

## GE\_GERICHTE A/644/2018 vom 5. Dezember 2019

GE Cour de justice, 2019-12-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_644\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_644_2018)

FR: GE\_GERICHTE A/644/2018 du 5 décembre 2019

IT: GE\_GERICHTE A/644/2018 del 5 dicembre 2019

### Erwägungen

#### E. 3

ème Chambre En la cause Monsieur A\_\_\_\_\_, domicilié à CHAVANNES-DE-BOGUIS, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître David AUBERT Monsieur B\_\_\_\_\_, domicilié à ONEX, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Yann LAM recourants contre CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, service juridique, sise rue des Gares 12, GENÈVE Monsieur C\_\_\_\_\_, à CAROUGE intimée appelé en cause EN FAIT 1. Créée le 4 septembre 1990, la société D\_\_\_\_\_ SA, dont le but était le commerce de cycles, est devenue E\_\_\_\_\_ SA (ci-après : la société) le 9 février 2010. À compter de cette date, son but social a été « toutes activités de conseils et de services en vue de placement fixe et temporaire de personnel et de locations de services » (cf. extrait du registre du commerce du canton de Genève). La société a été affiliée à la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la caisse) du 1<sup>er</sup> octobre 1990 au 30 avril 2013. Depuis le changement d'affectation de la société en 2010, les personnes suivantes ont été mentionnées au Registre du commerce (RC) : - depuis le 9 février 2010, Monsieur A\_\_\_\_\_, directeur avec signature collective à deux ; - du 9 février 2010 au 7 mars 2013, Monsieur B\_\_\_\_\_, administrateur avec signature individuelle ; - depuis le 7 mars 2013, Monsieur C\_\_\_\_\_, administrateur avec signature individuelle ; - jusqu'au 12 juillet 2012, F\_\_\_\_\_ Sàrl, puis, jusqu'au 8 octobre 2012, G\_\_\_\_\_ SA, organe de révision. 2. Durant l'année 2010, la société a versé des acomptes sous-évalués par rapport aux salaires effectivement payés, ce qui a rendu nécessaire un complément de cotisations en fin d'année à hauteur de CHF 59'190.90 selon la facture finale du 3 mars 2011. Sur demande de la société, un plan de paiement lui a été accordé le 13 juillet 2011, dont elle a respecté les échéances. 3. Au cours de l'année 2011, la société a rencontré des difficultés à s'acquitter des montants dus à la caisse. Après plusieurs sommations (les 28 mars, 25 avril, 25 mai, 28 juin, 25 juillet, 22 août, 26 septembre, 21 décembre 2011) et commandements de payer (les 25 août, 20 septembre, 12 octobre 2011), la société a finalement soldé toutes les factures d'acomptes. 4. Par courriel du 16 janvier 2012, M. A\_\_\_\_\_, désigné comme responsable d'agence, a indiqué à la caisse que la société rencontrait depuis quelques mois des difficultés financières. Il a sollicité un délai pour le règlement de la facture de décembre 2011. 5. À réception de l'attestation de salaires 2011, signée par M. A\_\_\_\_\_, il s'est avéré que les acomptes versés étaient à nouveau - et largement - insuffisants, de sorte qu'un complément de cotisations de CHF 105'525.35 a dû être réclamé à la société (selon facture finale du 2 février 2012). 6. Par courrier du 7 février 2012, M. A\_\_\_\_\_ a sollicité un délai pour acquitter ce complément, ce que la caisse a accepté le 13 février 2012 en accordant un plan de paiement, lequel prévoyait le versement de 36 mensualités (CHF 2'931.-) payables du 29 février 2012 au 2 février 2015, et précisait que ce sursis deviendrait caduc si les cotisations courantes n'étaient pas acquittées dans les délais impartis. 7. La société s'est acquittée des

acomptes de janvier et février 2012, après sommations des 25 février et 4 mai, et commandement de payer du 6 juillet 2012. Les acomptes ultérieurs n'ont pas été payés, malgré plusieurs sommations (les

#### **E. 7**

mai, 4 juin, 7 juillet, 5 octobre, 5 novembre 2012, 22 janvier 2013) et commandements de payer (les 6 juillet, 13 août, 3 décembre 2012, 6 février 2013). 8. Dans un courrier du 10 juillet 2012, M. A\_\_\_\_\_ a indiqué à la caisse que la société faisait face à une « baisse d'activité importante », que sa masse salariale avait diminué et qu'elle devait être estimée à CHF 1'400'000.- pour l'année 2012. En conséquence de quoi, il demandait un nouveau calcul des acomptes et un échelonnement de leur paiement. 9. Cette demande a été réitérée par lettre de M. B\_\_\_\_\_ du 21 août 2012. 10. Par courrier du 30 août 2012, la caisse a constaté qu'un plan de paiement avait déjà été octroyé pour le paiement des cotisations 2011 et qu'aucun plan semblable ne pouvait être accordé pour les factures de l'année en cours. Elle pouvait tout au plus accorder un délai supplémentaire de paiement sans échelonnement. 11. En date du 13 juillet 2012, la caisse a établi une facture différentielle adaptant le montant des acomptes avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2012, laquelle a également dû faire l'objet d'une sommation le 24 septembre 2012, puis d'un commandement de payer le 19 novembre 2012. 12. La facture d'acompte relative au mois d'août 2012 s'est élevée à CHF 16'986.60. 13. Dans son rapport du 6 septembre 2012, l'organe de révision a constaté le surendettement de la société et préconisé d'en informer le juge. 14. Par pli du 1<sup>er</sup> novembre 2012, M. B\_\_\_\_\_ a informé la caisse de la cessation d'activité avec effet au 2 novembre 2012 et du fait que seuls deux employés étaient encore occupés jusqu'au 31 décembre 2012. Il demandait à la caisse d'établir un récapitulatif des montants dus, ce que la caisse a fait en date du 7 novembre 2012. 15. Le 21 février 2013, la caisse a émis, suite à la réception de l'attestation de salaires 2012, une facture finale réclamant un complément de CHF 49'350.50. 16. La faillite de la société a été prononcée par le Tribunal de Première Instance de la République et canton de Genève le 29 mai 2013. 17. Le 11 novembre 2013, la caisse a produit une créance totale de CHF 255'318.15, représentant les montants dus au 31 décembre 2012, compte tenu des cotisations sur les salaires versés, des frais d'administration et de poursuites, des taxes de sommation et amendes, et des intérêts moratoires. 18. L'état de collocation a été déposé et publié le 18 février 2014. Il a révélé un dividende prévisible de 0%. 19. Le 23 janvier 2015, des actes de défaut de biens ont été délivrés à la caisse et la société a été radiée d'office du registre du commerce en date du 9 mars 2015. 20. Le 11 février 2016, la caisse a notifié une décision en réparation du dommage à M. A\_\_\_\_\_, auquel elle a réclamé la somme de CHF 252'290.75, correspondant aux cotisations paritaires dues pour les années 2011 et 2012, frais administratifs, intérêts moratoires, frais de poursuite et taxes de sommation inclus (CHF 87'522.50 pour 2011 et CHF 164'768.25 pour 2012), selon les tableaux suivants : 2011 : cotisations AVS 217'282.90 cotisations chômage 46'409.95 contributions allocations familiales 29'533.60 cotisations assurance maternité 1'898.60 frais administratifs 5'695.-- frais de sommations 700.-- intérêts moratoires 6'296.10 frais de poursuites 226.-- total 308'042.15 sous déduction taxe C02 et versements 220'519.65 solde dû pour 2011 87'522.50 2012 : cotisations AVS 141'835.15 cotisations chômage 30'294.90 contributions allocations familiales 23'409.70 cotisations assurance maternité 1'239.35 frais administratifs 3'717.50 frais de sommations 1'600.-- intérêts moratoires 6'225.05 frais de poursuites 873.05 total 209'194.70 sous déduction taxe C02 et versements 44'426.45 solde dû pour 2012 164'768.25 21. Le même jour, la caisse a notifié une décision analogue à

M. B\_\_\_\_\_. 22. Par courrier du 24 février 2016, M. B\_\_\_\_\_ a formé opposition auprès de la caisse en arguant avoir été totalement passif au sein de la société, gérée en réalité uniquement par M. C\_\_\_\_\_. À l'appui de sa position, il a produit un courrier que lui avait adressé celui-ci en date du 1<sup>er</sup> février 2010, lui demandant d'être administrateur de la société car, suite aux difficultés financières de son entreprise individuelle, il avait besoin de lui. M. C\_\_\_\_\_ confirmait à M. B\_\_\_\_\_ que son rôle serait « totalement passif » et qu'il ne prendrait « part à aucune décision concernant la gestion de la société ». 23. Par pli du 7 mars 2016, M. A\_\_\_\_\_ a formé opposition à son tour auprès de la caisse en expliquant avoir accepté, en 2010, de laisser son nom figurer au registre du commerce parce que M. C\_\_\_\_\_, un ami, le lui avait demandé. Il a allégué n'avoir jamais exercé une quelconque activité pour la société et n'avoir jamais eu la moindre responsabilité. En particulier, il n'avait en aucune manière participé au paiement des salaires et des cotisations y relatives. Il n'avait pas non plus obtenu le moindre avantage de la société. C'était M. C\_\_\_\_\_ qui en était l'administrateur de fait et qui l'avait gérée seul au quotidien. À l'appui de sa position, l'intéressé a produit des attestations aux termes desquelles il travaillait à 100% pour H\_\_\_\_\_ depuis 1995 et à hauteur de 25% pour I\_\_\_\_\_ depuis 2009. 24. Le 11 mars 2016, suite aux explications de MM. B\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_, la caisse a également adressé une décision en réparation du même dommage à M. C\_\_\_\_\_, en sa qualité d'organe de fait de la société, solidairement responsable avec MM. A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_. 25. Dans un courrier non daté, mais reçu le 22 mars 2016, M. C\_\_\_\_\_ s'est opposé à la décision le concernant en contestant avoir été organe de fait de la société, pour laquelle il a affirmé n'avoir fait que travailler comme salarié. 26. Par courrier du 28 août 2017, M. B\_\_\_\_\_ a précisé qu'à sa connaissance, tous les paiements étaient validés par M. C\_\_\_\_\_, parfois par M. A\_\_\_\_\_ lorsque le premier était en vacances. Pour sa part, il n'avait jamais exécuté de paiements pour la société, ni établi de bulletin de salaire, ni signé aucun document officiel concernant des salaires ou des paiements pour des charges sociales. Il avait uniquement rendu service à M. C\_\_\_\_\_ qui avait des dettes avec sa raison individuelle, selon ses dires. 27. En date du 29 septembre 2017, M. A\_\_\_\_\_ a indiqué que s'il avait disposé de la signature collective à deux, c'était parce qu'il avait apporté son aide au moment de la formation de la société. Il lui était arrivé, rarement, de signer un document ou un autre, préparé par un tiers. C'était la fiduciaire J\_\_\_\_\_ Sàrl qui s'occupait des salaires et des charges sociales, puis qui préparait un ordre de paiement et le transmettait à M. C\_\_\_\_\_ qui le passait et en ordonnait l'exécution. 28. Dans un courriel du 16 octobre 2017, M. C\_\_\_\_\_ a allégué que le seul et unique responsable de la société était M. A\_\_\_\_\_, lequel gérait les paiements, le personnel et était l'unique contact avec les fournisseurs et les organismes. Lui-même n'avait fait que s'occuper de la partie commerciale et M. B\_\_\_\_\_ était un administrateur passif. 29. Interpellée par la caisse, J\_\_\_\_\_ a confirmé s'être vu confier un mandat de gestion salariale et comptable par la société. Elle recevait de celle-ci les instructions nécessaires à l'établissement de salaires et documents utiles à la tenue de la comptabilité et se chargeait d'effectuer le travail nécessaire relatif aux salaires, à la tenue de la comptabilité et à l'établissement des charges sociales. Son principal contact était M. C\_\_\_\_\_ et, dans une moindre mesure, MM. B\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_. 30. Après recherches auprès de l'Office cantonal de l'emploi (ci-après : l'OCE), la caisse a appris que l'autorisation établie au sens de la loi sur le service de l'emploi et la location de services avait été établie au nom de M. A\_\_\_\_\_. 31. Par décisions du 23 janvier 2018, la caisse a rejeté les trois oppositions formulées par les intéressés. S'agissant de M. A\_\_\_\_\_, la caisse a constaté qu'en tant que directeur, inscrit comme tel au registre du commerce, il

devait être considéré comme organe de la société. En dépit du fait qu'il n'était pas titulaire d'une signature individuelle, il pouvait valablement engager la société à l'égard de tiers. La plupart des demandes de la société pour des échelonnements de paiement ou sursis au paiement des cotisations sociales étaient de son fait. Il avait également signé l'attestation des salaires 2011. M. C\_\_\_\_\_ l'avait par ailleurs désigné comme seul et unique responsable de la société et M. B\_\_\_\_\_ avait confirmé qu'il s'était parfois occupé des paiements. Il avait également eu des contacts occasionnels avec la fiduciaire en charge de la comptabilité. Enfin, en sa qualité de titulaire de l'autorisation de placement, il lui incombait de veiller au respect par la société de ses obligations en matière d'assurances sociales et au règlement des cotisations sociales. S'agissant de M. B\_\_\_\_\_, la caisse a constaté qu'en tant qu'administrateur, il était de plein droit organe de la société. À ce titre, il lui appartenait notamment de se renseigner sur la situation financière de la société et de veiller personnellement à ce que les cotisations paritaires soient payées. Le fait que l'intéressé n'ait joué qu'un rôle subalterne en ne gérant pas la société et qu'il n'ait en fin de compte été qu'un prête-nom constituait une négligence grave. Sa passivité était par ailleurs en relation causale avec le dommage subi. S'agissant de M. C\_\_\_\_\_, la caisse a rappelé qu'il n'avait été inscrit au RC en tant qu'administrateur que le 7 mars 2013 et qu'il avait déclaré avoir travaillé uniquement en tant que salarié. Or, MM B\_\_\_\_\_ et A\_\_\_\_\_ avaient tous deux indiqué que la société était gérée dans les faits par l'opposant, qui exécutait les paiements. La fiduciaire J\_\_\_\_\_, qui avait un mandat durant les années 2010 à 2013, avait confirmé qu'il était leur principal contact s'agissant des questions relatives aux salaires et aux assurances sociales. Il ressortait également des comptes qu'il avait effectué de nombreux paiements dès 2010. Ces éléments tendaient à corroborer qu'il n'était pas un simple salarié, mais qu'il avait manifestement une fonction dirigeante au sein de la société. Il devait donc être qualifié d'organe de fait et était solidairement responsable du dommage subi. 32. Par courrier du 22 février 2018 adressé à la Cour de céans et intitulé « opposition totale », M. C\_\_\_\_\_, invoquant deux décès importants dans sa famille, a sollicité un délai supplémentaire de 30 jours pour « répondre ». Par courrier recommandé du 19 mars 2018, la Cour de céans lui a accordé un délai au 27 mars 2018 pour régulariser son recours en l'avisant qu'à défaut, celui-ci serait déclaré irrecevable. Ce courrier n'ayant pas été retiré par l'intéressé, il lui a été renvoyé sous pli simple, pour information, le 4 avril 2019. Par arrêt du 19 avril 2018, la Cour de céans a déclaré le « recours » de M. C\_\_\_\_\_ irrecevable à la forme ( ATAS/348/2018 ). 33. Par acte du 23 février 2018, M. A\_\_\_\_\_ a interjeté recours auprès de la Cour de céans, en concluant principalement à ce que soit constaté « le caractère nul/irrecevable/sans effet » des décisions du 11 février 2016 et du 23 janvier 2018 le concernant ( A/644/2018 ). Le recourant a considéré que la décision du

## **E. 11**

octobre 2018. M. A\_\_\_\_\_ a maintenu ne jamais avoir signé ou vu les documents produits pour attester de la démission de M. B\_\_\_\_\_ en octobre 2012. Ce dernier a expliqué qu'il n'y avait jamais eu d'assemblée formelle, mais « par voie de circulation », qu'il n'avait donc effectivement pas vu M. A\_\_\_\_\_ apposer sa signature sur les documents que M. C\_\_\_\_\_ avait préparés et lui avait apportés à son bureau pour qu'il les signe à son tour. Pour le surplus, il a expliqué avoir accepté, vu la relation de confiance qui le liait à M. C\_\_\_\_\_, de figurer en tant qu'administrateur au registre du commerce lorsqu'il avait repris la société, en février 2010. C'était à ce moment-là qu'il avait fait la connaissance de M. A\_\_\_\_\_, qui était titulaire de l'autorisation pour la location de services (autorisation LES). Son interlocuteur principal était cependant M. C\_\_\_\_\_. Il a reconnu ne pas s'être particulièrement intéressé à

la marche de la société, d'un commun accord avec M. C \_\_\_\_\_ à qui il faisait une totale confiance. Il a ajouté avoir eu, entre 2010 et 2012, quelques contacts avec M. C \_\_\_\_\_ surtout, occasionnellement avec M. A \_\_\_\_\_, quand le premier était en vacances. Néanmoins, ses discussions avec M. C \_\_\_\_\_ restaient purement amicales et portaient peu sur la société. Il se contentait de demander si tout allait bien, ce à quoi M. C \_\_\_\_\_ lui répondait que « c'était un peu dur », mais sans qu'il ne s'en inquiète jamais, car il lui faisait entièrement confiance. Les seules discussions sérieuses concernant la société avaient eu lieu avec M. A \_\_\_\_\_, qui lui avait indiqué que les clients payaient difficilement et qu'il y avait des impayés. Ils ne pouvaient cependant rien faire concrètement, puisque M. C \_\_\_\_\_ avait la main mise sur tout. Même la fiduciaire refusait de les renseigner. M. A \_\_\_\_\_ a expliqué avoir fait la connaissance de M. C \_\_\_\_\_ par le biais du football. Il a reconnu passer à la société une ou deux fois par année, lorsque M. C \_\_\_\_\_ était en vacances, pour saluer les employés ou conserver un contact avec les clients. C'était à ces occasions qu'il avait pu constater qu'il y avait quelques problèmes, ce dont il s'était inquiété, raison pour laquelle il en avait fait part à M. B \_\_\_\_\_ et avait tenté d'obtenir des renseignements de la fiduciaire, laquelle avait refusé au motif que la société ne lui appartenait pas ; il n'avait dès lors pas insisté plus que ça. Il a précisé que c'était lors de ces brefs et rares remplacements qu'il avait été amené à signer certains documents ou courriels, alléguant toutefois que même les courriels qu'il lui était arrivé d'envoyer étaient déjà dictés et préparés. Il n'avait pas la signature sur le compte bancaire. M. B \_\_\_\_\_ a précisé que lui non plus, admettant par ailleurs qu'il se doutait qu'un complément de cotisations avait été nécessaire en 2010, puisque dans le domaine de la location de services, il n'était pas rare que la masse salariale varie considérablement. Selon lui, le fait qu'un complément de cotisations soit nécessaire n'était donc pas choquant en soi. À cet égard, M. A \_\_\_\_\_ a expliqué n'avoir pu avoir un aperçu des cotisations de la société qu'au travers des mails qu'il avait été amené à signer. M. B \_\_\_\_\_ a indiqué s'être inquiété durant l'été 2012, lorsque M. C \_\_\_\_\_ lui avait téléphoné en hurlant qu'il avait perdu son plus gros client et que la situation allait être catastrophique. M. A \_\_\_\_\_ pensait pour sa part que c'était en janvier 2012, lorsqu'il avait signé des documents concernant la masse salariale : il était alors allé « mettre le nez dans les papiers » et avait découvert non seulement de multiples décomptes, mais également que M. C \_\_\_\_\_ se versait des salaires de CHF 15'000.- à CHF 30'000.- par mois. Une fois encore, il s'était adressé à la fiduciaire (en la personne de Mme L \_\_\_\_\_) qui, à nouveau, avait refusé de lui répondre au motif que la société ne lui appartenait pas. Son erreur avait été de ne pas se faire radier du registre du commerce à ce moment-là, mais un notaire qu'il avait consulté lui avait affirmé qu'il ne courait aucun risque puisqu'il n'était pas administrateur. M. B \_\_\_\_\_ a affirmé que la gestion au quotidien des salaires et des charges sociales était totalement du fait de M. C \_\_\_\_\_. Il a par ailleurs confirmé qu'à sa connaissance, M. A \_\_\_\_\_ ne se rendait dans la société qu'une à deux fois par année, durant les vacances de M. C \_\_\_\_\_, et qu'il n'avait aucune responsabilité particulière. Selon ses dires, lorsque la situation avait dégénéré, en septembre 2012, une réunion s'était tenue dans le bureau de M. C \_\_\_\_\_, en sa présence, avec Mme L \_\_\_\_\_ et un homme de la fiduciaire. C'était à cette occasion que des comptes lui avaient été présentés pour la première fois, qu'il avait refusé de signer parce qu'il les trouvait peu clairs. Le ton étant alors monté avec M. C \_\_\_\_\_, il avait pris la décision de démissionner. Seul M. C \_\_\_\_\_ avait jusqu'alors accès à la comptabilité. Il a également confirmé qu'à sa connaissance, M. A \_\_\_\_\_ n'avait retiré aucun avantage de la société, contrairement à M. C \_\_\_\_\_, qui avait dû se verser un salaire. Il avait eu connaissance de la vente de la société à K \_\_\_\_\_ par M. C \_\_\_\_\_, qui s'en était occupé

seul. Celui-ci lui avait par ailleurs demandé de mentir pour faire porter l'entière responsabilité à M. A\_\_\_\_\_. M. A\_\_\_\_\_ avait répété qu'il n'avait remplacé M. C\_\_\_\_\_ que durant les vacances de ce dernier et s'était contenté de passer dans les locaux de la société. Les paiements étaient effectués par M. C\_\_\_\_\_, à distance : il validait les fichiers que lui adressait la fiduciaire, point confirmé par M. B\_\_\_\_\_. La représentante de l'intimée a alors relevé que, dans son courrier du 28 août 2017, M. B\_\_\_\_\_ avait indiqué qu'il arrivait à M. A\_\_\_\_\_ de s'occuper des paiements. Ce à quoi M. B\_\_\_\_\_ a répondu qu'il s'était « mal exprimé ». M. C\_\_\_\_\_ lui avait confirmé avoir seul accès aux comptes. Les paiements étaient préparés, envoyés à la fiduciaire et transmis par celle-ci à M. C\_\_\_\_\_ pour qu'il les valide. Elle a indiqué que, lors d'une conversation téléphonique avec M. B\_\_\_\_\_, celui-ci lui avait affirmé que M. A\_\_\_\_\_ lui avait demandé de confirmer qu'il ne gérait rien ; c'était d'ailleurs à la suite de ce contact que le courrier du 28 août 2017 lui était parvenu. M. B\_\_\_\_\_ a réitéré que M. A\_\_\_\_\_ ne gérait rien. Celui-ci a précisé que s'il avait signé l'autorisation LES, c'était tout simplement parce que M. C\_\_\_\_\_ était un ami et qu'il ne s'en méfiait pas, même se sachant sans aucun pouvoir. 45. Par ordonnance du 15 octobre 2018, la Cour de céans a appelé en cause M. C\_\_\_\_\_, lui a communiqué les pièces essentielles de la procédure et lui a accordé un délai pour se déterminer. 46. Des enquêtes se sont tenues en date du 6 décembre 2018. 47. Madame L\_\_\_\_\_, travaillant pour J\_\_\_\_\_ Sàrl, a confirmé que la fiduciaire avait reçu mandat de s'occuper de la gestion comptable et salariale de la société. Dans ce cadre, sa collègue et elle avaient affaire à M. C\_\_\_\_\_ la majorité du temps (soit 99%, sauf lorsqu'il était en vacances, c'était alors M. A\_\_\_\_\_ qui le remplaçait, ce qui s'était produit moins d'une dizaine de fois). La fiduciaire proposait un fichier de paiements aux créanciers à M. C\_\_\_\_\_ et c'était lui qui décidait des versements à effectuer selon les liquidités. La fiduciaire avait donc connaissance des créanciers « ouverts », au nombre desquels figurait l'intimée. Aux souvenirs du témoin, M. C\_\_\_\_\_ donnait la priorité aux salaires temporaires puis, au fur et à mesure, aux créanciers qui se manifestaient. Le témoin a dit ne pas se souvenir que M. A\_\_\_\_\_ ait sollicité des renseignements de sa part avant l'année passée. Il souhaitait alors qu'elle confirme que c'était bien à M. C\_\_\_\_\_ qu'elle avait eu affaire la majeure partie du temps. Le témoin a indiqué ne pas se souvenir en revanche d'une conversation antérieure avec M. A\_\_\_\_\_ à propos des finances de la société, sans pouvoir l'exclure totalement. À sa connaissance, aucune somme d'argent n'avait été versée ni à M. A\_\_\_\_\_, ni à M. B\_\_\_\_\_ par la société. M. C\_\_\_\_\_ ne s'était absenté que pour de courtes périodes (deux ou trois semaines au maximum). En son absence, il avait pu lui arriver d'envoyer des fichiers pour la banque (salaires temporaires ou avances) à M. A\_\_\_\_\_. Elle avait vu M. B\_\_\_\_\_ tout au plus deux fois. Il n'avait pas la signature sur le compte bancaire. Quant à M. A\_\_\_\_\_, elle n'était pas catégorique, mais à son avis, il devait l'avoir puisque des fichiers bancaires lui avaient été envoyés. La fiduciaire avait attiré l'attention de M. C\_\_\_\_\_ sur la priorité à accorder au paiement des charges sociales en souffrance, ce à quoi il avait répondu qu'il faisait avec les moyens disponibles. À la connaissance du témoin, MM. A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_, amis de M. C\_\_\_\_\_, lui avaient servi de prête-nom au registre du commerce. 48. Madame M\_\_\_\_\_, entendue à son tour, a expliqué avoir travaillé pour la société de 2010 à 2012, en tant qu'assistante administrative. Son travail consistait à assurer la réception à l'agence, comptabiliser les heures effectuées par les temporaires, rédiger les contrats de location et de travail, remplir cas échéant les déclarations d'accident et s'occuper de la correspondance de façon générale. La témoin a indiqué avoir très peu vu M. B\_\_\_\_\_, une ou deux fois, et ignorer en quoi consistait exactement son rôle. Quant à M. A\_\_\_\_\_, il

était son employeur, au même titre que M. C\_\_\_\_\_, qu'elle voyait néanmoins plus souvent puisqu'il était là tous les jours. M. A\_\_\_\_\_ était cependant également son responsable et elle avait régulièrement des contacts avec lui, tous les deux ou trois jours. Formellement elle ignorait quelles étaient les responsabilités de M. A\_\_\_\_\_ mais à son avis, il était aussi responsable de la société. M. C\_\_\_\_\_ étant plus présent, il lui était plus facile de s'adresser à lui. Le témoin dit avoir eu le sentiment que M. A\_\_\_\_\_ s'occupait plus particulièrement des paiements relatifs à l'entreprise. M. C\_\_\_\_\_, de par sa nature, se souciait moins de cet aspect-là. 49. La Cour de céans a ensuite entendu Monsieur N\_\_\_\_\_, qui avait travaillé, jusqu'en septembre 2010 comme électricien de maintenance. Suite à son licenciement, M. C\_\_\_\_\_, qu'il connaissait par le biais du football, lui avait proposé un poste de conseiller en placement dans le domaine de l'électricité, ce qu'il avait accepté. Il avait ainsi travaillé pour la société jusqu'à fin 2011, date à laquelle une autre opportunité s'était présentée à lui. Le témoin n'avait rencontré M. B\_\_\_\_\_ qu'à une ou deux occasions, lorsqu'il lui avait amené des documents de la société à son bureau. Il disait avoir vu son nom sur certains documents, mais ignorer totalement quel était son rôle. Quant à M. A\_\_\_\_\_, c'était lui qui avait signé son contrat de travail, mais le témoin avait surtout affaire à M. C\_\_\_\_\_, à 99.5%. Pour le travail de tous les jours, il se référait à M. C\_\_\_\_\_. Il pensait que M. A\_\_\_\_\_ était l'administrateur, la partie émergée de la société, la partie visible au registre du commerce, mais c'était M. C\_\_\_\_\_ qui s'occupait de tout ce qui relevait de l'exécution quotidienne et de la clientèle. 50. Par pli recommandé du 21 janvier 2019, la Cour de céans a renvoyé à M. C\_\_\_\_\_ plusieurs courriers lui étant revenus en retour avec la mention « case postale plus vidée » ou « non réclamé ». 51. Dans ses observations après enquêtes du 27 février 2019, M. B\_\_\_\_\_ a persisté dans ses conclusions. Il devait être libéré à tout le moins de l'obligation de réparer le dommage du montant des cotisations qui n'étaient pas encore exigibles au moment de sa démission. 52. Le 28 février 2019, M. A\_\_\_\_\_ a maintenu ses conclusions. Il a soutenu que les enquêtes avaient démontré que M. C\_\_\_\_\_ était bel et bien l'interlocuteur principal, qu'il avait la mainmise sur tout et seul accès à la comptabilité et aux paiements. S'agissant de son propre rôle, elles avaient confirmé qu'il n'avait aucune responsabilité particulière, qu'aucun montant ne lui avait jamais été versé, qu'il n'avait rencontré l'administrateur qu'occasionnellement, qu'il n'avait envoyé que certains documents, qu'il ne s'était rendu dans les locaux de la société que de manière ponctuelle et qu'il était en réalité un prête-nom. Il a maintenu que la fiduciaire avait refusé de transmettre les informations à toute autre personne que M. C\_\_\_\_\_. C'était d'ailleurs l'attention de ce dernier et de lui seul qui avait été attirée sur la nécessité de donner la priorité au paiement des charges sociales en souffrance. Il a également rappelé que M. C\_\_\_\_\_ s'était occupé seul de la vente de la société, sans même l'en informer. Quant aux déclarations de Mme M\_\_\_\_\_ selon lesquelles il aurait été présent sur les lieux, il s'inscrivait en faux et versait à la procédure trois nouvelles pièces confirmant qu'il était alors occupé à 125% ailleurs et ne pouvait être dans la société. De façon générale, il reconnaissait avoir agi avec légèreté, mais contestait avoir eu la qualité d'organe de fait, avoir assumé une quelconque responsabilité et avoir concrètement contribué au préjudice de la caisse. Il a produit des attestations : - de H\_\_\_\_\_, du 10 décembre 2018, aux termes de laquelle il était au bénéfice d'un contrat de travail de durée indéterminée depuis le

## **E. 15**

janvier 1995 et effectuait des services irréguliers, principalement la semaine ; - de I\_\_\_\_\_ du 11 décembre 2018, certifiant qu'il y travaillait physiquement depuis 1998 à un taux variant entre 20 et 30%, en fonction de ses congés auprès de son employeur principal ;

- de la responsable d'une compagnie de téléphonie du 10 décembre 2018, selon laquelle elle n'avait jamais eu affaire avec M. A\_\_\_\_\_ au cours de sa collaboration avec la société, son interlocuteur étant M. C\_\_\_\_\_, voire l'assistante de ce dernier en cas d'absence. 53. Dans ses conclusions après enquêtes du 28 février 2019, l'intimée a considéré, au vu du témoignage de Mme M\_\_\_\_\_, que M. A\_\_\_\_\_ avait bel et bien joué un rôle dans la gestion de la société, notamment quant aux charges sociales. En effet, la témoin avait indiqué que M. A\_\_\_\_\_ était son employeur au même titre que M. C\_\_\_\_\_. Ces déclarations étaient d'ailleurs corroborées par le fait que la majorité des correspondances relatives aux charges sociales avaient été signées par M. A\_\_\_\_\_, qui, en dépit de cela, n'avait jamais jugé bon de s'informer de la situation financière de la société auprès de Mme L\_\_\_\_\_. S'il s'était intéressé davantage à la gestion de la société, il aurait pu se rendre compte bien plus tôt des dysfonctionnements dans sa gestion et prendre des mesures utiles, notamment en retirant son autorisation LSE. Quant à M. B\_\_\_\_\_, il apparaissait que celui-ci n'avait pas de réel rôle dans la gestion de la société et qu'il n'avait été en fin de compte qu'un prête-nom. L'intimée a persisté dans ses décisions sur opposition et les conclusions de ses préavis du 15 mars 2018. 54. M. C\_\_\_\_\_, bien que dûment convoqué, ne s'est ni présenté devant la Cour de céans, ni excusé, pas plus qu'il n'a mis à profit les délais qui lui ont été accordés pour se déterminer en tant qu'appelé en cause. EN DROIT 1. a. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur depuis 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 *ratione materiae* 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 184/06 du 25 avril 2007 consid. 2.3). La société étant domiciliée dans le canton de Genève depuis sa création et jusqu'au moment de sa faillite, la Cour de céans est également compétente *ratione loci*. 2. À teneur de l'art. 1 al. 1 LAVS, les dispositions de la LPGA s'appliquent aux art. 1 à 97 LAVS, à moins que la loi n'y déroge expressément. Toutefois, les modifications légales contenues dans la LPGA constituent, en règle générale, une version formalisée dans la loi de la jurisprudence relative aux notions correspondantes avant l'entrée en vigueur de la LPGA ; il n'en découle aucune modification du point de vue de leur contenu, de sorte que la jurisprudence développée à leur propos peut être reprise et appliquée (ATF 130 V 343 consid. 3). 3. 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 le nouveau droit n'a fait que reprendre textuellement, à l'art. 52 al. 1 LAVS, le principe de la responsabilité de l'employeur figurant à l'art. 52 aLAVS, la seule différence portant sur la désignation de la caisse de compensation, désormais appelée assurance. 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).

4. Les dispositions de la nouvelle du 17 mars 2011 modifiant la LAVS sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012. Elles n'ont pas amené de changements en matière de responsabilité subsidiaire des organes fondée sur l'art. 52 LAVS. En effet, outre quelques retouches de forme, le nouvel art. 52 al. 2 LAVS concrétise les principes établis par la jurisprudence constante du Tribunal fédéral (cf. Message relatif à la modification de la LAVS du 3 décembre 2010, FF 2011 519, p. 536 à 538). Sur le plan matériel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 129 V 1 consid. 1 ; ATF 127 V 467 consid. 1 et les références). En l'espèce, les montants litigieux concernent les cotisations paritaires dues pour les années 2011 et 2012, de sorte que l'art. 52 al. 1 LAVS est applicable dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011 pour les cotisations relatives à 2011 et dans sa teneur en vigueur dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012 pour les celles relatives à 2012 (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_80/2017 du 31 mai 2017 consid. 3.2).

5. Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA ; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]). Interjetés dans les formes et délai prévus par la loi, les recours de M. A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ du 23 février 2018 sont recevables (art. 38 et 56 à 61 LPGA).

6. Le litige porte sur la responsabilité des recourants 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) encore dues pour les années 2011 et 2012.

7. Dans un premier moyen, M. A\_\_\_\_\_ conclut à « l'irrecevabilité » de la décision attaquée, au motif que cette dernière est dépourvue de clause condamnatoire et ne sera pas exécutable puisqu'elle ne fait que le « prier » de verser la somme réclamée. La Cour de céans peine à comprendre l'argumentation du recourant. Cela étant, elle rappelle, concernant la nature de la décision querellée, que selon l'art. 5 al. 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA - 172.021), article ayant une portée générale en matière d'assurances sociales (KIESER, ATSG-Kommentar, Zurich 2003, n. 2 ss ad art. 49 ; cf. ATF 120 V 349 consid. 2b), sont considérées comme des décisions les mesures de l'autorité dans des cas d'espèce, fondées sur le droit public fédéral ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits ou d'obligations (let. b), ou de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits et obligations (let. c). En l'occurrence, l'intimée a rendu une décision en réparation du dommage le 11 février 2016, laquelle a pour objet de créer une obligation. Cette décision formatrice remplit les exigences formelles requises par la loi, dès lors qu'elle est écrite et motivée, qu'elle indique les voies de droit et qu'elle a été régulièrement notifiée. Quant à la décision sur opposition du 23 janvier 2018, laquelle confirme la décision du 11 février 2016 et rejette l'opposition, elle comprend également une motivation et les voies de recours. L'intimée a donc bel et bien rendu une décision en condamnation, laquelle définit l'objet du présent litige.

8. a. L'art. 14 al. 1 LAVS en corrélation avec les art. 34ss RAVS, prescrit l'obligation pour l'employeur de déduire sur chaque salaire la cotisation du salarié et de verser celle-ci à la caisse de compensation avec sa propre cotisation. Les employeurs doivent envoyer aux caisses, périodiquement, les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs salariés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de payer les cotisations et de fournir les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. À 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). À teneur de l'art. 52 aLAVS (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011), l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation (al. 1). La caisse de compensation compétente fait valoir sa créance en réparation du dommage par décision (al. 2). Le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus. L'employeur peut renoncer à invoquer la prescription (al. 3). À teneur de l'art. 52 LAVS dans sa teneur en vigueur dès le 1<sup>er</sup> janvier 2012, 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). 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 (al. 2). 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). La caisse de compensation fait valoir sa créance en réparation du dommage par voie de décision (al. 4).

b. Selon le message relatif à la modification de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS) du 3 décembre 2010 relatif à l'art. 52 LAVS al. 2 à 4, la réparation du dommage est le corollaire des obligations de droit public que l'employeur assume en matière de perception, de versement et de décompte des cotisations paritaires d'assurances sociales en sa qualité d'organe d'exécution de l'AVS. Ce principe occupe une place prépondérante en droit des cotisations. En effet, d'après la jurisprudence développée par le Tribunal fédéral des assurances depuis 1970, non seulement les employeurs peuvent être tenus de réparer le dommage, mais également, à titre subsidiaire, les personnes physiques qui agissent en leur nom (ATF 114 V 219 et ATF 129 V 11 ). Actuellement, il est insatisfaisant que la responsabilité subsidiaire des organes, de même que d'autres caractéristiques importantes de la réparation du dommage, ne soient pas réglées dans la loi et ne puissent qu'être déduites de l'étude d'une abondante jurisprudence. Pour le citoyen, la loi doit être conçue de manière plus transparente. La conception de base ne sera pas modifiée ; la responsabilité reste limitée à la faute grave (FF 2011 519, p. 536). En d'autres termes, la nouvelle teneur de l'art. 52 al. 2 LAVS, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2012, codifie la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle, si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom ( ATAS/610/2013 du 18 juin 2013 consid. 4a).

9. À titre liminaire, il convient d'examiner si la prétention de l'intimée est prescrite.

10. 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). 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. 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). 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). 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 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances 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 ; 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). 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 (arrêt du tribunal fédéral des assurances 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). 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). c. S'agissant des actes interruptifs de prescription, il sied de retenir ce qui suit. Tandis que le juge ne peut interrompre la prescription que par une ordonnance ou une décision, « chaque acte judiciaire des parties » suffit à produire cet effet (art. 138 al. 1 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse - CO, Code des obligations - RS 220). Cette notion d'acte judiciaire des parties doit être interprétée largement tout en ayant égard à la ratio legis de la disposition citée, qui est de sanctionner l'inaction du créancier. Il faut donc considérer comme acte judiciaire d'une partie tout acte de procédure relatif au droit invoqué en justice et susceptible de faire progresser l'instance (ATF 130 III 202 consid. 3.2). Par ailleurs, tant la décision que l'opposition interrompent le délai de prescription de deux ans et font courir un nouveau délai de même durée (ATF 135 V 74 consid. 4.2.2). 11. En l'espèce, en application de la jurisprudence précitée, il y a lieu de retenir que le dommage s'est produit le 29 mai 2013, soit au moment du prononcé de la faillite, et qu'il a été connu de l'intimée le 18 février 2014, lors de la publication de l'état de collocation. En notifiant aux recourants une décision en réparation du dommage en date du 11 février 2016, l'intimée a dès lors agi en temps utile, dans les délais de deux ans à compter de la connaissance du dommage et de cinq ans dès la survenance de celui-ci. Puis, en rendant une décision sur opposition le 23 janvier 2018, l'intimée a interrompu une nouvelle fois les délais de prescription, lesquels ont derechef été interrompus par les actes de recours formés le 23 février 2018. Les actions en réparation du dommage n'étant pas prescrites, il sied à présent d'examiner si les autres conditions de la responsabilité de l'art. 52 LAVS sont réalisées, à savoir si les recourants peuvent être considérés comme « employeurs » tenus de verser les cotisations à l'intimée, s'ils ont commis une faute ou une négligence grave et

enfin, s'il existe un lien de causalité adéquate entre leur comportement et le dommage causé à l'intimée. 12. 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). 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances 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 ; Thomas 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 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances 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 (ATF 117 II 572 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances 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 ; ATF 114 V 213 consid. 3). 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 213 consid. 3), 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). 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). 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). 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_428/2013 du

## **E. 16**

octobre 2013 consid. 4.2). La qualité d'organe de fait s'analyse en fonction du rôle que la personne concernée a effectivement joué au sein de la société. Aussi, il faut en particulier qu'elle 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 132 III 523 consid. 4.5 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_295/2017 du 6 juillet 2017 consid. 5.2). Un directeur de société a généralement la qualité d'organe en raison de l'étendue des compétences que cette fonction suppose (ATF 104 II 190 consid. 3b). Mais il ne doit répondre que des actes ou des omissions qui relèvent de son domaine d'activités, ce qui, en d'autres termes, dépend de l'étendue des droits et des obligations qui découlent de ses rapports internes. Sinon, il serait amené à réparer un dommage dont il ne pouvait empêcher la survenance, faute de disposer des pouvoirs nécessaires (ATF 111 V 172 consid. 5a ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 234/02 du 16 avril 2003 consid. 7.3, résumé in HAVE/REAS 2003 p. 251). Le Tribunal fédéral a ainsi reconnu la responsabilité du directeur d'une société anonyme avec signature individuelle (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 34/04 du 15 septembre 2004 consid. 5.3.1). 13. En l'occurrence, il n'est pas contesté que M. B\_\_\_\_\_, inscrit au RC du 9 février 2010 au 7 mars 2013 en qualité d'administrateur, avec signature individuelle, revêtait la qualité d'organe formel. 14. a. Quant à M A\_\_\_\_\_, inscrit au RC le 9 février 2010 en tant que directeur, avec signature collective à deux, il soutient qu'il n'a pas eu la moindre activité pour la société, qu'il n'a fait que signer exceptionnellement des courriers préparés par des tiers, qu'il travaillait à hauteur de 120% pour deux employeurs et ne se rendait qu'exceptionnellement dans les locaux de la société, pour de simples visites de courtoisie et uniquement durant les absences de M. C\_\_\_\_\_. Il conteste avoir exercé une quelconque responsabilité ou fonction au sein de la société ou avoir pris la moindre décision, précisant encore ne pas avoir eu accès aux comptes bancaires et à la comptabilité de la société. b. La Cour de céans rappelle tout d'abord que, lors des enquêtes du 6 décembre 2018, Mme M\_\_\_\_\_, assistante administrative de 2010 à 2012, a indiqué que l'intéressé, bien que beaucoup moins présent que M. C\_\_\_\_\_, était régulièrement dans les locaux de la société et qu'elle était en contact avec lui tous les deux ou trois jours. Elle le considérait d'ailleurs comme son employeur, au même titre que M. C\_\_\_\_\_, le tenait également pour responsable de la société et avait le sentiment qu'il s'occupait plus particulièrement des paiements relatifs à l'entreprise. Il est également relevé que M. N\_\_\_\_\_ a indiqué que son contrat de travail avait été signé par M. A\_\_\_\_\_ et qu'il pensait que ce dernier était l'administrateur de la société. Ces témoignages fragilisent la thèse du recourant selon laquelle il n'était que rarement de passage dans les locaux de la société, uniquement durant les vacances de M. C\_\_\_\_\_ . Par

ailleurs, on peine à comprendre pour quelle raison l'intéressé aurait eu à faire des « visites de courtoisie » s'il n'était pas connu des employés de la société. Qui plus est, les deux attestations d'employeur produites par M. A\_\_\_\_\_ ne confortent pas ses allégations selon lesquelles il lui était impossible de déployer une quelconque activité pour la société parce qu'il travaillait déjà à 120% pour deux employeurs. Au contraire. Le document émis par H\_\_\_\_\_ le 10 décembre 2018 mentionne que le recourant travaille selon des horaires irréguliers, ce qui lui permet par conséquent d'aménager son emploi du temps et d'être actif dans une autre entreprise, ce qu'il fait d'ailleurs, comme en atteste le certificat de I\_\_\_\_\_ du 11 décembre 2018, qui mentionne que le recourant y travaille à un taux variant entre 20 et 30%, en fonction de ses congés auprès de l'employeur principal. Il pouvait donc en faire de même auprès de la société. Que la fiduciaire J\_\_\_\_\_ n'ait eu affaire à M. A\_\_\_\_\_ que très rarement et seulement durant les absences de M. C\_\_\_\_\_, conformément aux déclarations de Mme L\_\_\_\_\_, ne saurait suffire à exclure tout rôle décisionnel du recourant dans la gestion de la société. À ce propos, la Cour de céans relève qu'il ressort des pièces produites que l'intéressé est intervenu à réitérées reprises auprès de l'intimée dans le cadre du règlement des cotisations salariales. Il a en particulier sollicité un délai pour le paiement de la facture d'acomptes de décembre 2011, signé l'attestation des salaires 2011, requis un délai pour honorer le complément de cotisations dû pour l'année 2011, demandé une adaptation des acomptes pour 2012 et un échelonnement de leur paiement. Ces diverses actions se rapportaient toutes à l'obligation de l'employeur de s'acquitter des cotisations sociales et découlaient de la situation financière générale de la société. De plus, le fait que ces interventions se soient produites entre janvier et juillet 2012 atteste d'une certaine régularité dans le concours du recourant. L'argumentation de M. A\_\_\_\_\_ qui soutient n'avoir fait que signer ces documents, préparés par M. C\_\_\_\_\_, n'est pas pertinente puisqu'il les a signés en parfaite connaissance de la situation financière de la société, comme cela ressort tant des déclarations de M. B\_\_\_\_\_ - qui a indiqué que M. A\_\_\_\_\_ l'avait informé que les clients payaient difficilement et qu'il y avait des impayés - que des explications de M. A\_\_\_\_\_ lui-même - qui a reconnu avoir « mis son nez » dans les papiers en janvier 2012 et découvert que M. C\_\_\_\_\_ s'accordait d'importants salaires. Ces déclarations infirment en outre clairement les allégations contradictoires du recourant selon lesquelles il n'aurait pas eu accès à la comptabilité de la société. Si Mme L\_\_\_\_\_ n'a pas pu affirmer catégoriquement que M. A\_\_\_\_\_ disposait de la signature sur le compte bancaire, elle a toutefois clairement pensé que tel était le cas, puisque des fichiers bancaires lui avaient été envoyés. De plus, M. B\_\_\_\_\_ a indiqué à l'intimée, dans son courrier du 28 août 2017, que M. A\_\_\_\_\_ validait parfois des paiements, lorsque M. C\_\_\_\_\_ était en vacances. Les explications postérieures de M. B\_\_\_\_\_ affirmant s'être mal exprimé ne sont pas convaincantes. Il sied encore de relever que, selon les indications publiées sur le site du RC, M. A\_\_\_\_\_ est associé gérant président de I\_\_\_\_\_, avec signature collective à deux, depuis février 2009. Cette entreprise, qui a changé de but à plusieurs reprises, est active, depuis mars 2011, dans le domaine des conseils et services en vue de placements fixes et temporaires de personnel et de locations de services. Il est intéressant de noter que M. C\_\_\_\_\_ a été lui aussi associé gérant de I\_\_\_\_\_, entre le 24 février 2009 et le 16 juillet 2012. Il paraît inconcevable, à la lumière de ces éléments, que le recourant n'ait absolument pas pris part à la gestion de la société dont est litige, alors qu'il était précisément, durant la même période, associé gérant et président d'une autre entreprise active dans le même domaine. Précisons encore que, s'agissant de I\_\_\_\_\_, il paraît peu vraisemblable que seul M. C\_\_\_\_\_ s'en soit occupé puisque l'entreprise continue à

déployer ses activités en dépit de son départ. Il est en revanche vraisemblable que les deux sociétés aient été menées de manière similaire par MM. A\_\_\_\_\_ et C\_\_\_\_\_. c. Compte tenu de ce qui précède, la Cour de céans considère que le recourant a régulièrement participé de manière déterminante à la formation de la volonté de la société et pris des décisions réservées aux organes, comme en atteste d'ailleurs sa fonction de directeur mentionnée au RC, laquelle correspond au plus haut niveau de la hiérarchie. Il disposait en outre de la signature collective à deux et était seul titulaire de l'autorisation de pratiquer. Ses nombreuses interventions auprès de l'intimée ont clairement dépassé le cadre des affaires quotidiennes et ont eu une influence sur le résultat de la société. Partant, M A\_\_\_\_\_ doit se voir reconnaître la qualité d'organe de fait. 15. Les recourants revêtant tous deux la qualité d'organe, il convient à présent de déterminer s'ils ont commis une faute qualifiée ou une négligence grave au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS. 16. 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 ). 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 ; arrêt du Tribunal fédéral 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). 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'arrêt du Tribunal fédéral 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 : arrêt du Tribunal fédéral 9C\_344/2011 du 3 février 2012 consid. 4.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C\_289/2009 du 19 mai 2010 consid. 6.2). 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 (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_437/2009 du 16 avril 2010 consid. 2.2). 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 96/03 du 30 novembre 2004 consid. 7.3.1, in SJ 2005 I 272 consid. 7.3.1). Commettent ainsi une négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS les administrateurs d'une société qui se trouve dans une situation financière désastreuse, qui parent au plus pressé, en réglant les dettes les plus urgentes à l'exception des dettes de cotisations sociales, dont l'existence et l'importance leur sont connues, sans qu'ils ne puissent guère espérer, au regard de la gravité de la situation, que la société puisse s'acquitter des cotisations en souffrance dans un délai raisonnable (ATF 108 V 183 consid. 2 ; SVR 1996 AHV n°98 p. 299 consid. 3). 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 (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_289/2009 du 19 mai 2010 consid. 6.2). b. La responsabilité d'un administrateur dure en règle générale jusqu'au moment où il quitte effectivement le conseil d'administration. 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). Pour fixer le moment de la sortie du conseil d'administration d'une société anonyme, il y a lieu de prendre en considération, non pas la date de la radiation de l'inscription au registre du commerce ou celle de la publication dans la Feuille officielle suisse du commerce, mais le moment de la démission effective du conseil d'administration (ATF 126 V 134 consid. 5b). La démission est une déclaration de volonté unilatérale sujette à réception (Peter BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4 ème éd., 2009, p. 1562 n. 57a). Elle n'est soumise à aucune forme particulière, encore qu'un document écrit soit mieux susceptible d'établir la démission effective (Roland MÜLLER/Lorenz LIPP/Adrien PLÜSS, Der Verwaltungsrat, 3 ème éd., 2007, p. 135 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C\_140/2010 du 12 octobre 2010 consid. 4.4.2). 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 263/02 du 6 février 2003 consid. 3.2). Il découle également de la jurisprudence que la dette de cotisations prend

naissance à la date à laquelle le salaire déterminant a été réalisé (ATF 115 V 161 consid. 4b ; ATF 111 V 161 consid. 4a ; arrêts du Tribunal fédéral 9C\_713/2013 et 9C\_716/2013 du 30 mai 2014 consid. 4.3.3). En matière de responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS, le revenu doit être considéré comme réalisé au moment du paiement, du virement au compte de chèque ou en banque du salaire (arrêts du Tribunal fédéral 9C\_713/2013 et 9C\_716/2013 du 30 mai 2014 consid. 4.3.3). c. On rappellera encore que les employeurs sont tenus d'informer la caisse de compensation de toute variation sensible de la masse salariale en cours d'année (art. 35 al. 2 RAVS). Constitue une variation sensible un écart d'au moins 10% de la masse salariale annuelle prévue initialement. Il n'y a pas lieu d'informer la caisse d'un écart inférieur à CHF 20'000.- (Directives sur la perception des cotisations - DP, ch. 2048). L'adaptation des cotisations ne doit pas aboutir à un décompte en cours d'année, mais juste éviter que les acomptes de cotisations ne s'écartent trop du montant effectif des cotisations dues (DP ch. 2051). L'employeur qui acquitte les cotisations selon une procédure forfaitaire n'est pas tenu d'adapter en cours d'année le montant de ses versements à l'augmentation de la masse des salaires ou de constituer une réserve qui soit disponible au moment du décompte final. Il doit, le cas échéant, annoncer la différence de salaire à la fin de l'année civile. Il faut cependant réserver des situations où l'employeur verse des acomptes nettement insuffisants, en raison de difficultés de trésorerie et afin de repousser au maximum l'échéance de sa dette, tout en sachant qu'il ne sera peut-être pas en mesure, le moment venu, de s'acquitter du solde restant à sa charge ; dans cette éventualité, il commet une faute qualifiée au sens l'art. 52 LAVS et il peut être appelé à répondre de l'entier du dommage invoqué par la caisse de compensation (arrêt du Tribunal fédéral des assurances sociales H 25/05 du 12 octobre 2005 consid. 7 et les références). d. Dans certaines circonstances, un employeur peut causer intentionnellement un préjudice sans être dans l'obligation de le réparer, lorsqu'il retarde le paiement des cotisations pour maintenir son entreprise en vie, lors d'une passe de trésorerie difficile. Mais il faut alors, pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'art. 52 LAVS, que l'on puisse admettre que l'employeur avait, au moment où il a pris sa décision, des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable (arrêt du Tribunal fédéral 9C\_338/2007 du 21 avril 2008 consid. 3.1). À cet égard, la seule expectative que la société retrouve un équilibre financier ne suffit pas ; il faut des éléments concrets et objectifs selon lesquels on peut admettre que la situation économique de la société se stabilisera dans un laps de temps déterminé et que celle-ci recouvrera sa capacité financière (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 163/06 du 11 juin 2007 consid. 4.4). Ce qui est déterminant, ce n'est pas de savoir si l'employeur croyait réellement que l'entreprise pouvait être sauvée et que les cotisations seraient payées dans un proche avenir, il s'agit bien plutôt d'examiner si une telle attitude était alors défendable, objectivement, aux yeux d'un tiers responsable (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 19/07 du 10 décembre 2007 consid. 4.1). 17. a. En l'espèce, s'agissant de M. B\_\_\_\_\_, inscrit au RC comme administrateur avec signature individuelle du 9 février 2010 au 7 mars 2013, il y a lieu de conclure qu'il a commis une négligence grave en n'assumant pas dans les faits le mandat qu'il a accepté, en particulier les tâches de surveillance qui lui incombait de par la loi. S'il ne connaissait pas les obligations découlant de sa nouvelle fonction, il aurait dû se renseigner. En outre, que le recourant n'ait pas été en mesure d'exercer ses fonctions parce que M. C\_\_\_\_\_ s'occupait personnellement et seul de la gestion ou qu'il ait accepté ce rôle d'homme de paille uniquement pour rendre service à un ami n'est en aucun cas un motif de suppression ou d'atténuation de la faute commise. En effet, la raison pour laquelle il a

accepté son mandat n'a aucune importance et le fait de ne pas s'être occupé de la gestion de la société constitue en soi un cas de négligence grave. S'il avait correctement exécuté son mandat et exigé de pouvoir consulter les pièces comptables pertinentes dès son entrée en fonction, l'intéressé aurait pu constater que les salaires versés en 2010 avaient été sous-évalués rendant ainsi nécessaire un complément, que les acomptes de cotisations 2011 n'avaient été payés qu'après sommations et poursuites, qu'ils avaient à nouveau été considérablement sous-évalués et que le dernier acompte de cotisations honoré pour l'année 2012 remontait à février. Il aurait ainsi pu démissionner et prendre les mesures qui s'imposaient bien plus tôt.

b. En ce qui concerne l'étendue dans le temps de sa responsabilité, M. B\_\_\_\_\_ soutient avoir démissionné le 1<sup>er</sup> octobre 2012. Il a produit un procès-verbal d'une assemblée générale extraordinaire des actionnaires, document daté du 2 octobre 2012, ainsi que la réquisition au RC visant sa radiation, document également daté du 2 octobre 2012. M. A\_\_\_\_\_ a cependant constaté que sa signature avait été imitée et contesté la tenue d'une assemblée générale à la date indiquée, ce que M. B\_\_\_\_\_ a ensuite admis. S'il est exact que la validité de la démission n'est pas soumise à l'approbation des actionnaires ou du président, il n'en demeure pas moins que la démission est une déclaration de volonté unilatérale sujette à réception. Or, les documents produits, dès lors qu'ils sont entachés d'une irrégularité certaine, ne permettent pas d'établir, au degré de la vraisemblance prépondérante requis, que M. B\_\_\_\_\_ a effectivement démissionné le 1<sup>er</sup> ou le 2 octobre 2012. D'autant moins que M. B\_\_\_\_\_ a écrit ultérieurement à l'intimée, le 1<sup>er</sup> novembre 2012, pour l'informer que la société cessait son activité et que seuls deux employés seraient occupés jusqu'au 31 décembre 2012. Cette démarche, postérieure à la date à laquelle il prétend avoir démissionné, démontre qu'il n'a pas effectivement quitté ses fonctions en octobre 2012. De plus, il n'a fait aucune mention, dans ce courrier à l'intimée, du fait qu'il avait cessé ou cesserait prochainement d'être administrateur de la société. Enfin, le rapport du curateur du 12 mars 2013 ne fait pas non la moindre référence à ladite démission, alors qu'il mentionne que M. A\_\_\_\_\_ a quitté la société. Force est donc de constater que M. B\_\_\_\_\_ n'a pas réussi à établir qu'il avait démissionné avant la date à laquelle le timbre du préposé au RC a été apposé, soit le 28 février 2013. M. B\_\_\_\_\_ doit dès lors être tenu à réparation du dommage résultant du non-paiement des cotisations qui découlent des salaires versés en 2011 et 2012, puisque sa démission n'est établie qu'en 2013 seulement.

c. Contrairement à ce que soutient le recourant, le fait qu'un plan de paiement ait été accordé à la société pour s'acquitter du complément de cotisations 2011 suite à la facture finale du 2 février 2012 ne saurait le libérer de sa responsabilité. En effet, l'accord est devenu caduc en raison du défaut de paiement des cotisations courantes dues en 2012, conformément au plan d'amortissement du 13 février 2012. Le recourant est donc tenu de réparer le dommage relatif aux cotisations encore dues pour l'année 2011, dès lors que lesdites cotisations sont redevenues exigibles suite au défaut de paiement, dans le délai, de l'acompte du mois de février 2012. S'agissant des acomptes de cotisations 2012, M. B\_\_\_\_\_ n'est pas parvenu à établir qu'il avait démissionné en octobre 2012. Il se prévaut cependant également de la nomination d'un curateur, en décembre 2012, pour faire valoir que les organes de la société n'ont plus eu ensuite le moindre contrôle sur la société. Selon l'article 725a al. 2 CO, le juge peut désigner un curateur et soit priver le conseil d'administration de son pouvoir de disposition soit subordonner ses décisions à l'accord du curateur. S'il désigne un curateur, il lui appartient dans tous les cas de définir en détail les attributions de celui-ci. En l'occurrence, il ne ressort pas du rapport du curateur du 12 mars 2013 que le juge aurait choisi de priver le conseil d'administration de certains de ses

pouvoirs, ni de subordonner ses décisions à l'accord du curateur. Le recourant ne produit d'ailleurs aucun document venant étayer ses allégations. Enfin, concernant le rattrapage des cotisations 2012, la société a sous-évalué les montants dus en 2010, 2011 et 2012, rendant ainsi nécessaires des factures finales pour des montants de l'ordre de CHF 60'000.- (2010), CHF 105'000.- (2011) et CHF 49'000.- (2012). Concernant en particulier ce dernier solde, il est rappelé que l'intimée a adapté les acomptes en août 2012 pour tenir compte de la baisse importante d'activité annoncée par MM. A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ le 10 juillet 2012, respectivement le 21 août 2012, et que seuls deux employés ont été occupés durant les mois de novembre et décembre 2012. C'est dire si les acomptes ont été particulièrement insuffisants durant le premier semestre 2012. Au vu de la situation financière de la société - qui a dû requérir un plan de paiement pour le rattrapage des cotisations dues pour 2011 sur 36 mois -, les organes devaient savoir qu'elle ne serait pas en mesure de s'acquitter de la facture finale demeurant à sa charge et découlant d'acomptes très insuffisants pour 2012. Ces derniers n'ont d'ailleurs été réglés que pour les mois de janvier et février, et avec beaucoup de retard. En sa qualité d'administrateur unique, M. B\_\_\_\_\_ ne pouvait ignorer la différence importante entre les acomptes versés et les cotisations réellement dues, et il devait s'attendre à un règlement de compte laissant apparaître une dette de cotisation importante. Sa faute apparaît d'autant plus grave que les acomptes étaient régulièrement sous-évalués et qu'il connaissait les difficultés financières de la société, ce qui rendait d'autant plus aléatoire le paiement du solde de cotisations le moment venu. En ne prenant aucune mesure pour remédier à la situation, M. B\_\_\_\_\_ n'a pas fait preuve de la diligence requise au regard des obligations qui lui incombait en matière d'AVS. Sa responsabilité ne saurait par conséquent se limiter exclusivement au non-paiement des montants forfaitaires échus jusqu'au moment de son départ, mais doit s'étendre à toute la part du dommage correspondant au non-paiement des cotisations sociales sur les salaires versés par la société durant la période où il en a été formellement l'administrateur unique. 18. a. Concernant M. A\_\_\_\_\_, il a accepté d'endosser la fonction de directeur de la société. Il était par ailleurs au courant du fait que des créances de cotisations n'étaient pas couvertes, puisqu'il a sollicité à deux reprises des plans de paiements. Que M. C\_\_\_\_\_ se soit occupé personnellement de la gestion des salaires et de l'exécution des paiements n'est pas de nature à le libérer de son obligation de diligence. Le recourant aurait dû intervenir, cas échéant démissionner de ses fonctions, ce d'autant plus qu'il était seul titulaire de l'autorisation LSE. C'est dire que sa présence, même passive, a permis à la société de continuer ses activités. Il a donc commis une négligence grave selon la jurisprudence. C'est encore le lieu de relever que les allégations du recourant selon lesquelles il aurait sollicité en vain des informations sur la situation financière de la société auprès de J\_\_\_\_\_ durant la période litigieuse ne sont confortées, ni par les pièces du dossier, ni par le témoignage de Mme L\_\_\_\_\_. Cette dernière a en effet déclaré à la Cour ne pas se rappeler que M. A\_\_\_\_\_ aurait sollicité des renseignements de sa part durant les années litigieuses à propos des finances de la société. Selon ses souvenirs, la demande de M. A\_\_\_\_\_ avait été formulée en 2017 et tendait à obtenir d'elle la confirmation qu'elle avait traité avec M. C\_\_\_\_\_ la majeure partie du temps. Ce témoignage est corroboré par les pièces produites par M. A\_\_\_\_\_, qui a effectivement écrit à Mme L\_\_\_\_\_ le 15 septembre 2017 pour lui demander de confirmer que les salaires et les problématiques d'assurances sociales avaient exclusivement été traités par M. C\_\_\_\_\_ qui s'occupait des paiements. b. Enfin, le rapport du curateur du 12 mars 2013 mentionne que M. A\_\_\_\_\_ a quitté la société, sans autre précision quant à la date de la cessation de ses activités. Aucune pièce du dossier ne suggère que le recourant aurait

démisionné avant le 31 décembre 2012, ce qu'il n'allègue au demeurant pas. Dans ces conditions, et pour les mêmes raisons que celles énoncées s'agissant de M. B\_\_\_\_\_, M. A\_\_\_\_\_ est également responsable de l'entier du dommage subi par l'intimée. 19. 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). 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 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 167/05 du 21 juin 2006 consid. 8 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 95/05 du 10 janvier 2007 consid. 4). 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 307/02 du 28 janvier 2004 consid. 8.1). 20. En l'espèce, les manquements des recourants relatifs au défaut de paiement des cotisations dues pour les années 2011 et 2012 sont sans aucun doute possible en rapport de causalité avec le dommage subi par l'intimée. En effet des mesures prises plus rapidement en vue de cesser les activités de la société et de provoquer sa faillite auraient permis d'éviter le dommage dont ils répondent. On relèvera encore que la diminution du chiffre d'affaires ne permet pas d'exclure la responsabilité des recourants. En premier lieu, les problèmes financiers de la société ne constituent pas en soi une circonstance permettant aux organes de se défaire de leurs responsabilités. En effet, admettre le contraire reviendrait à faire supporter le risque économique de l'entreprise aux caisses de compensation, ce que la jurisprudence exclut. Du reste, dès lors que la survenance d'un dommage au sens de l'art. 52 LAVS suppose par définition l'insolvabilité de l'employeur, admettre le manque de capitaux de ce dernier à titre de facteur de réduction ou d'exclusion de la faute rendrait l'art. 52 LAVS lettre morte. Par ailleurs, le comportement reproché aux recourants est de ne pas avoir procédé en priorité au paiement des cotisations paritaires et de ne pas avoir pris les mesures qui s'imposaient pour régulariser la situation auprès de l'intimée et diminuer le dommage. Si la société a diminué

sa masse salariale, cette mesure était manifestement insuffisante puisqu'elle n'a pas permis à la société de s'acquitter des cotisations. En outre, les recourants n'allèguent ni ne démontrent qu'ils auraient sursis au paiement des cotisations dans le cadre de mesures d'assainissement laissant entrevoir une perspective sérieuse et objective de retour à meilleure fortune de la société. Ainsi, on ne se trouve pas dans la constellation dans laquelle la jurisprudence a admis l'interruption d'un lien de causalité du fait de la faute d'un tiers, soit de délits ou crimes commis par un autre organe de la société et susceptibles d'entraîner un dommage même en cas de comportement conforme au droit de l'organe recherché. Enfin, rien ne permet de retenir que l'intimée aurait gravement négligé son obligation d'exiger le paiement des cotisations et d'en poursuivre l'encaissement. Contrairement à ce que prétend M. A\_\_\_\_\_, il ne saurait être reproché à l'intimée d'avoir accordé un plan de paiement pour le complément des cotisations dues pour 2011. D'ailleurs, lorsque ce recourant a sollicité un échelonnement des paiements afférents aux cotisations dues en 2012, l'intimée a immédiatement refusé. 21. Quant au montant du dommage, il 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, n o 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 (arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 142/03 du 19 août 2003 consid. 5.5). Les recourants ne contestent pas en tant que telles les sommes réclamées par l'intimée. La Cour de céans relèvera à toutes fins utiles que le dommage annoncé comprend les montants des cotisations calculés sur les salaires déclarés pour 2011 et 2012, ainsi que les frais administratifs, de sommation, de poursuite et les intérêts moratoires, sous déduction des montants versés, ce qui est conforme aux prescriptions en vigueur. Ainsi, les montants de CHF 87'522.50 pour 2011 et CHF 164'768.25 pour 2012 peuvent être confirmés. 22. Au vu de ce qui précède, la responsabilité de M. B\_\_\_\_\_ est engagée au sens de l'art. 52 LAVS. Ce recourant répond donc du dommage résultant du non-paiement des cotisations afférentes aux salaires versés durant les années 2011 et 2012, soit un montant total de CHF 252'290.75. Son recours est rejeté et les décisions de l'intimée des 11 février 2016 et 23 janvier 2018 le concernant sont confirmées. 23. Au vu de ce qui précède, la responsabilité de M. A\_\_\_\_\_ est également engagée au sens de l'art. 52 LAVS. Ce recourant répond ainsi du dommage résultant du non-paiement des cotisations afférentes aux salaires versés durant les années 2011 et 2012, soit un montant total de CHF 252'290.75. Son recours est rejeté et les décisions de l'intimée des 11 février 2016 et 23 janvier 2018 le concernant sont confirmées. 24. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant À la forme : 1. Déclare les recours recevables. Au fond : 2. Rejette celui de M. A\_\_\_\_\_. 3. Rejette celui de M. B\_\_\_\_\_. 4. Confirme les décisions de l'intimée des 11 février 2016 et 23 janvier 2018 concernant MM. A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_. 5. Dit que la procédure est gratuite. 6. 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.