

GE_GERICHTE A/2893/2013 vom 2. Juni 2014

GE Cour de justice, 2014-06-02, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2893_2013

FR: GE_GERICHTE A/2893/2013 du 2 juin 2014

IT: GE_GERICHTE A/2893/2013 del 2 giugno 2014

Regeste

ASSURANCE-VIEILLESSE, SURVIVANTS ET INVALIDITÉ ; COTISATION AVS/AI/APG ; RESPONSABILITÉ DE L'EMPLOYEUR(AVS) ; DOMMAGES-INTÉRÊTS ; DIVIDENDE(LP) | Lorsque le dommage de la caisse est susceptible d'évoluer dans sa quotité en fonction de l'éventuel dividende qui pourrait être versé dans le cadre de la faillite de la société et qu'elle a recherché exclusivement l'organe formel pour le tout, sans prévoir la cession de ces versements éventuels, elle doit être condamnée à céder au recourant le montant du dividende qu'elle pourrait percevoir. En effet, il existe une possibilité qu'elle soit indemnisée pour l'entier du dommage fixé dans la décision sur opposition, tout en percevant en sus des montants correspondant aux cotisations impayées. | LAVS.52

Erwägungen

E. 6

ème Chambre En la cause Monsieur A_____, domicilié à MEYRIN, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Pierre SIEGRIST recourant contre GASTROSOCIAL CAISSE DE COMPENSATION, sise Heinerich Wirri-Strasse 3, AARAU intimée EN FAIT 1. La société anonyme B_____ SA (ci-après la société), ayant pour but l'exploitation d'un café-restaurant, a été inscrite au registre du commerce le 1 er novembre 1993. Monsieur A_____ (ci-après l'assuré ou le recourant) en a été l'administrateur avec signature individuelle dès le 30 mars 2010. Madame C_____ a disposé d'une procuration individuelle dès le 28 octobre 2010. 2. La société a requis son affiliation en qualité d'employeur auprès de GASTROSOCIAL CAISSE DE COMPENSATION (ci-après la caisse ou l'intimée) dès le 1 er avril 2010. Dans le formulaire idoine du 23 mars 2010, le nom de l'assuré figurait sous la rubrique « Personne de contact ». 3. La Caisse a confirmé l'affiliation de la société par courrier du 20 avril 2010. 4. A la réquisition de la Caisse, l'OFFICE DES POURSUITES (OP) a procédé à des saisies le 1 er octobre 2012 auprès de la société, lesquelles se sont révélées infructueuses. Selon les procès-verbaux de saisie, Monsieur D_____ a été convoqué à l'OP. 5. Le 12 décembre 2012, l'OP a délivré sept actes de défaut de bien à la Caisse pour des montants de 6'116 fr. 60, 6'098 fr. 35, 5'969 fr. 55, 6'058 fr. 75, 6'112 fr. 90, 6'113 fr. 55 et 6'150 fr. 10 pour les créances de cotisations sociales. 6. Par deux décisions du 26 avril 2013, la Caisse a condamné l'assuré à réparer le dommage correspondant aux cotisations aux assurances sociales, aux allocations familiales ainsi qu'aux frais d'administration, de rappels, de poursuites et aux intérêts moratoires impayés, soit 28'068 fr. 75 pour 2011 et 31'473 fr. 65 pour 2012. 7. L'assuré s'y est opposé par écriture du 27 mai 2013. Il a fait valoir que jusqu'à son inscription en tant qu'administrateur de la société, l'établissement qu'elle exploitait était géré par Monsieur D_____. L'assuré y avait été employé en qualité de

serveur dès février 2010. Monsieur D_____ l'avait convaincu de lui racheter la société dans des conditions opaques, puisqu'il n'avait versé qu'une part minime du prix d'achat sans être mis en demeure d'en régler le solde. La mère de Monsieur D_____ était d'ailleurs restée au bénéfice d'une procuration. L'assuré a déclaré qu'il n'avait pas d'autre fonction que celle de serveur. Jusqu'aux décisions rendues par la Caisse, il n'avait pas conscience des responsabilités que sa fonction d'administrateur impliquait et ne prenait aucune décision, s'en remettant entièrement à Monsieur D_____. Ce dernier a continué à gérer la société à sa guise, sans le renseigner. La fiduciaire E_____, en charge de la comptabilité de la société, ne l'informait pas non plus. La situation financière de la société étant obérée, elle serait vraisemblablement mise en faillite prochainement. La situation de l'assuré n'était guère meilleure. Il ne disposait d'aucune épargne et son salaire ne lui était qu'irrégulièrement versé. C'est Monsieur D_____ qui réglait les salaires et qui s'occupait de la gestion administrative. Partant, bien qu'inscrit en qualité d'organe de la société, l'assuré ne disposait en réalité d'aucun pouvoir lui permettant de la gérer et de l'administrer. Il était manipulé par Monsieur D_____. La décision devait donc être annulée et la procédure en réparation du dommage devait être dirigée contre Monsieur D_____ seul, voire contre la fiduciaire E_____ si cette dernière était chargée d'établir les déclarations sociales. 8.

Selon un récapitulatif établi par la Caisse le 11 juillet 2013, le total des cotisations impayées s'élevait à 47'731 fr. 05 pour 2011. La Caisse avait cependant reçu des versements de l'OP à hauteur de 30'882 fr. 85 entre le 14 février 2012 et le 18 juin 2013, auxquels s'ajoutait une note de crédit de 642 fr. 85 pour les allocations familiales. Sur ces montants, 27'026 fr. 40 étaient imputés sur les cotisations sociales impayées, le solde étant affecté aux primes d'assurance-accident et indemnités journalières pour maladie. Le dommage était ainsi réduit à 20'704 fr. 65 pour 2011. La décision du 26 avril 2013 ayant fixé le dommage à 28'068 fr. 75 pour 2011, il en résultait une note de crédit de 7'361 fr. 10. 9. La Caisse a écarté l'opposition par décision du 11 juillet 2013. Elle a soutenu que le compte de la société affichait un solde négatif de 105'845 fr. 25 au 26 avril 2013, dont 54'603 fr. 45 pour 2011 et 51'241 fr. 80 pour 2012. Ce montant englobait les cotisations que la société avait retenues sur les salaires des employés sans les reverser à la Caisse, ce qui constituait un délit. La Caisse a rappelé que le dommage est réputé survenu dès que le montant ne peut plus être recouvré pour des raisons juridiques ou de fait. En l'espèce, des actes de défaut de biens avaient été délivrés et malgré les rappels et poursuites, un montant de 52'181 fr. 30, soit 20'704 fr. 65 pour 2011 et 31'473 fr. 65 pour 2012, n'avait pu être recouvré. Après avoir exposé la jurisprudence concernant la responsabilité des organes de la société et les conditions de la réparation du dommage, la Caisse a souligné que la délégation des fonctions de gestion et de représentation à des tiers ne déchargeait pas les organes de leurs obligations de surveillance. Si l'assuré affirmait en l'espèce avoir délégué la gestion des affaires courantes et administratives sans assumer son devoir de surveillance, il s'agissait-là d'une négligence grave fondant sa responsabilité. La fonction effective de chaque gérant ne déployait ses effets que dans les rapports internes et l'inscription au registre du commerce faisait foi par rapport aux tiers. Ainsi, même si l'assuré n'avait pas de réel pouvoir dans la société, cela ne lui permettait pas de se dégager de toute responsabilité conformément à la jurisprudence rendue sur la responsabilité des hommes de paille. Partant, il devait être considéré comme employeur. Il avait causé un dommage de 20'704 fr. 65 en 2011 et 31'473 fr. 65 en 2012, et les décisions rendues le 26 avril 2013 devaient être confirmées. 10. Par écriture du 10 septembre 2013, l'assuré interjette recours contre la décision de la Caisse. Il conclut, sous suite de dépens, à son annulation et subsidiairement à l'appel en cause de

Monsieur D____. Il reprend les arguments développés dans son opposition. Il allègue qu'il a démissionné de son poste d'administrateur de la société en août 2013 et a requis sa radiation du registre du commerce. Il a également mis fin à son contrat de travail avec effet immédiat. Le recourant estime avoir été lésé et spolié et n'entend pas supporter les conséquences des agissements de son patron, Monsieur D____. Il requiert l'appel en cause de ce dernier, qui est le seul responsable du dommage. Le recourant n'a en effet jamais été en mesure de s'opposer aux décisions prises par Monsieur D____. Il ne jouit d'aucune prérogative d'administrateur et ne sert qu'à signer des documents sur ordre de Monsieur D____. Il en veut pour preuve que son salaire ne lui est pas toujours payé dans son intégralité. Il ajoute que lorsque plusieurs personnes ont causé ensemble un dommage à une caisse de compensation, elles en répondent solidairement. La caisse de compensation peut alors rechercher tous les débiteurs, plusieurs d'entre eux ou un seul. L'autorité peut ordonner l'appel en cause de tiers dont la situation juridique est susceptible d'être affectée par l'issue de la procédure. Or, la situation du recourant est susceptible d'être affectée par l'appel en cause, dans la mesure où Monsieur D____ devrait subsidiairement répondre du dommage qu'il a causé, voire l'assumer seul. Il ne fait en effet aucun doute que Monsieur D____ a la qualité d'organe de fait. Le recourant produit notamment les pièces suivantes à l'appui de son recours : a. contrat de vente portant sur l'établissement B____, pour un montant de 180'000 fr., conclu entre Monsieur D____ et lui ; b. courriel du 20 décembre 2012 de Monsieur D____ informant le recourant de plusieurs paiements effectués, lui indiquant qu'il lui versera prochainement 1'000 fr. correspondant à une partie de son salaire et lui demandant s'il a procédé aux statistiques ; c. courriel du 2 septembre 2012 de Monsieur D____ au recourant l'informant de plusieurs points en lien avec l'activité du restaurant et indiquant que ce dernier peut à tout moment consulter les comptes ; d. courriel du 16 octobre 2012 de Monsieur D____ communiquant au recourant certaines modifications d'horaires et diverses démarches entreprises, invitant ce dernier à donner son avis sur ces points ; e. courrier de la fiduciaire E____ au conseil du recourant, lui remettant à sa demande les comptes 2010 et 2011 en affirmant que le recourant ne les avait jusqu'alors jamais requis et que son collègue était l'unique répondant de la fiduciaire à ce jour ; f. courriels des 30 août 2012, 23 et 26 juin et 4 septembre 2013 du recourant à Monsieur D____, demandant à ce dernier de lui verser le solde de ses salaires de juillet 2012, de mai, juillet et août 2013 et le remboursement d'autres dettes ; g. courriel du 24 août 2013 du recourant à Monsieur D____, l'informant qu'il démissionne de toutes ses fonctions et relevant que malgré son statut d'associé, il n'a eu aucun pouvoir décisionnel concernant le restaurant ; h. courrier du 28 août 2013 du recourant au restaurant l'informant de sa démission avec effet immédiat ; i. courrier du 28 août 2013 du recourant au registre du commerce l'informant de sa démission avec effet immédiat de son poste d'administrateur et requérant sa radiation ; j. courriel du 2 septembre 2013 non signé, envoyé de l'adresse électronique du restaurant au recourant, lui demandant de valider le salaire d'une employée et les ordres permanents ; k. extrait du 2 septembre 2013 des poursuites à l'encontre de la société, dont il ressort qu'elle fait l'objet de poursuites à hauteur de 238'316 fr. 15. 11. Dans sa réponse du 8 octobre 2013, l'intimée rappelle les dispositions légales et la jurisprudence en matière de réparation du dommage. Elle relève que le recourant était administrateur et disposait de la signature individuelle. Par conséquent, il pouvait influencer de manière prépondérante la direction de la société. Même en admettant qu'il n'ait pas eu de réel pouvoir au sein de la société, il ne peut pour autant être déchargé de toute responsabilité en tant qu'administrateur. Le fait d'accepter un rôle

d'administrateur tout en sachant qu'on ne pourra l'assumer est en effet constitutif d'une violation du devoir de diligence. Les arguments du recourant, qui se limitent selon l'intimée à désigner Monsieur D_____ comme le seul responsable de l'administration de la société – en contradiction avec l'extrait du registre du commerce qui bénéficie d'une présomption d'exactitude – ne permettent pas de remettre en cause cette jurisprudence. Le lien de causalité entre le comportement du recourant et le non-paiement des cotisations n'est pas douteux, dans la mesure où le recourant a été inscrit en tant qu'administrateur durant toute la période sur laquelle s'étend le dommage. 12. Dans sa réplique du 20 novembre 2013, le recourant persiste dans ses conclusions. Il rappelle qu'il a démissionné avec effet immédiat, sans que cela n'ait d'effet sur l'exploitation du restaurant puisque l'établissement continue d'assurer sa promotion par des publicités, comme le démontre une annonce parue dans un quotidien le 8 novembre 2013, qu'il produit. Il observe qu'il n'est pas en mesure de vérifier si les relevés de compte sont exacts. Il expose que Monsieur D_____ a repris il y a une douzaine d'années l'établissement auparavant géré par ses parents. Il soutient que sont également considérées comme organes les personnes qui prennent des décisions relevant des organes ou assument la gestion proprement dite en influençant de manière décisive la formation de la volonté au sein de la société. Compte tenu de cet élément, le seul et unique responsable du dommage est en réalité Monsieur D_____, qui est le patron et l'âme du restaurant. Le recourant ne peut avoir commis de grave négligence puisqu'il ne disposait dans les faits d'aucun pouvoir et n'a jamais été en mesure de s'opposer aux décisions de Monsieur D_____. Or, selon la jurisprudence, il convient d'examiner les responsabilités et les compétences d'un organe pour déterminer s'il a commis une faute. Il soutient qu'une limitation de la responsabilité doit être admise si la faute de l'auteur recherché apparaît si peu grave et dans une telle disproportion avec celle du tiers qu'il serait manifestement injuste et choquant de faire supporter à l'auteur l'entier du dommage en appliquant trop strictement les dispositions relatives à la solidarité. En l'espèce, Monsieur D_____ a la qualité d'organe de fait du restaurant et il convient de l'appeler en cause. 13. Invitée à se déterminer sur la requête d'appel en cause, l'intimée s'est exécutée le 17 décembre 2013 en relevant qu'elle n'a pas requis la réparation du dommage de Monsieur D_____, qu'elle a considéré comme salarié. Elle s'en remet à justice s'agissant d'une éventuelle responsabilité de cette personne. 14. Dans sa détermination du 7 février 2014, le recourant persiste dans ses conclusions. Il allègue qu'une procédure en évacuation a été intentée à l'encontre de l'établissement. Les signataires du bail, dont le recourant, ont acquiescé à la résiliation du bail. Selon les déclarations de Monsieur D_____ lors de l'audience du 29 janvier 2014, un délai était requis afin de résilier les contrats de travail, ce que le Tribunal des baux et loyer n'a pas protocolé. Pour le surplus, il allègue qu'en ne réclamant jamais du recourant le solde du prix de vente, Monsieur D_____ a démontré le caractère fictif de la vente et la qualité d'homme de paille du recourant. Monsieur D_____ est l'unique responsable du dommage subi par l'intimée. Il produit le procès-verbal de l'audience du 29 janvier 2014 devant le Tribunal des baux et loyer et le jugement rendu le même jour par cette autorité. 15. Par courrier du 18 février 2014, l'intimée a déclaré persister dans ses conclusions. 16. Par jugement du 6 mars 2014, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de la société. 17. La Cour de céans a procédé à l'audition des parties et de Monsieur D_____ le 12 mai 2014. Elle a longuement interrogé le recourant et le témoin sur la répartition des rôles au sein du restaurant et de la société. Le représentant de l'intimée a précisé qu'il n'y aurait vraisemblablement pas de production dans la faillite de la société, qui risquait d'être suspendue pour défaut d'actifs. Si l'intimée devait obtenir un dividende dans la faillite, elle

établirait une note de crédit ajustant en conséquence le montant du dommage. L'intimée rendrait vraisemblablement des décisions de réparation pour 2013 et 2014. A l'issue de l'audience, un délai a été imparti à l'intimée pour se déterminer. 18. Par écriture du 21 mai 2014, l'intimée a confirmé la responsabilité du recourant en tant qu'administrateur. Quant à l'implication de Monsieur D_____ dans le restaurant, elle ne permettait pas de conclure qu'il avait empêché le recourant d'exercer son rôle. Les documents importants adressés à l'intimée ayant été signés par le recourant, celle-ci n'était pas d'avis que Monsieur D_____ devait répondre des agissements de la société. 19. La Cour de céans a transmis cette écriture au recourant le 22 mai 2014. 20. Par écriture spontanée du 26 mai 2014, le recourant s'est référé à une cause pendante devant la chambre de céans, en affirmant qu'elle avait appelé en cause des tiers sans solliciter de personne. Il a requis l'application de l'art. 71 LPA dans le cas d'espèce. 21. Sur ce, la cause a été gardée à juger. EN DROIT 1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ; RSG E 2 05) en vigueur dès le 1^{er} 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. La LPGA, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, est applicable à la présente procédure. 3. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56ss LPGA). 4. L'objet du litige porte sur la responsabilité du recourant pour le dommage subi par l'intimée à la suite du défaut de paiement des cotisations sociales par la société. 5. Il convient en préambule de statuer sur la requête d'appel en cause du recourant. a) En vertu de l'art. 52 al. 1 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. Conformément à l'art. 52 al. 2 LAVS, 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. L'art. 14 al. 1 LAVS (en corrélation avec les art. 34 et suivants du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants [RAVS ; RS 831.101]) prescrit que l'employeur doit déduire, lors de chaque paie, la cotisation du salarié et verser celle-ci à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation. Les employeurs doivent remettre périodiquement aux caisses les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. Celui qui néglige de l'accomplir enfreint par conséquent les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 193 consid. 2a et les références). Les personnes tenues à la réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS sont solidairement responsables. Il appartient à la caisse de compensation de décider si elle attaquera un employeur pour lui demander la réparation du dommage subi. S'il existe une pluralité de responsables, elle jouit d'un concours d'actions et le rapport interne entre les coresponsables ne la concerne pas; si elle ne peut prétendre qu'une seule fois la réparation, chacun des débiteurs répond solidairement envers elle de l'intégralité du dommage et il lui est loisible de rechercher tous les débiteurs, quelques-uns ou un seul d'entre eux, à son choix (ATF 119 V 86 consid. 5a).

Cependant, cette jurisprudence ne vise que les rapports juridiques qui existent entre la caisse de compensation et l'employeur: elle ne restreint en aucune manière le droit de ce dernier d'intenter, le cas échéant, une action récursoire contre un tiers qui n'a pas été mis en cause (ATF 112 V 261 consid. 2b). La situation juridique et de fait du responsable du dommage est affectée par le fait que ce dernier peut cas échéant se retourner contre d'autres coresponsables (sur les conditions de l'action récursoire, cf. ATF 132 III 523 consid. 4.2) et par la possibilité que la caisse de compensation fera d'abord valoir sa créance à l'encontre des autres responsables. Il a ainsi un intérêt juridique et de fait à ce que d'autres personnes soient reconnues responsables. Cet intérêt peut justifier sa participation à la procédure contre d'autres personnes qui pourraient répondre du dommage (ATF 134 V 306 consid. 3.1). b) Selon l'art. 71 de la loi sur la procédure administrative (LPA ; RSG E 5 10), l'autorité peut ordonner, d'office ou sur requête, l'appel en cause de tiers dont la situation juridique est susceptible d'être affectée par l'issue de la procédure; la décision leur devient dans ce cas opposable (al. 1). L'appelé en cause peut exercer les droits qui sont conférés aux parties (al. 2). L'appel en cause a pour but d'attirer un tiers dans une procédure afin d'éviter que ce tiers, qui aurait un rapport de droit avec une des parties à cette procédure, ne déclenche ou ne soit contraint de participer à une autre procédure sur les mêmes questions litigieuses. L'appel en cause permet ainsi notamment d'éviter des décisions ou des jugements contradictoires en imposant une procédure unique et en rendant le jugement prononcé à l'issue de celle-ci opposable au tiers appelé en cause (François BELLANGER, La qualité de partie à la procédure administrative in Les tiers dans la procédure administrative, TANQUEREL/BELLANGER [éd.], 2004, p. 50). L'appel en cause a en outre pour but de préserver les intérêts juridiques ou de fait de la personne qui pourrait être affectée par l'issue de la procédure. Dans cette mesure, il est un prolongement du droit d'être entendu. En revanche, lorsque l'appel en cause vise à opposer la force de chose jugée du jugement à l'appelé en cause, ses conditions sont plus restrictives et il est nécessaire que la décision ait une incidence sur la relation juridique entre la partie et la personne à appeler en cause (Alfred KÖLZ/Isabelle HÄNER/Martin BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^{ème} éd. 2013, p. 324 n. 929). Les tribunaux cantonaux des assurances sociales doivent appeler en cause les autres débiteurs solidaires recherchés par la caisse de compensation, que la procédure les concernant soit pendante ou que leur responsabilité ait fait l'objet d'une décision déjà entrée en force (SVR 2007 AVS n° 2, consid. 2.2). L'intéressé qui fait l'objet de la décision de réparation ne peut toutefois pas appeler en cause tout tiers qui pourrait cas échéant être solidairement responsable lorsque ce dernier n'a pas été recherché par la caisse de compensation (ATF 112 V 261 consid. 2c). Il appartient ainsi au juge d'inviter à participer à la procédure, à titre de co-intéressés, les personnes contre lesquelles la caisse a rendu une décision de réparation du dommage et contre lesquelles elle n'a pas renoncé à ouvrir action ensuite de leur opposition (ATFA non publié H 101/06 du 7 mai 2007, consid. 4.5). c) En l'espèce, l'intimée n'a pas agi à l'encontre de Monsieur D_____ et n'entend pas le faire, comme cela ressort de ses déterminations du 21 mai 2014. Partant, les conditions pour un appel en cause selon la jurisprudence citée ne sont pas remplies. De plus, contrairement à ce que semble alléguer le recourant, le fait que sa situation juridique puisse être affectée par la reconnaissance d'une responsabilité de Monsieur D_____ n'est pas pertinent. Le critère déterminant pour l'appel en cause est bien plutôt que la procédure puisse avoir des répercussions sur la situation du tiers et non sur celle de la partie à la procédure. Or, l'objet de la contestation est le rapport juridique visé par la décision (ATF non publié 9C_598/2011 du 19 avril 2012, consid. 3.1),

soit en l'espèce la responsabilité du recourant en sa qualité d'administrateur. Partant, l'appel en cause ne permettrait pas à la Cour de céans d'étendre l'objet du litige et de statuer sur l'obligation éventuelle de Monsieur D_____ de réparer le dommage subi par l'intimée en vertu de l'art. 52 LAVS. Il n'aurait dès lors pas d'incidence directe sur la situation juridique de ce dernier. Eu égard à ces éléments, la requête d'appel en cause doit être rejetée. 6.

Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom. 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 et les références). Selon la jurisprudence, les personnes qui sont – légalement ou formellement – organes d'une personne morale entrent en principe toujours en considération en tant que responsables subsidiaires aux conditions de l'art. 52 LAVS. 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). Dans le cas d'une société anonyme, la notion d'organe responsable selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui ressort de l'art. 754 al. 1 du Code des obligations (CO; RS 220). La responsabilité incombe donc non seulement aux membres du conseil d'administration, mais aussi aux organes de fait, c'est-à-dire à toutes 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. Dans cette dernière éventualité, il faut cependant que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, en d'autres termes qu'elle ait exercé effectivement une influence sur la marche des affaires de la société (ATF 128 III 29 consid. 3a; ATF non publié 9C_1086/2009 du 15 juillet 2010, consid. 4.2.2). 7.

Pour que l'organe, formel ou de fait, soit tenu de réparer le dommage causé à la caisse de compensation en raison du non-paiement des cotisations sociales, il faut que les conditions de l'art. 52 al. 1 er LAVS soient réalisées, ce qui suppose que l'organe ait violé intentionnellement ou par une négligence grave les devoirs qui lui incombaient et qu'il existe un lien de causalité adéquate entre le manquement qui lui est imputable et le préjudice subi. Celui qui appartient au conseil d'administration d'une société et qui ne veille pas au versement des cotisations courantes et à l'acquittement des cotisations arriérées est réputé manquer à ses devoirs (ATFA non publié H 96/03 du 30 novembre 2004, consid. 7.3.1 in SJ 2005 I 272). La négligence grave mentionnée à l'art. 52 al. 1 er LAVS est admise très largement par la jurisprudence. Se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui ne respecte pas la diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie. Dans le cas d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention que la société doit accorder, en tant qu'employeur, au respect des prescriptions de droit public sur le paiement des cotisations d'assurances sociales. Les mêmes exigences s'imposent également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATFA non publié 4C_31/2006 du 4 mai 2006, consid. 4.6). 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. Pour déterminer s'il y a eu négligence grave, il convient de procéder à l'appréciation de l'ensemble des circonstances du cas particulier (ATF non publié 9C_817/2008 du 15 janvier 2009, consid. 3.4). Selon la jurisprudence, même s'il est écarté de la gestion de la société anonyme, un membre du conseil d'administration reste tenu de surveiller les personnes chargées de la gestion et de la représentation, afin que l'activité de la société se déroule conformément à la loi. La violation de ce devoir de surveillance constitue une négligence grave entraînant l'obligation de réparer le dommage subi par la caisse. Il en va de même lorsque, en raison de la répartition interne des fonctions administratives, il incombe en premier lieu à certains administrateurs de veiller au paiement des cotisations. Les autres administrateurs n'en sont pas moins tenus de s'enquérir de la situation et de prendre les mesures nécessaires en cas de retard dans le paiement des cotisations (ATFA non publié H 262/03 du 14 octobre 2004, consid. 4.2). 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). 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 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; ATFA non publié H 225/00 du 13 février 2001, consid. 3c). En outre, la négligence doit être appréciée d'autant plus sévèrement que la structure de l'entreprise est petite et que le nombre de personnes à surveiller est faible (ATFA non publié H 65/01 du 13 mai 2002, consid. 5). Dans une petite entreprise à la structure simple, on exigera d'un administrateur unique qu'il garde une vue d'ensemble sur toutes les affaires essentielles de la société quand bien même certaines prérogatives sont assumées par d'autres personnes. Il ne peut déléguer sa responsabilité d'administrateur unique à des tiers (ATF 112 V 1 consid. 2b). 8. En l'espèce, la qualité d'organe formel du recourant est incontestable, dès lors qu'il est administrateur unique de la société. Il fait cependant valoir qu'il n'avait pas d'influence sur l'administration et la gestion de la société, que Monsieur D_____ assumait seul. Cet argument ne lui est toutefois d'aucun secours au vu de la jurisprudence citée. Les éventuels manquements de Monsieur D_____ ne suffisent en effet pas à exonérer le recourant des responsabilités liées à sa qualité d'administrateur unique de la société et ne pallient pas sa propre négligence. De plus, si le recourant admet n'avoir été qu'un homme de paille, il n'allègue pas qu'il était cantonné dans ce rôle passif après avoir cherché en vain à exercer ses attributions. Il ressort par ailleurs du formulaire d'adhésion à l'intimée que le recourant était la personne de référence pour les démarches en lien avec les cotisations, ce qui démontre en tout cas qu'il était conscient de ses obligations sur ce plan et qu'il s'est chargé de certaines démarches administratives. De plus, les échanges de courriels produits par le recourant ne révèlent pas que le recourant aurait tenté sans succès d'obtenir des renseignements sur le fonctionnement et le paiement des charges de la société et que Monsieur D_____ aurait refusé de les lui transmettre. Il a d'ailleurs suffi d'un courrier à la fiduciaire pour que cette dernière fasse parvenir les comptes de la société au recourant. Ainsi, s'il est possible que Monsieur D_____ ait assumé seul la majorité des tâches administratives de la société et qu'il ait pris de sa propre initiative la plupart des décisions concernant la marche du restaurant, aucun élément ne permet de conclure que le recourant

s'est trouvé dans l'incapacité d'exercer sa tâche d'administrateur en raison de la résistance de Monsieur D____. Par surabondance, si tel avait été le cas, ne pas démissionner dans ces conditions tombe également sous le coup de l'art. 52 LAVS selon la jurisprudence (ATFA non publié H 38/01 du 17 janvier 2002, consid. 4b). La jurisprudence considère certes qu'on peut exclure une obligation de réparer le préjudice causé par un employeur à une caisse de compensation qui ne s'acquitte pas des cotisations sociales lorsque l'inobservation des prescriptions apparaît, au vu des circonstances, comme légitime et non fautive (ATF 108 V 183 consid. 1b). Tel est notamment le cas si l'employeur, en retardant le paiement de cotisations, parvient à maintenir son entreprise en vie, par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie. Mais il faut alors 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). En l'espèce, le recourant n'allègue aucun motif de cet ordre. Partant, force est d'admettre qu'il s'est bien rendu coupable d'une négligence grave au sens de la jurisprudence et qu'il doit réparer le dommage né durant la période où il était administrateur de la société. 9. Le dommage a été fixé à 28'068 fr. 75 pour 2011 et 31'473 fr. 65 en 2012 par décisions du 26 avril 2013. La décision sur opposition du 11 juillet 2013 a réduit le montant dû pour 2011 à 20'704 fr. 65, tenant ainsi compte des paiements opérés par l'OP dans l'intervalle. Il n'existe aucun motif de s'écarter de ces montants, le recourant n'avancé aucun élément qui permettrait de mettre en doute leur exactitude. Il faut cependant rappeler que lorsque la caisse subit un dommage à cause de l'insolvabilité de l'employeur mais en dehors de la faillite de celui-ci, la créance en réparation prend naissance au 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 (ATFA non publié H 76/06 du 11 juillet 2007, consid. 7.1). Une caisse de compensation est ainsi en droit de rechercher les organes d'une personne juridique même si cette dernière n'a pas encore été dissoute. La subsidiarité des organes ne signifie pas que la caisse de compensation ne peut se retourner contre eux que si la personne morale a cessé d'exister. Une telle solution serait d'autant moins acceptable que la caisse de compensation n'est pas en mesure de déclencher la faillite d'une personne morale, puisque les cotisations paritaires doivent être recouvrées par voie de saisie également contre un débiteur soumis à la poursuite par voie de faillite, conformément à l'art. 15 LAVS et l'art. 43 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP ; RS 281.1) (ATF 113 V 256 consid. 3c). Lorsqu'en cas de faillite, on ne peut déterminer le dommage avec exactitude au moment de l'état de collocation, la décision de réparation du dommage doit être établie de telle sorte que les auteurs du dommage sont recherchés pour le tout contre la cession d'un éventuel dividende obtenu dans la faillite (ATF 114 V 81 consid. 3b). En l'espèce, le dommage est susceptible d'évoluer dans sa quotité en fonction de l'éventuel dividende qui pourrait être versé dans la faillite. Bien que l'intimée ait recherché le recourant pour le tout, elle n'a pas prévu la cession de ces versements éventuels, qui réduiraient sa créance de cotisations et partant son dommage. Il existe ainsi une possibilité qu'elle soit indemnisée pour l'entier du dommage fixé dans la décision sur opposition, tout en percevant en sus des montants correspondant aux cotisations impayées. Il y a donc lieu de condamner l'intimée à céder au recourant le montant du dividende qui pourrait lui revenir dans le cadre de la faillite de la société. 10. Le recours doit être très partiellement admis au sens de ce qui précède. Le recourant, qui obtient très partiellement gain de cause, a

droit à des dépens qu'il convient de fixer à 300 fr. (art. 61 let. g LPGA). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant Préalablement :

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