

## **GE\_GERICHTE A/1119/2010 vom 30. November 2011**

GE Cour de justice, 2011-11-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_1119\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1119_2010)

FR: GE\_GERICHTE A/1119/2010 du 30 novembre 2011

IT: GE\_GERICHTE A/1119/2010 del 30 novembre 2011

### **Volltext**

Genève Cour de justice (Cour de droit public) Chambre des assurances sociales 30.11.2011  
A/1119/2010

A/1119/2010 ATAS/1172/2011 du 30.11.2011 ( AVS ), REJETE En fait En droit  
RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE A/1119/2010  
ATAS/1172/2011 COUR DE JUSTICE Chambre des assurances sociales Arrêt du 30  
novembre 2011 3ème Chambre En la cause Monsieur HA \_\_\_\_\_, domicilié c/o  
X \_\_\_\_\_ SA, Saint-à Plan-les-Ouates Monsieur HB \_\_\_\_\_, domicilié c/o  
Y \_\_\_\_\_ AG, à Plan-les-Ouates, comparant avec élection de domicile en l'étude de  
Maître GABUS Pierre recourants contre CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS, FER  
CIAM 106.1; rue de Saint-Jean 98; case postale 5278, 1211 Genève 11 intimée EN FAIT  
Créée en février 1979, la société X \_\_\_\_\_ SA, ayant pour but le transport de matériaux,  
marchandises et combustibles liquides ou solides (cf. extrait du Registre du commerce  
[RC]) a d'abord été affiliée en tant qu'employeur auprès de la caisse interprofessionnelle  
d'assurance-vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux  
(devenue depuis lors la Fédération des entreprises romandes ; ci-après : la CIAM ou la  
caisse), puis, à compter du 1er janvier 2004, auprès de la CAISSE CANTONALE  
GENEVOISE DE COMPENSATION. Étaient notamment inscrits au RC : Monsieur  
HC \_\_\_\_\_, en tant que directeur avec signature collective à deux, du 13 avril 1994 au  
12 février 1999; Monsieur HA \_\_\_\_\_, en tant qu'administrateur avec signature  
individuelle, du 13 avril 1994 au 20 octobre 2005 ; puis Monsieur HB \_\_\_\_\_, en tant  
qu'administrateur avec signature individuelle à compter du 20 octobre 2005. En 1996 déjà,  
la société a rencontré des difficultés à payer les cotisations sociales de ses employés et, à  
compter de 1998, la caisse a dû engager régulièrement des poursuites. Sur dénonciation  
pénale, Monsieur HA \_\_\_\_\_ a été condamné par ordonnance du 23 mai 2004 pour  
détournement de cotisations. Au début de l'année 2006, la créance de la CIAM s'élevait à  
252'375 fr. 55. Un arrangement de paiement a été conclu avec la société mais n'a pas été  
respecté. En février 2007, la CIAM a reçu des actes de défaut de biens. Le 4 février 2008, la  
CIAM a adressé à Messieurs HA \_\_\_\_\_ et HB \_\_\_\_\_ des demandes en réparation  
d'un dommage de 223'365 fr. 85 correspondant aux cotisations paritaires dues pour les  
périodes de février à mai 2002, septembre à octobre 2002, au complément de l'année 2002,  
aux cotisations de janvier à novembre 2003, au supplément suite au rapport de contrôle des  
années 2000 à 2003, aux contributions au régime des allocations familiales de mai 2002, de  
septembre à octobre 2002, au complément de l'année 2002, aux contributions de janvier à  
mars 2003 ainsi qu'aux cotisations paritaires à l'assurance maternité de février à mai 2002,  
de septembre à octobre 2002, au complément de l'année 2002, aux cotisations de janvier à  
novembre 2003, au supplément suite au rapport de contrôle des années 2000 à 2003 et au  
solde de frais pour le mois de novembre 2001. Le montant total se décomposait de la  
manière suivante : 102'186 fr. 25 à titre de cotisations AVS/AI/APG, 41'275 fr. 75 à titre de

cotisations chômage, 12'804 fr. 05 à titre de contributions aux allocations familiales, 4'648 fr. 20 à titre de cotisations à l'assurance maternité, 4'316 fr. 40 de frais administratifs, 53'648 fr. 70 d'intérêts moratoires, 3'846 fr. 50 de frais de poursuites et 640 fr. de taxes de sommation. Par courrier du 7 mars 2008 Me GABUS a informé la caisse qu'il était consulté par Messieurs HB\_\_\_\_\_ et HA\_\_\_\_\_ dont il défendait les intérêts et qui l'avaient chargé de s'opposer aux décisions en réparation du dommage rendues à leur encontre. Le conseil concluait d'ores et déjà à leur annulation et demandait un délai pour compléter l'opposition après consultation du dossier. La faillite de la société a été prononcée le 18 février 2008. Le 28 janvier 2009, l'état de collocation a été déposé, dont il ressortait qu'il n'y avait aucun dividende prévisible. Par décision du 1<sup>er</sup> mars 2010, la CIAM a confirmé celles du 4 février 2008. La caisse a considéré que la responsabilité de Messieurs HA\_\_\_\_\_ et HB\_\_\_\_\_ était engagée en leur qualité d'administrateurs de la société. Elle leur a reproché d'avoir commis une négligence grave en laissant les arriérés des charges sociales s'accumuler au fil des ans. La caisse a indiqué qu'elle estimait ne pas devoir entrer en matière vu le défaut de motivation de l'opposition mais a néanmoins confirmé, à titre subsidiaire, ses décisions en réparation du dommage du 4 février 2008 et rejeté l'opposition. Par écriture du 31 mars 2010, Messieurs HA\_\_\_\_\_ et HB\_\_\_\_\_ ont interjeté recours devant le Tribunal cantonal des assurances sociales -alors compétent- en concluant principalement à ce que la décision sur opposition du 1<sup>er</sup> mars 2010 soit déclarée nulle, subsidiairement à ce qu'elle soit annulée, plus subsidiairement encore à ce qu'elle ne soit annulée qu'en ce qui concernait Monsieur HB\_\_\_\_\_. Les intéressés ont expliqué que plusieurs arrangements successifs avaient été convenus avec la caisse s'agissant du paiement des arriérés de cotisations sociales mais que la société, dans l'incapacité de faire face à ses engagements financiers, avait finalement été dissoute le 19 février 2008. Les recourants allèguent que l'opposition qu'ils ont formée contre les décisions du 4 février 2008 aurait dû être déclarée irrecevable faute de motivation suffisante et concluent à la nullité de la décision sur opposition de la caisse à laquelle ils reprochent d'être finalement entrée en matière. Subsidiairement, les recourants invoquent la prescription de la créance de la caisse au motif que la décision du 1<sup>er</sup> mars 2010 a été rendue plus de deux ans après celle du 4 février 2008. Enfin, Monsieur HB\_\_\_\_\_ relève à titre personnel qu'il n'a été administrateur qu'à compter du 20 octobre 2005 et en tire la conclusion qu'il ne peut dès lors être tenu pour responsable du dommage subi par la caisse en raison du non-paiement des cotisations échues avant son entrée en fonction. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans sa réponse du 28 avril 2010, a conclu au rejet du recours. En premier lieu, l'intimée conteste que sa décision sur opposition puisse être qualifiée de nulle. En second lieu, elle fait valoir que l'opposition formée le 7 mars 2008 a valablement interrompu le délai de prescription. Enfin, elle relève que Monsieur HB\_\_\_\_\_, bien qu'il n'ait été membre du conseil d'administration que depuis le 20 octobre 2005, répond également des cotisations échues précédemment selon la jurisprudence. Une audience de comparution personnelle s'est tenue en date du 14 octobre 2010. Monsieur HA\_\_\_\_\_ a expliqué que son fils est devenu formellement administrateur en 2005, lorsque lui-même a été victime d'un accident cardio-vasculaire important ayant nécessité une opération à cœur ouvert. Monsieur HA\_\_\_\_\_ a allégué que, dans les faits, les rapports n'avaient pas véritablement changé puisqu'il avait continué à prendre des décisions depuis son lit d'hôpital. Monsieur HA\_\_\_\_\_ a soutenu que puisqu'il dispose d'une formation technique et commerciale et qu'il a en réalité pris les décisions pour la société, son fils devrait être relevé de toute responsabilité. A cet égard, il a

expliqué que le comptable et les réviseurs avaient continué à s'adresser à lui, son fils prenant plutôt les décisions sur le terrain. Monsieur HA\_\_\_\_\_ a expliqué que la société n'avait qu'un seul client, la société Z\_\_\_\_\_ SA, laquelle n'avait aucun arriéré de cotisations sociales. La première dépendait donc entièrement des paiements de la seconde, laquelle a été victime d'un vol de plusieurs millions de la part d'une employée indélicat qui a d'ailleurs été condamnée. Suite à ce vol, l'UBS a réclamé en 2003 à la société le remboursement de 2,5 millions que Monsieur HA\_\_\_\_\_ a dit avoir remboursé sur ses fonds propres. Ce sont ensuite 3,5 millions à titre d'intérêts qui ont été réclamés en 2005. La société Z\_\_\_\_\_ SA a alors été mise en faillite. Les terrains, propriété de la société, sur lesquels Monsieur H\_\_\_\_\_ a dit avoir toujours compté pour pouvoir payer les différents créanciers - au nombre desquels les assurances sociales - auraient alors été vendus pour 2,5 millions, alors qu'ils en valaient entre 5 et 6. Monsieur HA\_\_\_\_\_ a affirmé n'avoir pas informé immédiatement son fils du fait que les charges sociales n'étaient pas payées afin de lui éviter des soucis. Selon Monsieur H\_\_\_\_\_, les difficultés rencontrées par la société ne sont imputables qu'au vol dont a été victime son seul client, la société Y\_\_\_\_\_. Ce vol a eu pour conséquence en 1989-1990 un « trou financier » qui n'a pu être comblé. Selon le recourant, la société avait cependant suffisamment d'actifs (sous forme de terrains à gravier avec toutes les autorisations d'exploitation nécessaires) pour rester viable. Monsieur HA\_\_\_\_\_ a expliqué avoir pensé que ces actifs lui permettraient de régler les créanciers. Il a également essayé de vendre tout ou partie de la société ou de trouver des actionnaires, en vain. Quant à Monsieur HB\_\_\_\_\_, il a expliqué n'avoir jamais été employé de la société et n'avoir découvert la situation qu'après sa nomination. Il a affirmé ne jamais s'être occupé de l'administration de la société. Interpellé par le Tribunal, l'Office des faillites lui a communiqué en date du 4 novembre 2010 les inventaires des archives comptables de la société. Par écriture du 14 décembre 2010, l'intimée a sollicité la production des bilans des années 1999 et suivantes. Par courrier du 25 février 2011, la fiduciaire XA\_\_\_\_\_ a pu produire les bilans des années 2003 à 2006 ainsi que les comptes de résultats et les annexes. Le 17 mars 2011, la fiduciaire XB\_\_\_\_\_ SA, a quant à elle produit le rapport de révision de l'année 2002. Les parties ont été invitées à se déterminer. Seule l'intimée l'a fait en date du 2 mai 2011. La caisse a relevé qu'il ressortait des différents documents produits que la société avait dégagé un bénéfice de 7'322 fr. en 2002, de 8'427 fr. en 2003, de 21'081 fr. 85 en 2004, de 8'906 fr. 45 en 2005 et de 9'659 fr. en 2006. Elle en a tiré la conclusion que la société rencontrait des problèmes importants de liquidités depuis des années durant lesquelles rien n'avait été fait pour diminuer son dommage. EN DROIT Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, 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). Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 26 septembre 2010). La compétence de la Cour de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA; 830.1) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-vieillesse, notamment en ce qui concerne l'art. 52 de la loi fédérale du 20

décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS). Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'art. 52 LAVS et les art. 81 et 82 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) ont été abrogés. La procédure applicable auparavant (décision administrative suivie, en cas d'opposition, d'une action de la caisse en réparation du dommage [ancien art. 81 RAVS]) a été modifiée (décision puis décision sur opposition de la caisse de compensation, suivies d'un recours de droit administratif [art. 52 al. 2 LAVS, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2003, et 56 LPGA]). En l'occurrence, c'est la nouvelle procédure qui s'applique, dès lors que la LPGA était en vigueur au moment où la caisse a rendu sa décision en réparation du dommage (cf. ATF 130 V 1). Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2 et références). Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (cf. art. 56ss LPGA). Le litige porte sur la responsabilité des recourants, en leur qualité d'administrateurs et d'anciens organes de la société, du dommage subi par l'intimée suite au non-paiement des cotisations AVS/AI/APG/AC, contributions aux allocations familiales et cotisations à l'assurance-maternité représentant un montant de 223'365 fr. 85 fr. Se pose préalablement la question de savoir si, comme le soutiennent les recourants, la décision sur opposition est entachée de nullité. Les recourants reprochent à l'intimée d'être finalement entrée en matière sur leur opposition dont ils allèguent à présent qu'elle aurait souffert d'un défaut de motivation. L'art. 10 al. 1 de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales (OPGA ; RS 831.11) prévoit que l'opposition doit contenir des conclusions et être motivée. Force est de constater qu'en l'occurrence, le conseil des administrateurs, dans son courrier du 7 mars 2008 déclarait clairement la volonté de ses mandants de s'opposer aux décisions rendues à leur rencontre. Certes, cette opposition est très succincte mais il en ressort toutefois clairement un désaccord sur la question de la négligence grave imputée aux intéressés, lesquels se sont au surplus vu accorder un délai pour compléter leur opposition, qu'ils ont choisi de ne pas mettre à profit. L'argument selon lequel la décision sur opposition serait entachée de nullité au simple motif que, par surabondance, la caisse est malgré tout entrée en matière apparaît donc à la limite de la témérité et doit être rejeté. Selon 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. D'après l'ancien art. 82 al. 1 RAVS, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, le droit de demander la réparation du dommage se prescrit lorsque la caisse de compensation ne le fait pas valoir par une décision de réparation dans l'année après qu'elle a eu connaissance du dommage, et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du fait dommageable. En tant qu'il s'agit de délais de péremption, la caisse de compensation est déchu du droit d'exiger la réparation du dommage si elle n'a pas agi dans les délais requis (cf. ATF 128 V 12 consid. 5a, 17 consid. 2a, 126 V 451 consid. 2a, 121 III 388 consid. 3b et les références; cf. également Andrea BRACONI, Prescription et péremption dans l'assurance sociale, in : Droit privé et assurances sociales, Fribourg 1990, p. 223 et 227 ss). En revanche, si elle a rendu une décision de réparation du dommage dans ces délais et, en cas d'opposition, ouvert une action dans les 30 jours à compter du moment où elle a eu connaissance de l'opposition (ancien art. 81 al. 3 RAVS), ses droits sont sauvegardés pour toute la durée de la procédure, jusqu'à ce que la décision entre en force ou qu'un jugement définitif soit rendu (cf. consid. 5.1.1 de l'arrêt F. du 30 novembre 2004, H

96/03, publié in SVR 2005 AHV n° 15 p. 49; RCC 1991 p. 136 consid. 2c; arrêt non publié B. du 8 janvier 1990 [H 102/88] consid. 2c). Avec l'entrée en vigueur de la LPGA, au 1er janvier 2003, l'art. 82 RAVS a été abrogé. Depuis lors, le nouvel art. 52 LAVS (introduit par le ch. 7 de l'annexe à la LPGA) prévoit en son al. 3 que 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 et l'employeur peut renoncer à s'en prévaloir. 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). Par "moment de la connaissance du dommage", il faut entendre, en règle générale, le moment où la caisse aurait dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances ne lui permettaient plus de recouvrer les cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (VSI 2001 consid. 3a p. 195; VSI 2001 consid. 2a p. 98; VSI 1996 consid. 3b p. 172; VSI 1995 consid. 2 p. 169s; ATF 119 V 92 consid. 3 = VSI 1993 p. 110; ATF 118 V 195 consid. 3a et réf. cit. = VSI 1993 p. 83; VSI 1993 consid. 3a p. 84; RCC 1992 consid. 5b p. 265; ATF 116 V 75 consid. 3b = RCC 1990 p. 415; ATF 113 V 181 consid. 2 = RCC 1987 p. 607; ATF 112 V 8 consid. 4d = RCC 1986 p. 493; ATF 112 V 158 = RCC 1987 p. 217). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a "rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer" (cf. FRITSCHE, "Schuldbetreibung und Konkurs" II, 2ème éd., p. 112), d'où la perte de la caisse. Dans le cas d'une faillite ou d'un concordat par abandon d'actifs, le moment de la connaissance du dommage ne coïncide pas forcément avec celui où la caisse peut consulter le tableau de distribution et le compte final du liquidateur ou reçoit un acte de défaut de biens; la jurisprudence considère en effet que le créancier qui entend demander la réparation d'une perte qu'il subit dans une faillite ou un concordat par abandon d'actifs connaît suffisamment son préjudice, en règle ordinaire, lorsqu'il est informé de sa collocation dans la liquidation, c'est-à-dire lorsque l'état de collocation (et l'inventaire) ont été déposés et peuvent être consultés; il connaît ou peut connaître à ce moment-là le montant de l'inventaire, sa propre collocation dans la liquidation, ainsi que le dividende prévisible (VSI 2002 p. 145 consid. 2a; ATF 126 V 444 consid. 3a = VSI 2001 p. 195; ATF 121 V 236 = VSI 1996 p. 173; VSI 1995 consid. 2 p. 170; ATF 119 V 92 consid. 3 = VSI 1993 consid. 3 p. 112; ATF 118 V 96 consid. 3a et réf. citées = VSI 1993 p. 84s. consid. 3a; RCC 1992 consid. 5b p. 265; ATF 116 II 161 consid. 4a; RCC 1991 consid. 6a p. 384; ATF 116 V 75 consid. 3b = RCC 1990 consid. 3b p. 417; ATF 114 V 82 consid. 3b = RCC 1989 consid. 3b p. 221; ATF 113 V 182 consid. 2 = RCC 1987 p. 217; ATF 112 V 9 consid. 4d = RCC 1986 p. 493; ATF 112 V 161 = RCC 1987 p. 217; ATF 112 V 161 = RCC 1987 p. 260; ATF 112 V 9 consid. 4d = RCC 1986 p. 495). En l'espèce, l'état de collocation a été déposé le 28 janvier 2009. Précédemment alertée par les actes de défaut de bien reçus en février 2007, l'intimée avait déjà notifié aux intéressés des décisions en réparation du dommage le 4 février 2008. La caisse de compensation a ainsi respecté le délai de prescription de deux ans instauré par le nouvel art. 52 al. 3 LAVS et a donc agi en temps utile. Il est vrai que plus de deux ans se sont ensuite écoulés jusqu'à la décision sur opposition, rendue le 1er mars 2010. Ainsi que cela a déjà été dit plus haut, les délais de l'art. 52 al. 3 et 4 LAVS sont des délais de prescription qui peuvent être interrompus (ATF 135 V 74 consid. 4.1 et ATF 131 V 425 consid. 3.1 avec références). A cet égard, selon jurisprudence, il y a lieu d'appliquer les mêmes règles qu'en cas de responsabilité pour acte illicite (60 CO), soit les art. 135ss CO (ATF 135 V 74 consid. 4.2.1), étant précisé toutefois, qu'à la différence du droit privé -

dans lequel la prescription ne peut être interrompue que par les actes énumérés à l'art. 135 al. 1 et 2 CO -, en droit public, tous les actes permettant de faire valoir de façon appropriée la créance en réparation du dommage vis-à-vis du débiteur ont un effet interruptif de prescription (ATF 133 V 579 consid. 4.3.1). Le dépôt d'une opposition fait également courir un nouveau délai (cf. ATF 9C\_473/2008 consid. 4.2.2.). En l'occurrence, le délai de prescription a donc été interrompu une seconde fois par l'opposition du 7 mars 2008, de sorte que la décision sur opposition intervenue le 1er mars 2010 a été rendue à temps, contrairement à ce que soutiennent les recourants. La prescription invoquée par les recourants l'est donc à tort. Selon l'art. 52 LAVS, tel qu'en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, 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'organe 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). Ainsi que cela a déjà été dit plus haut, ces principes demeurent applicables en l'espèce, dès lors que selon la jurisprudence, en cas de changement de règles de droit et en l'absence de réglementation transitoire, le droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits est pertinent (ATF 127 V 467 consid. 1). Au demeurant, l'art. 52 al. 1 LAVS en vigueur depuis le 1er janvier 2003 reprend l'ancien art. 52 LAVS quasiment sans modification. Les termes «caisse de compensation» sont remplacés par «assurance» (en allemand : remplacement de «Ausgleichskasse» par «Versicherung»; en italien : suppression de «cassa di compensazione»), sans que cela n'entraîne un changement quant aux conditions de la responsabilité de l'employeur (cf. ATF 129 V 13 sv. consid. 3.5). Les prescriptions que doit respecter l'employeur sont tout d'abord celles de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants et de ses dispositions d'exécution, notamment celles concernant l'obligation de déduire, à chaque paiement de salaire, la cotisation du salarié, puis de la verser à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation, ainsi que l'obligation de remettre périodiquement à la caisse les pièces comptables concernant les salaires versés aux employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions (RCC 1985 p. 607 consid. 5; RCC 1985 p. 646 consid. 3a). L'obligation de percevoir les cotisations et de régler les comptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. Celui qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (VSI 1993 p. 83 ss consid. 2a; ATF 111 V 173 consid. 2 = RCC 1985 p. 649; ATF 108 V 186 consid. 1a; ATF 108 V 192 consid. 2a = RCC 1983 p. 100; RCC 1985 p. 646 consid. 3a). En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse en raison de la faillite de la société, ce qui représente un montant de 223'365 fr. 85, non contesté par les recourants. Lorsque l'employeur est une personne morale, ses organes répondent solidairement, à titre subsidiaire, du dommage causé par celui-ci. En cas d'insolvabilité de l'employeur, ils peuvent donc être directement poursuivis (ch. 7004 des directives de l'Office fédéral des assurances sociales [OFAS] sur la perception des cotisations [DP]; ATF 114 V 79 consid. 3; ATF 113 V 256 consid. 3c; RCC 1988 p. 136 consid. 3c). Pour juger si une personne peut être rendue responsable en tant qu'organe d'une personne morale, il ne suffit pas d'appliquer des critères formels (droit de signer ou inscription au Registre du commerce). Il y a également lieu d'examiner si la personne en question a pris des décisions qui relevaient des organes ou si elle a assumé la gestion proprement dite, influençant ainsi d'une manière déterminante la formation de la volonté au sein de la société. Dans le cas des sociétés

anonymes, le TFA s'est toujours référé à l'art. 754 al. 1 du Code des obligations (CO; RS 220), en corrélation avec l'art. 759 al. 1 CO. Conformément à ces dispositions, 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. 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'article 756 CO non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels (organes formels), 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 (organes de fait; cf. notamment RCC 1988 p. 632 consid. 3). Il se justifie d'appliquer les mêmes principes dans le cadre de l'article 52 LAVS car la responsabilité subsidiaire des organes d'une personne morale, dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants, découle indirectement des articles 55 alinéa 3 du code civil (CC; RS 210) et 754 CO, considérés comme l'expression de règles générales (ATF 96 V 125 = RCC 1971 p. 478). Au demeurant, les motifs qui sont à la base d'une extension de la notion d'organe en droit civil et qui procèdent de la volonté d'accorder une protection efficace aux créanciers sociaux sont tout aussi valables s'agissant de la responsabilité de droit public instituée par l'article 52 LAVS. Enfin, sous l'angle du principe de l'égalité de traitement entre les justiciables, il serait inéquitable, le cas échéant, de ne rechercher que les personnes inscrites au RC, lesquelles, précisément, n'avaient peut-être aucun pouvoir réel de décision (RCC 1988 p. 633 consid. 3). En l'espèce, il ressort de l'extrait du RC que les recourants ont tous deux été successivement administrateurs avec signature individuelle de la société. Il est ainsi indéniable qu'ils avaient tous deux la qualité d'organe de la société faillie. A cet égard, l'argument selon lequel Monsieur HB \_\_\_\_\_ ne se serait en réalité jamais occupé de l'administration dans les faits n'est pas pertinent. On rappellera en effet que selon l'art. 722 al. 3 ch. 3 CO, l'administration d'une SA est tenue de surveiller les personnes chargées de la gestion et de se faire renseigner régulièrement sur la marche des affaires. Elle doit appliquer à sa tâche "toute la diligence nécessaire" et conformément aux circonstances requises par la situation propre. Le seul fait de méconnaître ses devoirs de membre d'un conseil d'administration représente une grave violation du devoir de diligence (RCC 1992 consid. 7b p. 268s). En l'espèce, si Monsieur HB \_\_\_\_\_ s'est en effet contenté de suppléer à l'absence de son père, il a à l'évidence violé ses devoirs en conservant un mandat qu'il n'assumait pas dans les faits. En réalité, sa situation était comparable à celle d'un homme de paille et c'est précisément en cela que réside sa faute car celui qui se déclare prêt à assumer ou conserver un mandat d'administrateur, tout en sachant qu'il ne pourra pas le remplir consciencieusement, viole son obligation de diligence (ATFA H 244/99 du 18 février 2000 consid. 2b ; ATF 122 III 200 consid. 3b). En n'exerçant aucune surveillance, l'administrateur a donc commis une négligence qui doit, sous l'angle de l'art. 52 LAVS, être qualifiée de grave (ATF 112 V 3 consid. 2b). Reste à examiner si Monsieur HA \_\_\_\_\_ s'est également rendu coupable d'une violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions régissant l'AVS. En effet, l'obligation de réparer le dommage n'existe, dans le cas concret, que s'il n'y a pas de circonstances faisant apparaître comme justifié le comportement de l'employeur ou excluant qu'il ait commis une faute intentionnellement ou par négligence. Il est donc concevable qu'un employeur causant un dommage à une caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions de l'AVS mais ne soit néanmoins pas tenu de la réparer,

si des circonstances spéciales permettent de conclure que la non observation desdites prescriptions était permise ou ne représentait pas une faute (RCC 1985 p. 603 consid. 2 et réf. citées). De jurisprudence constante, 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. La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé (RCC 1988 p. 634 consid. 5a; ATF 112 V 159 consid. 4 = RCC 1987 p. 217; RCC 1985 p. 51 consid. 2a; ATF 108 V 202 consid. 3a = RCC 1983 p. 106; RCC 1983 p. 377 ss). Lorsqu'il s'agit d'une SA, on peut, par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qui doit être apportée au respect des prescriptions. Une différenciation analogue s'impose lorsqu'il faut déterminer la part des responsabilités des organes d'un employeur. La jurisprudence admet que l'on puisse envisager qu'un employeur cause un dommage à la caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions en matière d'AVS, sans que cela entraîne pour autant une obligation de réparer le préjudice. Tel est le cas lorsque l'inobservation des prescriptions apparaît, au vu des circonstances, comme légitime et non fautive (ATF 108 V 186 consid. 1b, 193 consid. 2b; RCC 1985 p. 603 consid. 2, 647 consid. 3a). Ainsi, il peut arriver qu'en retardant le paiement de cotisations, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie, par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie. 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 (ATFA 277/01 du 29 août 2002 consid. 2; ATF 108 V 188 ; RCC 1992 p. 261 consid. 4b). En réalité, la jurisprudence n'admet que de manière très exceptionnelle qu'un employeur puisse décider de retarder le paiement des cotisations afin de maintenir son entreprise en vie lors d'une passe délicate dans la trésorerie (ATFA 154/00 du 22 août 2000 consid. 2c). De fait, ce n'est que si l'employeur dispose, au moment où il prend sa décision, de raisons sérieuses et objectives de penser que sa société pourra s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable, que son comportement n'est pas fautif (ATF 108 V 188 ; RCC 1992 p. 261 consid. 4b). En l'espèce, ainsi que cela a été relevé plus haut, la société a accusé un retard dans le paiement des cotisations depuis 1996 déjà, à tel point que, depuis 1998, la caisse a régulièrement dû entamer des poursuites. Quelles que soient les origines des difficultés rencontrées par le principal client de la société, force est donc de constater qu'elles ne justifient pas que le fait que, des années durant, la société ait délibérément privilégié ses autres créanciers au détriment de la caisse de compensation. Dans de telles circonstances, on ne saurait admettre que les recourants avaient des raisons sérieuses et objectives de penser que le retard dans le règlement des cotisations aux assurances sociales n'était que passager, au sens de la jurisprudence (a contrario, voir aussi ATF 121 V 243 ). Ils n'étaient donc pas autorisés, aux conditions posées par la jurisprudence, à différer le paiement des cotisations retenues sur les salaires payés, sous peine de commettre une négligence grave sanctionnée par l'art. 52 LAVS (ATFA 277/01 du 29 août 2002 consid. 3) d'autant qu'alors qu'ils laissaient en souffrance les créances de la caisse de compensation, ils s'acquittaient d'autres dettes plus pressantes, faisant ainsi bénéficier son entreprise d'un financement illicite par les deniers publics (ATFA 134/02 du 30 janvier 2003 consid. 3.1; cf. ATF 108 V 196 consid. 4). Eu égard aux considérations qui précèdent, les recourants ne sauraient être exonérés de leur responsabilité d'organe envers la caisse de compensation.

Cette conclusion s'applique tant pour les cotisations AVS dues que pour les contributions aux allocations familiales. En effet, aux termes de l'art. 30 al. 3 de la loi cantonale genevoise sur les allocations familiales (LAF; J 5 10), la responsabilité de l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, viole des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse d'allocations familiales est tenu de le réparer. Cette disposition prévoit l'application par analogie de l'art. 52 LAVS qui règle la responsabilité des employeurs pour les dommages causés aux caisses de compensation. La responsabilité des organes de la société en ce qui concerne les contributions d'allocations familiales doit donc suivre le même sort qu'en matière de cotisations paritaires AVS-AI-APG-AC. Monsieur HB\_\_\_\_\_ fait encore valoir qu'il n'a pas à répondre des cotisations venues à échéance avant son entrée en fonction. Selon la jurisprudence rappelée par l'intimée, lorsqu'il prend en charge son mandat, le membre d'un conseil d'administration assume la responsabilité aussi bien des charges d'assurances sociales en cours que de celles qui sont restées impayées par l'entreprise et qui portent sur des années antérieures. Il est ainsi de son devoir de veiller à ce que soient payées non seulement les cotisations en cours mais également les cotisations échues dues depuis des années. Le Tribunal fédéral des assurances a jugé qu'il n'y avait pas de raison de faire la différence entre ces deux sortes d'obligations 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 dues pour la période d'activité du conseil d'administration et celles dues pour la période antérieure (RCC 1992 consid. 7b p. 269). 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. 4c), ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En effet, il ressort des bilans versés à la procédure qu'en décembre 2005, soit quelques mois après le début du mandat d'administrateur de l'intéressé en octobre 2005, la société disposait de liquidités à hauteur de 154'023 fr. 41. En conséquence, c'est à tort que le recourant soutient qu'il ne peut se voir imputer la responsabilité des cotisations dues pour la période précédant son entrée en fonction. Par ailleurs, Monsieur HA\_\_\_\_\_ a invoqué en audience une possible responsabilité de la part de l'OP, auquel il reproche implicitement d'avoir contribué à aggraver – voire à causer – le dommage en ne liquidant pas la société Y\_\_\_\_\_ SA aux meilleures conditions. Selon lui, l'office aurait "bradé" les actifs de la principale cliente de la société. A cet égard, le Tribunal estime que des investigations supplémentaires ne sont pas de son ressort. En effet, même si les accusations lancées s'avéraient fondées, les recourants ne s'en trouveraient pas libérés pour autant au sens de l'art. 52 LAVS. En effet, ainsi que cela a été démontré plus haut, leur négligence est sans aucun doute en relation de causalité avec le dommage. La question de savoir, s'il eût été possible de diminuer le montant de celui-ci par la suite en réalisant de manière optimale les actifs de la masse de la société qui était principale cliente de la société faillie n'a pas à être élucidée ici. Il n'appartient en effet pas à la Cour de céans de juger de la conformité de la procédure de liquidation. Selon la jurisprudence applicable en matière de responsabilité selon 52 LAVS, l'obligation de réparer le dommage ne peut en effet être réduite que dans la mesure où il existe un rapport de causalité adéquate entre une violation grave de ses devoirs par la caisse et la création ou l'aggravation du dommage (VSI 1996 p. 314 consid. 3c). Au surplus, le droit fédéral exclut la possibilité pour l'employeur de faire valoir, dans le cadre d'une procédure en réparation du dommage et au moyen d'une dénonciation du litige, une prétention récursoire contre un tiers responsable. Il appartient aux recourants, de se retourner, cas échéant, contre l'Office des faillites s'ils estiment que la responsabilité de ce

dernier est engagée. Eu égard aux considérations qui précèdent, c'est à juste titre que l'intimée a considéré que la responsabilité des administrateurs était engagée. Les recours sont rejetés. **PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :** Statuant A la forme : Déclare le recours recevable. Au fond : Le rejette. Dit que la procédure est gratuite. 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 Marie-Catherine SECHAUD La présidente Karine STECK Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le

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