, d'accès indu à un système informatique, de diffamation (art. 138 ch. 1, 149, 143bis et 173 al. 1 CP) et de violation de l'art. 87 § 3 et 88 § 1 et 3 de la LAVS", ainsi que les courriers à lui adressés le 11 décembre 2006 par deux employés de la société, Messieurs E\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_. Il souligne par ailleurs qu'il s'est acquitté de la part pénale le 3 septembre 2007. Il insiste enfin sur le rapport de confiance qui le liait à l'appelé en cause, son neveu.

#### **E. 15**

Dans sa réponse du 30 août 2011, la Caisse a conclu au rejet du recours.

#### **E. 16**

Par arrêt incident du 31 août 2011, la Cour de céans a déclaré sans objet la demande de rétablissement de l'effet suspensif.

#### **E. 17**

Elle a ordonné la comparution personnelle des parties le 20 décembre 2011. Le recourant a à cette occasion déclaré : "J'ai accepté le mandat d'administrateur dans la société parce que l'appelé en cause qui est mon neveu m'avait supplié de lui donner un coup de main. Il n'aurait pu seul obtenir aucun fonds de roulement auprès d'un établissement bancaire. Un ami banquier était prêt à accepter de lui prêter 100'000 fr. à la condition que je sois l'administrateur de la société. Les banquiers d'une façon générale auraient accepté de me prêter à moi, mais pas à la société qu'ils considéraient être encore trop jeune. L'appelé en cause travaillait dans la société comme directeur. Il a racheté les parts à

A/2460/2011 - 5/17 - deux actionnaires et m'a demandé de devenir administrateur. Il a continué à gérer la société comme auparavant. La situation financière de la société me paraissait bonne lorsque j'en suis devenu l'administrateur. J'en veux pour preuve qu'il y avait beaucoup de véhicules qui pouvaient être mis à la disposition de la clientèle. Ces véhicules représentaient un certain capital. Je précise également que je connaissais la société ayant eu des relations professionnelles avec elle. J'avais pu examiner la comptabilité à ce moment-là.

Elle me paraissait saine. Il n'y avait pas de dettes criantes. Les salaires étaient payés ainsi que les charges sociales, notamment. Je faisais confiance en mon neveu et je dois dire que je n'ai pas une compétence particulière en matière de comptabilité. Les deux propriétaires précédents m'avaient exposé la situation. Je les connaissais en tant que fournisseurs dans le cadre de ma précédente activité (j'étais directeur de la succursale FIAT). Ils avaient toujours été corrects avec moi. L'appelé en cause voulait s'occuper lui-même de la comptabilité. Il voulait, disait-il, économiser. J'ai commencé à avoir de sérieux doutes quant à ses compétences. Il reportait sans cesse les comptes alors que nous avions convenu de faire le point à la fin de chaque mois. J'ai alors décidé de mandater la fiduciaire XB \_\_\_\_\_. L'appelé en cause cependant ne lui a pas donné les pièces comptables nécessaires, de sorte que la fiduciaire a dû les réclamer à plusieurs reprises. L'appelé en cause ne venait pas aux rendez-vous par exemple. J'ai immédiatement réagi lorsque j'ai reçu la lettre de la FER CIAM le 16 octobre 2006. Je n'avais pas imaginé jusqu'à ce moment-là que les cotisations n'étaient pas payées. Je ne me souviens plus exactement à quel moment j'ai constaté que des salaires étaient payés en retard, mais à ce moment-là je n'ai pas fait le lien avec les charges sociales. Je répète que je faisais entièrement confiance en mon neveu. Je sais maintenant que j'ai eu tort. Je sais maintenant qu'il doit de l'argent partout dans la République. J'ai même "récupéré" son épouse et leurs deux enfants, expulsés de leur maison. Je n'ai pas travaillé pour la société. J'avais ma propre activité. Le courrier adressé à la société était ouvert (ou non) par l'appelé en cause. Je prends note que vous n'avez que la première page du courrier que m'avait adressé Monsieur E\_\_\_\_\_ le 17 septembre 2009. Je vous communique la deuxième page. Aucun des salariés ne s'est plaint auprès de moi directement du retard avec lequel parfois les salaires étaient versés. Je dois dire toutefois à cet égard que je n'étais pas souvent dans les locaux de la société, puisque j'avais ma propre activité à mener. Les paiements se faisaient par telebanking. C'est l'appelé en cause qui s'en occupait. Il n'avait besoin de ma signature que pour les contrats de leasing par exemple."

#### **E. 18**

La Cour de céans a appelé Monsieur C\_\_\_\_\_ en cause le 3 janvier 2012.

#### **E. 19**

Le recourant a versé au dossier le 17 janvier 2012 copie de plusieurs e-mails échangés avec l'appelé en cause.

A/2460/2011 - 6/17 -

#### **E. 20**

L'appelé en cause s'est déterminé le 31 janvier 2012 comme suit : "J'accepte d'être mis en cause pour la dette civile que la société (...) a envers FER CIAM pour la période où l'administrateur et moi-même avons été successivement administrateurs. Dès la reprise de la société par l'administrateur, nous avons fait face à un manque de liquidité chronique et avons subi la légitime, mais néanmoins très difficile pression des sociétés de leasing qui finançait les cent véhicules de la société. Cette pression quotidienne a occulté à tort le problème du règlement des charges sociales. C'est donc par ma faute essentiellement que l'administrateur n'a pu réaliser le problème des charges sociales durant son mandat d'administrateur. Nous ne faisons que d'évoquer les moyens d'assurer les échéances mensuelles colossales des leasings des cent véhicules. Etant sans emploi stable depuis ma sortie de prison en juin 2008, il m'est très difficile d'assumer financièrement ma responsabilité financière. Je propose néanmoins de reprendre dans un premier temps

l'accord passé avec FER CIAM en date du 15 octobre 2008 et de reprendre dès ce mois de février 2012 le versement mensuel de 130 fr. Vous trouverez copie de cet accord en annexe au présent courrier. J'aimerais, si cela est possible, décharger l'administrateur de sa dette et en assumer le règlement selon mes moyens. L'administrateur ayant pour sa part réglé la part pénale de la dette, j'aimerais pouvoir le décharger du reste de sa dette par un versement complémentaire de 120 fr. par mois, soit un total de 250 fr. par mois à ma charge".

#### **E. 21**

La Caisse a informé la Cour de céans le 13 avril 2012 qu'elle avait accepté un plan de paiement sur douze mois, aux termes duquel l'appelé en cause s'engageait à verser 250 fr. par mois.

#### **E. 22**

Par courrier du 30 avril 2012, le recourant a, sur cette base, sollicité la suspension de la procédure jusqu'à avril 2013.

#### **E. 23**

Monsieur E\_\_\_\_\_, responsable de l'agence Z\_\_\_\_\_ depuis l'été 2005, a été entendu le 8 mai 2012. Il a déclaré que "J'étais responsable de l'agence Z\_\_\_\_\_ principalement depuis l'été 2005. Je m'occupais de tout le fonctionnement de l'agence, soit la réception de la clientèle, de la facturation, de l'établissement de contrats de location, du parc de véhicules, etc. Nous étions 4 à avoir été recrutés par l'appelé en cause qui s'était présenté comme comptable, et par Monsieur G\_\_\_\_\_ qui s'était présenté comme directeur de l'entreprise. Nous étions ainsi 2 à l'agence de Z\_\_\_\_\_, et 2 à l'agence XA\_\_\_\_\_. Il n'y avait pas véritablement de hiérarchie entre nous. C'est l'appelé en cause qui s'occupait du versement des salaires, soit par virement bancaire, soit en espèces. Je précise à cet égard que l'appelé en cause travaillait

A/2460/2011 - 7/17 - dans un bureau attenant à l'agence Z\_\_\_\_\_. L'appelé en cause m'a informé que le recourant était devenu administrateur, mais ce fait n'avait aucune influence sur mon activité. L'appelé en cause a continué à verser les salaires. Je ne recevais aucune instruction de l'administrateur. Je n'ai jamais eu d'autre interlocuteur que l'appelé en cause, sauf au début avec Monsieur G\_\_\_\_\_. Il faut dire que l'agence tournait, que tout était en place, qu'il n'y avait pas particulièrement de décision à prendre quant à son fonctionnement. Je me souviens de mon courrier du 11 décembre 2006. Nous étions sauf erreur à quelques jours de la cessation d'activité des deux agences. Je me souviens que c'est le samedi précédant le 11 décembre 2006 que j'avais fait part de mes inquiétudes à l'administrateur. Celui-ci est venu ensuite me voir à l'agence. J'ai voulu formaliser notre entretien par ce courrier. Monsieur F\_\_\_\_\_ était au courant de ma démarche et y était associé. L'appelé en cause avait adopté le même comportement dans les deux agences. Ce qui nous embarrassait beaucoup est que l'appelé en cause ne faisait pas la distinction entre l'argent des cautions et l'argent de la recette. Il prenait ce qu'il y avait dans le coffre. Il nous est arrivé de ne pas pouvoir rendre le montant de la caution à un client. Au début, une note était établie de ce qu'il prélevait, mais plus du tout à la fin. Les salaires étaient versés avec six semaines de retard à la fin. Ce n'est qu'à partir de l'été 2006 que la situation est devenue véritablement préoccupante, et nous avons alors pris conscience qu'il y avait un problème dans le comportement de l'appelé en cause. Il était pour nous tout de même difficile de "passer par-dessus" l'appelé en cause pour contacter l'administrateur. Au début, nous voyions l'appelé en cause travailler à son bureau. Vers la fin, il n'y était plus beaucoup.

C'est l'appelé en cause qui ouvrait le courrier jusqu'au mois d'octobre en tout cas. J'ai fini par en ouvrir quelques uns pour voir ce qui se passait. Nous avons fini par comprendre que l'appelé en cause nous dissimulait beaucoup de choses. Lorsque j'ai pris contact avec l'administrateur et que je lui ai fait part de mes inquiétudes, il s'est montré surpris et atterré. Il ne s'attendait visiblement pas à ce que je lui ai dit. Depuis qu'il avait été nommé administrateur, le recourant passait à l'agence toutes les 2 à 3 semaines à peu près. Il venait voir l'appelé en cause et nous saluait. Il restait peu de temps. L'un de mes collègues s'était plaint auprès de lui de ce que les salaires étaient payés en retard vers la fin de l'été 2006. Je n'étais pas là et je ne sais pas quelle a été la réaction de l'administrateur ". L'appelé en cause quant à lui a précisé "Nous avons de gros soucis avec le financement des leasings. Nos entretiens, le recourant et moi-même, ne portaient que sur cette question. Il nous fallait absolument rétablir ce financement, c'était vital pour la société. Je confirme que le recourant m'a demandé à plusieurs reprises si les charges sociales étaient payées. J'ai à chaque fois écarté la question, lui disant que je m'en occupais. Il m'a fait

A/2460/2011 - 8/17 - confiance. Nous avons fait notre meilleur mois en juillet, malheureusement les sociétés de financement m'ont alors dit qu'elles ne renouvelleraient pas les contrats. Je me suis alors découragé. Nous avons essayé de trouver un repreneur immédiatement, sans succès. Je n'étais pas fier d'avoir entraîné l'administrateur dans cette aventure. J'ai repris la fonction d'administrateur à sa place. Ça a pris un peu plus de temps que prévu, du fait que nous n'avons pas payé tout de suite les émoluments dus au Registre du commerce".

#### **E. 24**

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

#### **E. 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, des cotisations AMat et AF dues par la société en 2005 et 2006. 4. Le recourant a requis la suspension de l'instruction jusqu'à avril 2013, lorsqu'il a appris que l'appelé en cause s'était engagé à payer 250 fr. par mois. Cette demande est rejetée, vu l'importance du dommage subi par la Caisse, d'une part, et la modicité du montant que l'appelé en cause doit verser à la Caisse mensuellement, d'autre part. 5. a) A teneur de l'art. 52 LAVS en vigueur dès le 1er janvier 2003 (introduit par le ch. 7 de l'annexe à la LPGA), l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation (al. 1). La nouvelle teneur de cette disposition, en vigueur depuis le 1er janvier 2003, reprend l'ancien art. 52 LAVS quasiment sans modification. Les termes « caisse de compensation » sont remplacés par « assurances », sans que cela n'entraîne un changement quant aux conditions de la responsabilité de l'employeur (ATF 129 V 13 s. consid. 3.5). Le

TF a ainsi déjà affirmé que l'on ne pouvait inférer ni du message du Conseil fédéral concernant la 11ème révision de l'AVS ni

A/2460/2011 - 9/17 - 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 subie par l'intimée, correspondant aux cotisations AVS/AI/APG/AC/AMAT et AF dues par la société faillie en 2005 et de mars à octobre 2006. Il est de 43'393 fr. 25, montant duquel il convient de déduire les versements effectués par l'appelé en cause ou le recourant depuis le 21 août 2009, date de la décision litigieuse. 6. A titre liminaire, il sied d'examiner la question de la prescription. a) Le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus. L'employeur peut renoncer à invoquer la prescription (al. 3). Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (cf. SVR 2005 AHV n° 15 p. 49 consid. 5.1.2; FF 1994 V 964 sv., 1999 p. 4422). Cela signifie qu'ils ne sont plus sauvegardés une fois pour toutes avec la décision relative aux dommages-intérêts; le droit à la réparation du dommage au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS peut donc aussi se prescrire durant la procédure d'opposition ou la procédure de recours qui s'ensuit (ATF 135 V 74 consid. 4.2 p. 77 et sv.). 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,

A/2460/2011 - 10/17 - consid. 4.2), il faut entendre par moment de la «connaissance du dommage», en règle générale, le moment où la caisse de compensation aurait dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances effectives ne permettaient plus d'exiger le paiement des cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (ATF 129 V 195). En cas de faillite, ce moment correspond en règle générale à celui du dépôt de l'état de collocation, ou celui de la publication de la suspension de la liquidation de la faillite faute d'actifs (ATF 129 V 193 consid. 2.3 p. 195 sv.). En revanche, lorsque la caisse subit un dommage à cause de l'insolvabilité de l'employeur mais en dehors de la faillite de celui-ci, le moment de la connaissance du dommage et, partant, le point de départ du délai de prescription coïncident avec le moment de la délivrance d'un acte de défaut de biens ou d'un procès-verbal de saisie

valant acte de défaut de biens définitif au sens de l'art. 115 al. 1 LP (en corrélation avec l'art. 149 LP), soit lorsque le procès-verbal de saisie indique que les biens saisissables 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 s'agit de retenir ce qui suit. Tandis que le juge ne peut interrompre la prescription que par une ordonnance ou une décision, «chaque acte judiciaire des parties» suffit à produire cet effet (art. 138 al. 1 CO). Cette notion d'acte judiciaire des parties doit être interprétée largement (ATF 106 II 35 consid. 4; Stephen V. BERTI, Commentaire zurichois, n. 18 ad art. 138 CO; Robert K. DÄPPEN, Commentaire bâlois, 3<sup>e</sup> édition, n. 2 ad art. 138 CO; Pascal PICHONNAZ, Commentaire romand, n. 4 ad art. 138 CO), tout en ayant égard à la ratio legis de la disposition citée, qui est de sanctionner l'inaction du créancier. Il faut donc considérer comme acte judiciaire d'une partie tout acte de procédure relatif au droit invoqué en justice et susceptible de faire progresser l'instance (cf. ATF 130 III 207 consid. 3.2). Par ailleurs, conformément à l'ATF 135 V 74, l'opposition à une décision interrompt le délai de prescription de deux ans et fait courir un nouveau délai de même durée. e) En l'espèce, la procédure de faillite de la société a été suspendue faute d'actif le 8 avril 2008. En notifiant au recourant une demande en réparation du dommage en date du 21 août 2009, l'intimée a dès lors agi en temps utile, dans les délais de deux ans et cinq ans prévus à l'art. 52 al. 3 LAVS. 7. Il convient de déterminer si le recourant peut être considéré comme étant « l'employeur » tenu de verser les cotisations à l'intimée au sens de l'art. 52 LAVS.

A/2460/2011 - 11/17 - 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. 1<sup>er</sup> LAVS en corrélation avec les art. 34 et suivants RAVS, prescrit l'obligation pour l'employeur de déduire sur chaque salaire la cotisation du salarié et de verser celle-ci à la caisse de compensation avec sa propre cotisation. Les employeurs doivent envoyer aux caisses, périodiquement, les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs salariés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de payer les cotisations et de fournir les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral a déclaré, à réitérées reprises, que la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS est liée au statut de droit public (ATF 112 V 155, consid. 5; RCC 1987, p. 220). L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (ATF 111 V 173, consid. 2; 108 V 186, consid. 1a, 192 consid. 2a; RCC 1985, p. 646, consid. 3a). c) Par "organe", il faut entendre toute personne physique qui représente la personne morale à l'extérieur ou qui peut exercer une influence décisive sur le comportement de celle-ci (no 8004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le Tribunal fédéral s'est toujours référé à l'art. 754 al. 1<sup>er</sup> CO, en corrélation avec l'art. 759 al. 1<sup>er</sup> CO. Conformément à ces articles, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle,

répondent, à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Sont réputés chargés de l'administration ou de la gestion au sens de l'art. 756 CO "non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels, mais également les personnes qui prennent effectivement des décisions relevant des organes, ou qui assument la gestion proprement dite et ont ainsi une part prépondérante à la formation de la volonté au sein de la société" (ATF 107 II 353, consid. 5a; ATF 112 II 1985 et l'arrêt non publié du Tribunal fédéral du 21 avril 1988 en la cause A. ; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., p. 209 et ss). d) En l'espèce, le recourant était inscrit au registre du commerce, en qualité d'administrateur, avec signature individuelle, du 6 mars au 21 novembre 2006. Cela

A/2460/2011 - 12/17 - étant, il était indiscutablement un organe de la société faillie, de sorte que sa responsabilité est engagée au sens de l'art. 52 LAVS. 8. Reste à examiner s'il a commis une faute qualifiée ou une négligence grave au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS. a) Selon une jurisprudence constante, tout manquement aux obligations de droit public qui incombent à l'employeur en sa qualité d'organe d'exécution de la loi ne doit en effet pas être considéré sans autre comme une faute qualifiée de ses organes au sens de l'art. 52 LAVS. Pour admettre que l'inobservation de prescriptions est due à une faute intentionnelle ou une négligence grave, il faut bien plutôt un manquement d'une certaine gravité. Pour savoir si tel est le cas, il convient de tenir compte de toutes les circonstances du cas concret (ATF 121 V 244). b) Le Tribunal fédéral a expressément affirmé que l'obligation légale de réparer le dommage ne doit être reconnue que dans les cas où le dommage est dû à une violation intentionnelle ou par négligence grave, par l'employeur, des prescriptions régissant l'assurance-vieillesse et survivants (RCC 1978, p. 259; RCC 1972, p. 687). La caisse de compensation qui constate qu'elle a subi un dommage par suite de la non-observation de prescriptions peut admettre que l'employeur a violé celles-ci intentionnellement ou du moins par négligence grave, dans la mesure où il n'existe pas d'indice faisant croire à la légitimité de son comportement ou à l'absence d'une faute (arrêt du TF du 28 juin 1982, in : RCC 1983 p. 101). De jurisprudence constante, notre Haute Cour a reconnu qu'il y a négligence grave lorsque l'employeur ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement, dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (cf. RCC 1972, p. 690). La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard doit donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité et de gestion, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé. Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, on peut, par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions (cf. RCC 1972, p. 690 ; RCC 1978, p. 261). Une différenciation semblable s'impose également, lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985, p. 51, consid. 2a et p. 648, consid. 3b). La négligence grave est également donnée lorsque l'administrateur n'assume pas son mandat dans les faits. Ce faisant, il n'exerce pas la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, attribution inadmissible et inaliénable du conseil d'administration conformément à l'art. 716a CO. Une personne qui se déclare prête à assumer ou à conserver un mandat d'administrateur tout en sachant qu'elle ne pourra pas le remplir consciencieusement viole son obligation de diligence (ATF 122 III 195, consid. 3b). Sa négligence peut être qualifiée de grave sous l'angle de l'art. 52

A/2460/2011 - 13/17 - LAVS (ATF 112 V 1, consid. 5b). Notre Haute Cour a ainsi l'occasion de rappeler à plusieurs reprises qu'un administrateur, dont la situation est à cet égard proche de celle de l'homme de paille, ne peut s'exonérer de ses responsabilités légales en invoquant son rôle passif au sein de la société (ATF du 19 mai 2010, 9C\_289/2009, consid. 6.2; ATF du 22 juin 2005, H 87/04, consid. 5.2.2; ATF du 27 avril 2001, H 234/00, consid. 5d; ATF du 13 février 2001, H 225/00, consid. 3c). Par ailleurs, la responsabilité d'un administrateur dure en règle générale jusqu'au moment où il quitte effectivement le conseil d'administration et non pas jusqu'à la date où son nom est radié du registre du commerce. Cette règle vaut pour tous les cas où les démissionnaires n'exercent plus d'influence sur la marche des affaires et ne reçoivent plus de rémunération pour leur mandat d'administrateur (ATF 126 V 61). En d'autres termes un administrateur ne peut être tenu pour responsable que du dommage résultant du non-paiement de cotisations qui sont venues à échéance et auraient dû être versées entre le jour de son entrée effective au conseil d'administration et celui où il a quitté effectivement ces fonctions, soit pendant la durée où il a exercé une influence sur la marche des affaires (arrêt du TFA du 6 février 2003, H 263/02). Demeurent réservés les cas où le dommage résulte d'actes qui ne déploient leurs effets qu'après le départ du conseil d'administration. c) Dans certaines circonstances, un employeur peut causer intentionnellement un préjudice sans être dans l'obligation de le réparer, lorsqu'il retarde le paiement des cotisations pour maintenir son entreprise en vie, lors d'une passe de trésorerie difficile. Mais il faut alors qu'il ait eu des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter de sa dette dans un délai raisonnable (cf. RCC p. 261 et la jurisprudence citée; ATF 108 V 188). d) La jurisprudence estime encore qu'il existe en règle générale un lien de causalité adéquate entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations, sous réserve du cas où l'administrateur est entré en fonction alors que la société était déjà surendettée (ATF 119 V 401 consid. 4c p. 407 s.), de sorte que celui-ci répond solidairement de tout le dommage subi par l'assurance en cas de faillite de la société (arrêt du 30 novembre 2004, in SJ 2005 I p. 272, consid. 7.3.1; ATF 132 III 523). 9. Le recourant conteste toute responsabilité, alléguant que l'appelé en cause a en réalité toujours été le seul administrateur de la société. 10. Force est toutefois de constater qu'en revêtant la qualité d'administrateur sans en assumer la fonction dans les faits, le recourant a tout simplement méconnu l'une des attributions intransmissibles et inaliénables que lui confère l'art. 716a al. 1 CO, soit l'exercice de la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, pour s'assurer notamment que celles-ci observent la loi, les règlements et les instructions données.

A/2460/2011 - 14/17 - La Cour de céans relève que le recourant ne s'est pas inquiété du paiement des charges sociales, avant le 16 octobre 2006, date à laquelle la Caisse lui a écrit personnellement, en le menaçant du dépôt d'une plainte pénale. Il a laissé jusque-là cette question à la seule appréciation et sous l'entière responsabilité de l'appelé en cause. Il allègue avoir tenté à plusieurs reprises d'obtenir des informations de l'appelé en cause, en vain. L'appelé en cause l'a certes confirmé. Il a toutefois expliqué que les entretiens qu'il avait avec l'intéressé portaient essentiellement sur la question du financement des leasings, laquelle constituait leur souci majeur. A aucun moment le recourant n'a jugé utile de s'enquérir de la situation de la société à l'égard des assurances sociales. Il s'est ainsi accommodé du fait que l'appelé en cause gérait la société à sa guise. Il est vrai qu'il a finalement mandaté un fiduciaire, qui, à son tour, a prié celui-ci de lui remettre les pièces comptables nécessaires à la présentation d'un bilan. Il n'apparaît toutefois pas que la demande de documents portait précisément sur les charges sociales (cf. pièces 7, 8 et 9

chargé recourant). Or, il incombait au recourant, quel que soit le mode de répartition interne des tâches convenu au sein de la société, de s'assurer personnellement que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés soient effectivement payées à la Caisse, et ce conformément aux prescriptions légales. Qu'il n'ait pas été en mesure d'exercer ses fonctions, parce que la société était en fait dirigée par l'appelé en cause, ou qu'il ait accepté son mandat d'administrateur uniquement parce que celui-ci avait eu besoin de lui pour obtenir un prêt bancaire, n'est pas un motif de suppression ou d'atténuation de la faute commise (voir arrêts non publiés 9C\_289/2009, 9C\_292/2009, 9C\_295/2009, 9C\_297/2009 et 9C\_299/2009 du 19 mai 2010). Le recourant a du reste lui-même admis, à la question de savoir si les employés s'étaient plaints auprès de lui d'un retard dans le versement des salaires, qu'il n'était "pas souvent dans les locaux de ma société, puisque j'avais ma propre activité à mener" (PV du 20.12.2011). Le recourant a versé au dossier une attestation établie par l'appelé en cause le 27 octobre 2006 aux termes de laquelle le recourant "n'a aucune responsabilité dans la gestion de l'entreprise". L'appelé en cause l'a confirmée lorsqu'il s'est déterminé le

### **E. 31**

janvier 2012, puis lorsqu'il a été entendu le 8 mai 2012. Peu importe toutefois. On doit en effet signaler un arrêt du TFA dans lequel un administrateur qui avait été expressément relevé de toute responsabilité par le propriétaire de la société, organe de fait, a néanmoins été jugé entièrement responsable (ATFA du 8 septembre 2005, cause H 126/04). Il appert en l'espèce qu'en réalité, en raison de leur relation de famille, et par conséquent de leur lien de confiance, le recourant n'a pas montré toute la rigueur qui était exigible de lui. C'est ainsi qu'il n'a pas vérifié immédiatement les propos de son neveu, et qu'à aucun moment il n'a pris de contacts directs avec la Caisse.

A/2460/2011 - 15/17 - Sa situation s'apparente dès lors à celle d'un homme de paille confronté à un propriétaire de la société dont on peut penser qu'il voulait diriger en fait celle-ci, et c'est précisément en cela que réside sa faute, car celui qui se déclare prêt à assumer un mandat d'administrateur, tout en sachant qu'il ne pourra pas le remplir consciencieusement, viole son obligation de diligence (ATF 122 III 200 consid. 3b; RDAT 2003, II, p. 243 et sv. consid. 2.4). La négligence de l'intimé doit donc, sous l'angle de l'art. 52 LAVS, être qualifiée de grave (ATF 112 V 3 consid. 2b). De plus, sa passivité est en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi par la caisse. En effet, s'il avait correctement exécuté son mandat, il aurait pu veiller au paiement des cotisations aux assurances sociales, d'autant plus que la structure simple de l'entreprise était propice à ce genre de surveillance. Il est vrai toutefois que l'on peut également tenir compte de la durée pendant laquelle les cotisations sont restées impayées. Plus cette durée est courte, plus l'organe a des chances d'être disculpé (VSI 1996 p. 228). Cela est en lien avec le fait que la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS suppose un rapport de causalité adéquate entre la violation intentionnelle ou commise par négligence grave des prescriptions de la survenance du dommage (MAURER, Sch weizerisches Sozialversicherungsrecht, vol. II, p. 70 ad let. f; KNUS, Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV, thèse Zurich 1989, p. 58/59; FRESARD, La responsabilité de l'employeur pour le non-paiement de cotisations d'assurances sociales selon l'art. 52 LAVS, in Revue Suisse d'Assurances, 1987 p. 11 ; ATAS 462/2005). Il y a à cet égard lieu de constater que le recourant a démissionné le 21 octobre 2011, soit sept mois après son entrée en fonction. Il apparaît toutefois, selon une télécopie du 28 novembre 2006 émanant

de la société, soit pour elle, l'appelé en cause, que le recourant a démissionné de son poste d'administrateur "suite à l'évolution positive de sa carrière", quittant son poste de chef de vente VOLVO pour reprendre la direction générale d'un grand garage genevois. Ce n'est ainsi pas nécessairement, ou en tout cas pas entièrement, dans la crainte de ne pas remplir ses obligations envers la société, qu'il a démissionné. Il n'est pas déterminant non plus, s'agissant de déterminer s'il y a faute ou négligence grave, que l'administrateur se soit acquitté de la part pénale, dans la mesure où la Caisse l'avait menacé du dépôt d'une plainte pénale. Il y a dès lors lieu d'admettre que le recourant a commis, au sens de l'art. 52 LAVS, une négligence grave qui est, de surcroît, en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi par la Caisse. Que l'appelé en cause ait dissimulé la vérité sur son activité et les affaires de la société, importe peu à cet égard, dans la mesure où le recourant s'est, en sa qualité d'administrateur, rendu coupable d'un défaut de surveillance et c'est en cela que réside le fondement de sa responsabilité à

A/2460/2011 - 16/17 - l'égard de la Caisse. Il en irait différemment si l'appelé en cause l'avait trompé par des manœuvres fallacieuses, en lui présentant par exemple des comptes falsifiés (voir arrêt non publié F. du 25 juillet 2000, H 319/99). Il ne l'allègue toutefois pas. 11. Le recours se révèle par conséquent mal fondé. La décision du 21 août 2009 doit être confirmée à hauteur de la somme de 43'393 fr. 25, montant duquel il convient de déduire les versements effectués par l'appelé en cause ou le recourant depuis le 21 août 2009, date de la décision litigieuse. Le recourant aura la possibilité de solliciter de la Caisse un plan de paiements échelonnés.

A/2460/2011 - 17/17 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme : 1. Déclare le recours recevable. Au fond : 2. Le rejette. 3. Dit que la procédure est gratuite. 4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Selon l'art. 85 LTF, s'agissant de contestations pécuniaires, le recours est irrecevable si la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 francs (al. 1 let. a). Même lorsque la valeur litigieuse n'atteint pas le montant déterminant, le recours est recevable si la contestation soulève une question juridique de principe (al. 2). Le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

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