

## GE\_GERICHTE A/2747/2013 vom 8. April 2014

GE Cour de justice, 2014-04-08, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_2747\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2747_2013)

FR: GE\_GERICHTE A/2747/2013 du 8 avril 2014

IT: GE\_GERICHTE A/2747/2013 del 8 aprile 2014

### Erwägungen

#### E. 2

ème Chambre En la cause Monsieur C \_\_\_\_\_, domicilié à GENOLIER recourant contre CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS FER CIAM 106.1, sise rue Saint-Jean 98, GENEVE intimée EN FAIT 1. La société X \_\_\_\_\_ recouvrement Sàrl (ci-après la société) a commencé ses activités en 2008. Elle était active dans le recouvrement de créances. Elle a été formellement créée et inscrite au registre du commerce (RC) le 25 mars 2009. 2. Selon l'extrait du RC, D \_\_\_\_\_ et E \_\_\_\_\_ étaient associés, sans signatures, dès le 25 mars 2009, Monsieur E \_\_\_\_\_ ayant été radié le 18 décembre 2009, DA \_\_\_\_\_ lui succédant depuis lors en qualité d'associée sans signature. F \_\_\_\_\_ a été gérant, avec signature individuelle, du 25 mars 2009 au 17 février 2010. C \_\_\_\_\_ lui a succédé en cette qualité et a été gérant, avec signature individuelle, du 17 février 2010 au 27 octobre 2010. 3. La société a été affiliée à la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS FER CIAM 106.1 (ci-après la caisse ou l'intimée). Selon les attestations de salaires, elle avait seize employés entre septembre et décembre 2008 (masse salariale de 104'441 fr.), treize employés en 2009, certains durant quelques mois seulement, (masse salariale de 286'741 fr.) et trois employés en 2010, les deux derniers ayant cessé leur activité en juin 2010 (masse salariale de 45'325 fr.). 4. Le décompte des salaires 2008 ayant été adressé à la caisse le 24 septembre 2009, le décompte final des cotisations dues pour l'année 2008 a été adressé à la société le 25 septembre 2009 (14'350 fr. 35). Le 20 novembre 2009, un décompte complémentaire pour l'année 2009 de 26'416 fr. 10 était adressé à la société. Puis les cotisations courantes à partir du mois de novembre 2009 lui ont régulièrement été réclamées. 5. Un premier arrangement de paiement a été convenu le 11 août 2009, à raison de 2'200 fr. par mois pour amortir les cotisations dues pour 2009. La société a versé deux mensualités de 2'200 fr. L'arrangement a été annulé et remplacé par un nouvel arrangement du 6 octobre 2009 prévoyant le paiement du décompte final 2008, du décompte complémentaire 2009 ainsi que des intérêts moratoires et rémunérateurs, soit 36'769 fr. 05 à raison de 2'200 fr. par mois dès le 31 octobre 2009. 6. Malgré un rappel des échéances du sursis au paiement convenu le 6 octobre 2009, adressé à la société le 21 janvier 2010, la société n'a versé que deux mensualités et l'arrangement a été annulé le 24 février 2010. La société a adressé une menace de dénonciation pénale à la société le 3 mars 2010 puis le 14 avril 2010 à Messieurs C \_\_\_\_\_, F \_\_\_\_\_, D \_\_\_\_\_, E \_\_\_\_\_ et Mme DA \_\_\_\_\_ 7. La société a cessé toute activité fin juin 2010. Au 13 août 2010, l'arriéré de cotisations dû à la caisse s'élevait à 42'414 fr. 40, dont une part pénale de 15'587 fr. 70. 8. Les époux D \_\_\_\_\_ n'ont plus été atteignables à leur domicile en France, à Sciez, courant 2010. Lors d'une entrevue avec la caisse, le 17 septembre 2010, D \_\_\_\_\_ s'est engagé à régler la part pénale, à raison de 5'000 € de

suite, le solde dans un délai à négocier. Les époux ont communiqué leur adresse chez le père de D \_\_\_\_\_, à Saint-Jean de Sixt, en France.![endif]>![if> 9. Le 16 septembre 2010, Monsieur D \_\_\_\_\_ a fait verser sur son compte auprès de la BCG, 41'819 fr. par prélèvement du compte de la société.![endif]>![if> 10. Le 4 octobre 2010, la caisse a informé E \_\_\_\_\_ qu'elle ne le tenait pas pour responsable du non-paiement des cotisations portant sur les périodes du complément de l'année 2008, novembre et décembre 2008 et du complément de l'année 2009, dès lors que les pièces produites démontraient son retrait de la société dès le courant du mois d'avril 2009.![endif]>![if> 11. La caisse a entrepris des poursuites contre la société le 14 mai 2010, en recouvrement des cotisations de novembre 2009 et du décompte complémentaire de cotisations 2009, soit deux poursuites notifiées le 27 mai 2010 à M. C \_\_\_\_\_. Le 6 août 2010, la Caisse a fait notifier un commandement de payer pour les cotisations de décembre 2009 ; janvier, février et mars 2010 ; ainsi que le décompte 2008, poursuites auxquelles M. C \_\_\_\_\_ a fait opposition. Il en a été de même de la poursuite requise en septembre 2010 pour les cotisations d'avril 2010.![endif]>![if> 12. Par décisions du 2 février 2011, la société a réclamé à C \_\_\_\_\_, D \_\_\_\_\_ et DA \_\_\_\_\_, la réparation du dommage causé par la société à la caisse par le non-paiement des cotisations paritaires, soit le complément 2008, les cotisations de novembre et décembre 2009, le complément 2009 et les cotisations de janvier à avril 2010, pour une somme totale de 46'321 fr. alors que M. F \_\_\_\_\_ était recherché pour 41'185 fr., les cotisations étant limitées à janvier 2010.![endif]>![if> 13. C \_\_\_\_\_ a formé opposition le 4 mars 2011 et F \_\_\_\_\_ a formé opposition le 7 mars 2011.![endif]>![if> 14. Malgré les recherches d'adresses effectuées par la caisse auprès du département fédéral des affaires étrangères concernant D \_\_\_\_\_ et DA \_\_\_\_\_, les plis recommandés de la caisse lui ont été retournés avec la mention « destinataire inconnu à cette adresse ».![endif]>![if> 15. Un avis préalable d'ouverture de faillite a été publié dans la FAO le 22 février 2013 et la caisse a produit sa créance provisoire de 49'650 fr. le 20 mars 2013. La liquidation de la faillite a été suspendue faute d'actifs le 21 mars 2013.![endif]>![if> 16. Par décision sur opposition du 27 juin 2013, la caisse a rejeté l'opposition de C \_\_\_\_\_. Il était admis que les époux D \_\_\_\_\_ avaient été organes et responsables du dommage causé, mais malgré les tentatives de la caisse, il avait été impossible de leur notifier la décision de réparation du dommage. C \_\_\_\_\_ pouvait être actionné également pour la période précédant sa nomination. Au surplus, il était resté plus de sept mois gérant de la société, alors qu'il affirmait avoir été rapidement conscient de la gestion désastreuse appliquée par les acteurs responsables de cette dernière. En tant qu'organe de la société, il avait agi par négligence grave, tout en étant pleinement conscient des obligations de la société.![endif]>![if> 17. Par décision sur opposition du 27 juin 2013, la caisse a rejeté l'opposition de F \_\_\_\_\_, ce dernier avait été gérant avec signature individuelle dès la création de la société jusqu'au 23 février 2010 et le fait qu'il n'ait pas eu la signature bancaire n'était pas déterminant. Les pièces du dossier démontraient qu'il avait connaissance de la société et, même s'il prétend avoir été dans l'ignorance de l'aspect des cotisations AVS, il aurait dû en tous les cas se renseigner auprès des époux D \_\_\_\_\_ ou de la caisse. Il était ainsi légitime de l'actionner pour toute la durée de son mandat et non pas de faire cesser sa responsabilité deux mois avant sa radiation du registre du commerce. F \_\_\_\_\_ a renoncé à recourir contre la décision sur opposition et a proposé à la caisse, le 30 août 2013, de s'acquitter du montant de 41'185 fr. 95 à raison de 300 fr. par mois. La caisse lui a notifié une décision de sursis au paiement le 10 septembre 2013, par des acomptes de 300fr.![endif]>![if> 18. Par acte du 27 août

2013, C \_\_\_\_\_ (ci-après : le recourant) a formé un recours contre la décision sur opposition, estimant cette décision disproportionnée. Il a été nommé gérant le 23 février 2010 et n'a été responsable que durant 22 jours d'activités, soit jusqu'au 15 mars 2010. Pour cette période, les cotisations se sont montées à 4'629 fr.40 seulement.!

19. La caisse a répondu le 24 septembre 2013. Le fait que F \_\_\_\_\_ se soit engagé à payer sa dette ne relevait pas le recourant de sa responsabilité conjointe et solidaire. Aucun arrangement n'avait pu être pris avec les époux D \_\_\_\_\_ dont on ignorait l'adresse. Même si la période pendant laquelle le recourant avait été organe avait été relativement courte en comparaison de celle de l'autre gérant, il n'en restait pas moins qu'il avait été gérant avec signature individuelle et qu'à ce titre, sa responsabilité portait également sur le passé. !

20. Lors de l'audience du 19 novembre 2013, le recourant a été entendu. Mi-2009, il avait pris sa retraite en tant que directeur financier d'une société, avait réactivé la fiduciaire et recherchait donc des mandats. C'est ainsi qu'il a connu M. D \_\_\_\_\_, de la société X \_\_\_\_\_, qui lui a demandé de devenir administrateur en février 2010, car il rencontrait des difficultés avec M. F \_\_\_\_\_. Il a accepté en connaissance de cause de la situation de la société, qui venait de prendre un arrangement de payer plus de 37'000 fr. d'arriérés de cotisations. Il pensait pouvoir diriger la société, plus que M. D \_\_\_\_\_, ou en tout cas avec lui. Il y avait alors encore deux ou trois employés et la société a cessé toute activité le 15 mars 2010. Les salariés ont perçu leur salaire jusqu'à la fin de l'activité. S'il a démissionné seulement le 27 octobre 2010, c'est qu'il a d'abord laissé aller le dossier puis essayé de retrouver M. D \_\_\_\_\_, dont il avait toutefois appris le départ fin mars 2010. C'est ensuite que son avocat lui a conseillé de démissionner. Il était alors en train d'établir la comptabilité depuis 2008 qui n'avait jamais été faite. Il disposait de la signature sur le compte de la société et l'ancien administrateur, qui avait également la signature individuelle, avait commis l'erreur de donner une procuration à M. D \_\_\_\_\_ sur le compte en banque de la société, ce qui lui a permis de vider ce compte. Il n'a pas agi contre le CREDIT SUISSE, malgré le fait que la procuration n'était plus valable. Il ne se souvient pas précisément du montant des créances en souffrance, la faillite ayant été prononcée en 2013, mais elles étaient de l'ordre d'une vingtaine de milliers de francs. Il ne s'est plus occupé de la société dès fin mars 2010 et n'est pas parvenu à terminer la comptabilité, les comptes n'ont d'ailleurs jamais été approuvés et il n'a pas obtenu toutes les pièces de M. F \_\_\_\_\_, qui, lui-même, ne les avait jamais obtenues de M. D \_\_\_\_\_. Lorsqu'il est devenu administrateur, la société faisait déjà des pertes. A son avis, elle était déjà en faillite, mais il admet que la somme de CHF 41'819.- que M. D \_\_\_\_\_ a soustraite à la société aurait permis de payer une bonne partie des cotisations AVS en souffrance. !

Il avait convenu d'une rémunération avec la société pour son activité d'administrateur, sauf erreur de CHF 500.- par mois, mais il n'a jamais été payé. Lorsqu'il est devenu administrateur, il a examiné quelques pièces comptables dont la dette à la caisse AVS, et à l'époque, le chiffre d'affaires n'était pas suffisant pour couvrir les charges, et il s'agissait de développer l'activité. M. D \_\_\_\_\_ avait déjà décidé de licencier du personnel et de travailler un peu plus lui-même. Un des arrangements conclus avec la caisse avait été en partie respecté. C'est le premier et le dernier mandat d'administrateur qu'il a accepté, et, désormais il s'occupe uniquement de la comptabilité de sociétés et de particuliers, dans le cadre de sa fiduciaire qui est modeste. La représentante de la caisse a précisé que la société a été affiliée à l'AVS alors qu'elle était déjà active depuis un an, avec dix employés, de sorte qu'elle a immédiatement reçu une facture importante de cotisations pour l'année 2008 et qu'elle a immédiatement eu des

difficultés à payer les cotisations arriérées. Les cotisations courantes n'étant pas non plus régulièrement payées. Le dernier arrangement a été annulé le 24 février 2010, ce qui coïncide avec l'arrivée du recourant. Tous les autres arrangements avaient également dû être annulés et remplacés. La caisse n'a pas agi en séquestre en janvier 2011 car les conditions légales n'étaient pas réunies, car M. D\_\_\_\_\_ n'était qu'administrateur de fait, de sorte que la créance n'était pas rendue vraisemblable (pièce 57 caisse). Les seules pièces comptables que la caisse a obtenues sont celles annexées à la pièce 51, c'est-à-dire un bilan comptable consolidé avec celui de la société française. Le recourant a répondu que ce bilan n'était pas fiable, car on ne peut pas fusionner la comptabilité de deux sociétés dont l'une n'est pas la filiale de l'autre. 21. A l'issue de l'audience, un délai a été fixé au recourant pour produire les pièces comptables de la société pour les années 2008 à 2010 et à l'intimée pour produire les poursuites contre la société et les éventuels arrangements de paiement non produits. 22. Le 10 décembre 2013, la Caisse a produit l'ensemble des poursuites qu'elle a notifiées ou tenter de notifier à la société, respectivement au recourant, lorsque les poursuites adressées à la société n'ont plus abouti. En particulier, le 27 mai 2010, une poursuite portant sur le décompte complémentaire 2008 et les cotisations de novembre 2009, a été notifiée au recourant et a abouti à un acte de défaut de biens. D'autres poursuites ont été adressées en juillet 2010 et septembre 2010 au recourant, qui a formé opposition. La Caisse n'avait pas pu obtenir la mainlevée de l'opposition, en raison du fait que la société, à défaut de domicile, ne pouvait pas être valablement convoquée. En l'absence de notification, la Caisse avait rapidement adressé sa décision de réparation du dommage en janvier 2011. Le dommage était alors connu. Des actes de défaut de biens ont d'ailleurs été notifiés en juillet 2011. Tous les arrangements de paiement avaient déjà été produits. 23. Après un rappel au recourant, ce dernier a indiqué que, contrairement à ce qu'il pensait, il n'avait retrouvé aucune comptabilité concernant la société, laquelle avait été emmenée par M. D\_\_\_\_\_, lors de son déménagement « à la cloche de bois ». 24. Un délai a été fixé au 27 janvier 2014 aux deux parties pour conclure si elles le souhaitaient, ce qu'elles n'ont pas fait, de sorte que la cause a été gardée à juger. EN DROIT 1.

Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur dès le 1<sup>er</sup> 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. b) Selon l'art. 52 al. 5 LAVS, en dérogation à l'art. 58 al. 1 LPGA, le tribunal des assurances du canton dans lequel l'employeur est domicilié est compétent pour traiter le recours. Cette disposition est également applicable lorsque la caisse recherche un organe de l'employeur en réparation du dommage, et ce quel que soit le domicile dudit organe (ATFA non publié H 184/06 du 25 avril 2007, consid. 2.3). c) La société étant domiciliée dans le canton de Genève de sa création jusqu'au moment de la faillite, la Cour de céans est compétente ratione materiae et loci pour juger du cas d'espèce. 2. La LPGA est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'art. 52 LAVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur y est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les art. 81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS; RS 831.101) ont été abrogés. Il faut

toutefois préciser que l'art. 52 al. 1 LAVS n'a fait que reprendre textuellement le principe de la responsabilité de l'employeur figurant à l'art. 52 aLAVS. Les principes dégagés par la jurisprudence sur les conditions de droit matériel de la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 aLAVS (dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2002) restent par ailleurs valables sous l'empire des modifications introduites par la LPGA (ATF 129 V 11 consid. 3.5 et 3.6). Au surplus, dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012, l'art. 52 al. 2 LAVS dispose que si l'employeur est une personne morale, les membres de l'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à titre subsidiaire du dommage. Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles répondent solidairement de la totalité du dommage. 3. Interjeté dans les formes et délai prévus par la loi, le(s) recours(s) est(sont) recevable(s) (art. 38 et 56 à 61 LPGA). 4. Le litige porte sur la responsabilité du recourant dans le préjudice causé à l'intimée, par le défaut de paiement des cotisations sociales (AVS-AI-APG et AC ainsi qu'AMat et AF) de novembre 2009 à mars 2010, ainsi que le complément 2008. 5. a) L'art. 14 al. 1<sup>er</sup> LAVS en corrélation avec les art. 34 et suivants du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS; RS 831.101), 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. L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 193 consid. 2a). b) A teneur de l'art. 52 LAVS, 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). Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2012, l'al. 2 a codifié la jurisprudence du Tribunal fédéral et indique que si l'employeur est une personne morale, les membres de l'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à titre subsidiaire du dommage. Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles répondent solidairement de la totalité du dommage. Le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus. L'employeur peut renoncer à invoquer la prescription. Si le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est applicable (al. 3). 6. A titre liminaire, il convient d'examiner si la prétention de la caisse est prescrite. a) Les délais prévus par l'art. 52 al. 3 LAVS doivent être qualifiés de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (SVR 2005 AHV n° 15 p. 49 consid. 5.1.2 ; FF 1994 V 964 , FF 1999 p. 4422). Alors que le délai de prescription de deux ans commence à courir dès la connaissance du dommage, celui de cinq ans débute, en revanche, dès la survenance du dommage (ATF 129 V 193 consid. 2.2). 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). b) 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). Les éventuelles amendes prononcées par la caisse de compensation ne font pas partie du dommage et doivent le cas échéant être déduites (ATFA non publié H 142/03 du 19 août 2003, consid. 5.5).

c) 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 193 consid. 2.2; ATF 126 V 443 consid. 3a; ATF 121 III 382 consid. 3bb; ATF 121 III 386 consid. 3a). Ainsi, en matière de cotisations, un dommage se produit au sens de l'art. 52 LAVS lorsque l'employeur ne déclare pas à l'AVS tout ou partie des salaires qu'il verse à ses employés et que, notamment, les cotisations correspondantes se trouvent ultérieurement frappées de péremption selon l'art. 16 al. 1 LAVS. Dans un tel cas, le dommage est réputé survenu au moment de l'avènement de la péremption (ATF 112 V 156 consid. 2; ATFA non publié H 35/06 du 4 octobre 2006, consid. 6). 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 (ATF 129 V 193 consid. 2.2 et ATF 123 V 12 consid. 5c). Un dommage se produit également 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 le jour de la faillite (ATF 129 V 193 consid. 2.2).

d) 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 (ATFA non publié H 18/06 du 8 mai 2006, consid. 4.2), il faut entendre par moment de la «connaissance du dommage», en règle générale, le moment où la caisse de compensation aurait dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances effectives ne permettaient plus d'exiger le paiement des cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (ATF 129 V 193 consid. 2.1). 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 font entièrement défaut (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 (ATFA non publié H 284/02 du 19 février 2003, consid. 7.2). En cas de faillite, le moment de la connaissance du dommage 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).

e) En l'espèce, la décision du 2 février 2011 est intervenue moins d'un an après la cessation des activités de la société et deux ans avant la faillite de février 2013, de sorte que l'action n'est pas prescrite. 7. L'action en réparation du dommage n'étant pas prescrite, il convient à présent d'examiner si les autres conditions de la responsabilité de l'art. 52 LAVS sont réalisées, à savoir si le recourant peut être considéré comme étant « l'employeur » tenu de verser les cotisations à l'intimée, s'il a commis une faute ou une négligence grave et enfin s'il existe un lien de causalité adéquate entre son comportement et le dommage causé à l'intimée. 8. a) S'agissant de la notion d'« employeur », la jurisprudence considère que, si l'employeur est une personne morale, la responsabilité

peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom, notamment quand la personne morale n'existe plus au moment où la responsabilité est engagée (ATF 123 V 12 consid. 5b; ATF 122 V 65 consid. 4a; ATF 119 V 401 consid. 2). Le caractère subsidiaire de la responsabilité des organes d'une personne morale signifie que la caisse de compensation ne peut agir contre ces derniers que si le débiteur des cotisations (la personne morale) est devenu insolvable (ATF 123 V 12 consid. 5b). L'art. 52 LAVS ne permet ainsi pas de déclarer l'organe d'une personne morale directement débiteur de cotisations d'assurances sociales. En revanche, il le rend responsable du dommage qu'il a causé aux différentes assurances sociales fédérales, intentionnellement ou par négligence grave, en ne veillant pas au paiement des cotisations sociales contrairement à ses obligations (ATFA non publié H 96/05 du 5 décembre 2005, consid. 4.1). b) La notion d'organe selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui se dégage de l'art. 754 al. 1 CO. En matière de responsabilité des organes d'une société anonyme, l'art. 52 LAVS vise en première ligne les organes statutaires ou légaux de celle-ci, soit les administrateurs, l'organe de révision ou les liquidateurs (ATF 128 III 29 consid. 3a; ATF 117 II 432 consid. 2b; ATF 117 II 570 consid. 3; ATF 107 II 349 consid. 5a; 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. 403). Mais les critères d'ordre formel ne sont, à eux seuls, pas décisifs et la qualité d'organe s'étend aux personnes qui ont pris des décisions réservées aux organes ou se sont chargées de la gestion proprement dite, participant ainsi de manière déterminante à la formation de la volonté de la société (ATF 119 II 255 consid. 4 ; ATF 117 II 570 consid. 3 ; ATFA non publié H 128/04 du 14 février 2006, consid. 3 ss). La qualité d'organe est donc réservée aux personnes exécutant leurs obligations au sein de la société ou à l'égard des tiers en vertu de leur propre pouvoir de décision. Le fait qu'une personne est inscrite au registre du commerce avec droit de signature n'est, à lui seul, pas déterminant. La préparation de décisions par un collaborateur technique, commercial ou juridique ne suffit pas à conférer la qualité d'organe au sens matériel. En d'autres termes, la responsabilité liée à la qualité d'organe présuppose que l'intéressé ait eu des compétences allant nettement au-delà d'un travail préparatoire et de création des bases de décisions, pour se concentrer sur la participation, comme telle, à la formation de la volonté de la société. La responsabilité pour la gestion ne vise ainsi que la direction supérieure de la société, au plus haut niveau de sa hiérarchie (ATFA non publié H 128/04 du 14 février 2006, consid. 3). Un organe de fait n'est appelé à assumer une responsabilité que pour les domaines dans lesquels il a effectivement déployé une activité. Contrairement à un organe au sens formel, il n'a donc pas un devoir de surveillance (*cura in custodiendo*) à l'endroit de l'activité des autres organes, de fait ou de droit, de la société (ATFA non publié H 128/04 du 14 février 2006, consid. 3). Les organes de fait sont les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation de la société, à savoir celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 132 III 523 consid. 4.5 p. 528 ; 114 V 213 consid. 3 p. 214). Conformément à la jurisprudence en matière de responsabilité du droit de la société anonyme, dont les principes s'appliquent dans le cadre de l'art. 52 LAVS (ATF 114 V 214 consid. 3 p. 214), revêt uniquement une position d'organe de fait la personne qui assume sous sa propre responsabilité la compétence durable - et non seulement isolée - de prendre des décisions qui dépassent le cadre des affaires quotidiennes et ont une influence sur le résultat de l'entreprise. Tel n'est pas le cas d'une personne qui se limite à préparer et/ou à exécuter de telles décisions (ATF 128 III 29 consid. 3c p. 33). En d'autres termes, la

responsabilité pour la gestion ne concerne que la direction supérieure de la société, au plus haut niveau de sa hiérarchie (ATF 117 II 570 consid. 3 p. 572). En revanche, l'accomplissement de l'ensemble des tâches administratives au sein de l'entreprise (facturation aux clients, exécution des paiements, préparation des bulletins de salaires - y compris établissement de décomptes pour les autorités de l'AVS et la SUVA -, gestion des livres de caisse et des relations bancaires, etc.) n'est pas assimilable à l'activité spécifique d'un organe (ATF 114 V 213 consid. 4 p. 214 ss). L'obligation de réparer le dommage au sens de l'art. 52 LAVS intervient en principe seulement si la personne intéressée avait un pouvoir de disposer des cotisations non payées et pouvait effectuer les paiements à la caisse de compensation (ATF 134 V 401 consid. 5.1 p. 402; 103 V 120 consid. 5 p. 123; Marco Reichmuth, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, 2008, n. 244 ss et 256 ss; cf. arrêt 9C\_535/2008 du 3 décembre 2008 consid. 2) (ATF non publié 9C\_428/2013 du 16 octobre 2013, consid. 4.2). c) Le Tribunal fédéral a ainsi reconnu la responsabilité non seulement des membres du conseil d'administration, mais également celle de l'organe de révision d'une société anonyme, du directeur d'une société anonyme disposant du droit de signature individuelle, du gérant d'une société à responsabilité limitée ainsi que du président, du directeur financier ou du gérant d'une association sportive (ATFA non publié H 34/04 du 15 septembre 2004, consid. 5.3.1 et les références, in SVR 2005 AHV n° 7 p. 23; ATF non publié 9C\_926/2009 du 27 avril 2010, consid. 4.3.1). d) En l'espèce, le recourant a été gérant, avec signature individuelle, dès le 17 février 2010 et il a donc la qualité d'un organe formel. Tel est également le cas de F\_\_\_\_\_, qui a également été tenu responsable. Les époux D\_\_\_\_\_ se sont manifestement occupés de la gestion de la société et ont, de ce fait, revêtu la qualité d'organe de fait. A ce titre, la Caisse a tenté de les rechercher également, mais en vain, dès lors qu'ils sont restés introuvables en France.

9. Le recourant revêtant la qualité d'organe formel, il convient maintenant de déterminer s'il a commis une faute qualifiée ou une négligence grave au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS. 10. a) L'obligation légale de réparer le dommage ne doit être reconnue que dans les cas où le dommage est dû à une violation intentionnelle ou par négligence grave, par l'employeur, des prescriptions régissant l'assurance-vieillesse et survivants (RCC 1978 p. 259; RCC 1972 p. 687). Il faut donc un manquement d'une certaine gravité. Pour savoir si tel est le cas, il convient de tenir compte de toutes les circonstances du cas concret (ATF 121 V 243 consid. 4b). 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 (RCC 1983 p. 101). Selon la jurisprudence constante, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui manque de l'attention qu'un homme raisonnable aurait observée dans la même situation et dans les mêmes circonstances. La mesure de la diligence requise s'apprécie d'après le devoir de diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie que celle de l'intéressé. En présence d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions. Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 189 consid. Les faits reprochés à une entreprise ne sont pas nécessairement imputables à chacun des organes de celle-ci. Il convient bien plutôt d'examiner si et dans quelle mesure ces faits peuvent être attribués à un organe déterminé, compte tenu de la situation juridique

et de fait de ce dernier au sein de l'entreprise. Savoir si un organe a commis une faute dépend des responsabilités et des compétences qui lui ont été confiées par l'entreprise (ATF 108 V 199 consid. 3a: ATF non publié 9C\_926/2009 du 27 avril 2010, consid. 4.3.2). La négligence grave mentionnée à l'art. 52 LAVS est admise très largement par la jurisprudence (ATF 132 III 523 consid. 4.6). D'après la jurisprudence, les manquements de la caisse de compensation à des prescriptions élémentaires relatives à la fixation et à la perception des cotisations constituent une faute grave, concomitante à celle des administrateurs, qui justifie de réduire le montant du dommage, pour autant que celui-ci entre dans un rapport de causalité notamment adéquate avec le comportement illicite reproché (ATF 122 V 189 consid. 3c). Constitue par exemple un motif de réduction l'octroi irrégulier d'un sursis au paiement ou le fait de ne pas ordonner par voie de décision le paiement de cotisations arriérées avant le délai de péremption de cinq ans (ATFA non publié H 307/02 du 28 janvier 2004, consid. 8.1). Concernant une société anonyme, dont l'administration est confiée à une seule personne, la jurisprudence se montre d'autant plus sévère car on peut en règle générale exiger de celle-ci – dans la mesure où elle assume à elle seule l'administration de la société en sa qualité d'organe – qu'elle contrôle toutes les activités importantes de l'entreprise et cela quand bien même elle a confié l'essentiel de la gestion à un tiers. Par cette délégation de compétence, elle ne peut en même temps se décharger de sa responsabilité d'administrateur unique. Dans les entreprises de petite taille et de grandeur moyenne, le devoir de surveillance concernant l'accomplissement de l'obligation légale de payer des cotisations ne saurait être abandonné à des tiers (ATF non publié 9C\_437/2009 du 16 avril 2010, consid. 2.2). 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 incessible 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 LAVS (ATF 112 V 1 consid. 5b). 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 non publié 9C\_289/2009 du 19 mai 2010, consid. 6.2; ATFA non publié H 87/04 du 22 juin 2005, consid. 5.2.2; ATFA non publié H 234/00 du 27 avril 2001, consid. 5d). Commet notamment une faute grave l'organe qui verse des salaires pour lesquels les créances de cotisations qui en découlent de par la loi ne sont pas couvertes (SVR 1995 AHV n° 70 p. 214 consid. 5; voir également l'ATF non publié 9C\_338/2007 du 21 avril 2008, consid. 3.1). Commet également une faute grave celui qui ne démissionne pas de ses fonctions alors qu'il se trouvait, en raison de l'attitude du tiers, dans l'incapacité de prendre les mesures qui s'imposaient s'agissant du paiement des cotisations ou qui se trouvait dans l'incapacité d'exercer son devoir de surveillance (voir par exemple : ATF non publié 9C\_344/2011 du 3 février 2012, consid. 4.3; ATF non publié 9C\_289/2009 du 19 mai 2010, consid. 6.2; ATF non publié 9C\_351/2008, consid. 5.2 ou encore ATFA non publié H 224/06 du 10 décembre 2007, consid. 6). Enfin, commet une faute au sens de l'art. 52 LAVS l'organe qui investit de manière répétée des fonds dans une entreprise sans faire en sorte qu'ils servent en priorité à payer les cotisations sociales en souffrance (ATFA non publié H 305/00 du 6 septembre 2001, consid. 4b). b) La responsabilité d'un administrateur dure en règle générale jusqu'au moment où il quitte effectivement le conseil d'administration et non pas jusqu'à la date où

son nom est radié du registre du commerce. Cette règle vaut pour tous les cas où les démissionnaires n'exercent plus d'influence sur la marche des affaires et ne reçoivent plus de rémunération pour leur mandat d'administrateur (ATF 126 V 61 consid. 4a). En d'autres termes un administrateur ne peut être tenu pour responsable que du dommage résultant du non-paiement de cotisations qui sont venues à échéance et auraient dû être versées entre le jour de son entrée effective au conseil d'administration et celui où il a quitté effectivement ces fonctions, soit pendant la durée où il a exercé une influence sur la marche des affaires. Demeurent réservés les cas où le dommage résulte d'actes qui ne déploient leurs effets qu'après le départ du conseil d'administration (ATFA non publié H 263/02 du 6 février 2003, consid. 3.2). 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, 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 (ATF non publié 9C\_338/2007 du 21 avril 2008, consid. 3.1). A cet égard, la seule expectativa 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 (ATFA non publié 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 (ATFA non publié H 19/07 du 10 décembre 2007, consid. 4.1). d) En l'espèce, le recourant est devenu gérant dès le 17 février 2010, dans le cadre de son activité de fiduciaire, une rémunération de CHF 500.- par mois étant prévue. Il avait alors connaissance des dettes de la société et croyait pouvoir améliorer la gestion, diriger la société, dans le but de développer ses activités. En acceptant ce mandat, malgré la situation de la société, l'assuré a fait preuve de légèreté. En février 2010, le dernier arrangement de paiement pris avec la Caisse avait dû être annulé, à l'instar de ce qui s'était passé avec les précédents, la société ne respectant pas les engagements pris. Ainsi, le recourant était conscient de la situation financière de la société. A cet égard, s'il pouvait éventuellement croire que les mesures prises par M. D\_\_\_\_\_ (une bonne partie du personnel ayant été licenciée et la société ne comptant plus que deux ou trois employés), avaient pour but de l'assainir, il devait s'assurer que les charges sociales alors dues soient prioritairement payées, le cas échéant avant d'accepter le mandat. Il n'est pas établi si, en février 2010, le compte de la société était suffisamment approvisionné pour payer l'intégralité des charges sociales en souffrance. Ainsi, lorsqu'il a pris son mandat le 17 février 2010, le recourant devait vérifier si la situation financière de la société pouvait être redressée et si les dettes sociales pouvaient être payées. Il a ainsi fait preuve de négligence en acceptant le mandat. Ensuite, le recourant s'est immédiatement attelé à l'établissement des comptes en souffrance mais, avant qu'il n'ait pu les établir, les époux D\_\_\_\_\_ avaient mis un terme à leurs activités en Suisse et vidé les locaux le 15 mars 2010, les salariés ayant perçu leurs salaires jusqu'à fin février 2010 pour l'un d'eux et fin mai 2010 pour les deux autres. Sachant que les époux D\_\_\_\_\_ étaient partis fin mars 2010, que la société n'avait plus d'activité et qu'elle avait d'importantes dettes vis-à-vis de la Caisse, le recourant devait, à tout le moins, démissionner immédiatement de sa fonction de gérant

unique de la société dès lors qu'il se trouvait, en raison de l'attitude des époux D \_\_\_\_\_, dans l'incapacité de prendre les mesures qui s'imposaient, s'agissant du paiement des cotisations. En ne le faisant pas, le recourant a commis une faute grave, selon la jurisprudence. En restant gérant, le recourant pouvait et devait alors prendre toutes les mesures qui s'imposaient pour destiner les deniers de la société au paiement des cotisations en souffrance. A ce moment-là, toujours gérant, le recourant aurait pu et dû réaliser que son prédécesseur avait, à tort, donné procuration aux époux D \_\_\_\_\_ sur le compte en banque de la société et aurait dû révoquer cette procuration, de sorte que les époux D \_\_\_\_\_ auraient été empêchés, en septembre 2010, de transférer l'intégralité de la somme de Euros 41'819.- du compte de la société à leur compte privé, ce montant étant suffisant pour payer les cotisations sociales en souffrance. Compte tenu des circonstances du cas d'espèce, du départ précipité des époux D \_\_\_\_\_, le recourant devait vérifier les pouvoirs dont ils disposaient, afin de préserver les intérêts de la société et permettre le versement des cotisations dues. En n'exerçant pas son mandat d'administrateur à ce propos, il a également commis une grave négligence. Il est donc établi que le recourant peut être tenu pour responsable du dommage causé à la Caisse, conjointement et solidairement avec F \_\_\_\_\_ ainsi que les époux D \_\_\_\_\_.

11. a) La responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS suppose enfin un rapport de causalité (naturelle et) adéquate entre la violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions et la survenance du dommage. La causalité est adéquate si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance (ATF 129 V 177 consid. 3.2).

!endif>!if> L'administrateur d'une société anonyme répond non seulement des cotisations d'assurances sociales courantes, mais également de la dette de cotisations échues avant son entrée dans le conseil d'administration. En effet, selon la jurisprudence, le nouvel administrateur a le devoir de veiller tant au versement des cotisations courantes qu'à l'acquittement des cotisations arriérées, qui sont dues pour la période où il ne faisait pas encore partie du conseil d'administration car il y a dans les deux cas un lien de cause à effet entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations. Ce lien de cause à effet n'existe pas, toutefois, quand un dommage au sens de l'art. 52 LAVS préexiste, parce que la société était déjà insolvable avant l'entrée du nouveau membre au conseil d'administration (ATF 119 V 407 consid. 4c; ATFA non publié H 71/05 du 10 août 2006, consid. 5.1 voir également ATFA non publié H 295/00 du 22 janvier 2001, consid. 6a).

b) Le lien de causalité adéquate entre le comportement fautif – soit la rétention des cotisations alors même que les salaires sont versés – et le dommage survenu ne peut pas être contesté avec succès lorsque les salaires versés sont tels que les créances de cotisations qui en découlent directement ex lege ne sont plus couvertes (SVR 1995 AHV n° 70 p. 214 consid. 5; ATFA non publié H 167/05 du 21 juin 2006, consid. 8; ATFA non publié H 74/05 du 8 novembre 2005, consid. 4). La causalité adéquate peut être exclue, c'est-à-dire interrompue, l'enchaînement des faits perdant alors sa portée juridique, lorsqu'une autre cause concomitante - la force majeure, la faute ou le fait d'un tiers, la faute ou le fait de la victime - constitue une circonstance tout à fait exceptionnelle ou apparaît si extraordinaire que l'on ne pouvait pas s'y attendre. L'imprévisibilité de l'acte concurrent ne suffit pas en soi à interrompre le rapport de causalité adéquate; il faut encore que cet acte ait une importance telle qu'il s'impose comme la cause la plus probable et la plus immédiate de l'événement considéré, reléguant à l'arrière-plan tous les autres facteurs qui ont contribué à l'amener, en particulier le comportement de l'auteur (ATFA non publié H 95/05 du 10 janvier 2007,

consid. 4). c) En l'espèce, il est établi que la société n'était pas insolvable avant l'entrée du recourant en qualité de gérant, dès lors que le montant distrait par les époux D\_\_\_\_\_, à lui seul, aurait permis de payer les charges sociales en souffrance et que les salariés ont été payés jusqu'à fin mai 2010. Au surplus, aucune faute ne peut être reprochée à la Caisse du fait qu'elle n'a pas agi en séquestre, dès lors qu'elle n'aurait pas pu rendre vraisemblable sa créance, les époux D\_\_\_\_\_ n'étant qu'organe de fait et non pas organe de droit. 12. Au vu de ce qui précède, le recours est rejeté. [endif]>[if> Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme : 1. Déclare le recours recevable.[endif]>[if> Au fond : 2. Le rejette.[endif]>[if> 3. Dit que la procédure est gratuite.[endif]>[if> 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.[endif]>[if> La greffière Irène PONCET La présidente Sabina MASCOTTO 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.