RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/143/2020 **ATAS/644/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 5 juillet 2022

En la cause

Monsieur A_____, domicilié à GENÈVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Juliette ANCELLE	recourants
Monsieur B_____. domicilié à PENSHURST, ROYAUME-UNI, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Juliette ANCELLE	

contre

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FÉDÉRATION DES ENTREPRISES ROMANDES FER CIAM, sise rue de Saint-Jean 98, GENÈVE	intimée

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente ; Philippe KNUPFER, Eleanor McGREGOR, Marine WYSSENBACH et Fabienne MICHON RIEBEN, juges, Toni KERELEZOV et Monique STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs.

EN FAIT

A. **a.** La société C_____ (ci-après : la société ou la société faillie) a été inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) de Genève, le 9 avril 2002, avec pour but social, notamment, la fourniture de services informatiques et consultatifs.

b. Le 8 mars 2011, Monsieur A_____ (ci-après : l'assuré 1 ou le recourant 1), ressortissant britannique, est devenu administrateur avec signature individuelle de la société. Il a conservé cette qualité jusqu'au 24 mai 2016. En date du 12 octobre 2011, Monsieur B_____ (ci-après : l'assuré 2 ou le recourant 2), également ressortissant britannique, a été inscrit au RC en tant que titulaire d'une procuration individuelle en faveur de la société.

c. Au cours de l'année 2012, la société a connu des difficultés de paiement de ses cotisations sociales. Ses comptes 2012 révèlent qu'au 31 décembre de cette année, la société était surendettée à hauteur de CHF 178'413.72 et était débitrice d'une « dette fiscale et sociale » d'un montant de CHF 195'695.13. Au 31 décembre 2013, ces montants s'élevaient respectivement à CHF 246'930.40 et à CHF 145'300.56.

d. La société a fait face à plusieurs importants échecs commerciaux en juin 2014, à l'automne 2014 et en mai 2015. Elle a continué à connaître des retards de paiement de ses cotisations sociales. Les cotisations en retard des années précédentes ont cependant pu être intégralement payées.

e. En parallèle, la société a entrepris de réduire ses dépenses et notamment sa masse salariale et ses charges de loyer, tout en recherchant de nouvelles opportunités commerciales. Dans ce cadre, la société a notamment obtenu, au second semestre 2014, l'exclusivité suisse pour la distribution d'un logiciel spécifique.

f. Au 31 décembre 2014, la société était surendettée à hauteur de CHF 513'668.28 et était débitrice d'une dette sociale d'un montant de CHF 192'162.83.

g. En date du 13 avril 2015, un arrangement de paiement des cotisations sociales a été sollicité par la société. Il a été octroyé, le lendemain, par la caisse interprofessionnelle AVS de la fédération des entreprises romandes FER CIAM (ci-après : la caisse ou l'intimée). Cet arrangement a été annulé, le 11 septembre 2015, après deux rappels de paiement, car une seule échéance avait été réglée, dans l'intervalle, par la société.

h. La société a été déclarée en faillite par jugement du Tribunal de première instance du canton de Genève (ci-après : TPI) du 11 novembre 2015.

i. Par courrier du 19 mai 2016, la caisse a produit une créance de CHF 100'539.10 dans la faillite de la société.

j. En date du 15 juin 2016, le TPI a suspendu la faillite, faute d'actifs. En date du 4 octobre 2016, la société a été radiée du RC.

k. Par courriers datés du 13 et du 27 septembre 2016, la caisse a offert à l'assuré 2 un arrangement de paiement, sous la forme de paiements mensuels de CHF 500.-.

l. La caisse a écrit à l'assuré 1 et à l'assuré 2, en date du 22 septembre 2017, pour leur annoncer que, sous réserve d'un paiement d'un montant de CHF 38'380.30 au 2 octobre 2017, elle demanderait aux organes de la société faillie la réparation de son dommage et déposerait plainte pénale auprès du Ministère public du canton de Genève.

m. Par courriers datés du 22 septembre et du 13 novembre 2017, la caisse a encore offert un nouvel arrangement de paiement à l'assuré 2 sous la forme de paiements mensuels d'un montant de CHF 1'000.-.

B. **a.** En date du 16 janvier 2018, la caisse a rendu une décision de réparation du dommage portant sur un montant de CHF 76'834.35 à l'encontre de l'assuré 1 et l'a notifiée au domicile en Suisse de ce dernier, par courrier recommandé.

b. En date du 23 janvier 2018, la caisse a rendu une décision de réparation du dommage portant sur un montant de CHF 82'064.75 à l'encontre de l'assuré 2 et l'a notifiée au domicile britannique de ce dernier, par courrier recommandé avec accusé de réception.

c. L'assuré 1 a fait opposition à la décision d'indemnisation par courrier du 19 février 2018. L'assuré 2 a également fait opposition à la décision d'indemnisation de la caisse par courrier du même jour.

d. Par décision sur opposition du 26 novembre 2019 notifiée par courrier recommandé, la caisse a rejeté l'opposition de l'assuré 1 et confirmé sa décision du 16 janvier 2018, en indiquant que le dommage au jour de la décision, en ce qui le concernait, s'élevait désormais à CHF 65'834.35 en tenant compte du dernier versement de l'assuré 2, daté du 7 novembre 2018.

e. Par décision sur opposition du même jour, envoyée au Royaume-Uni, par courrier recommandé avec accusé de réception, la caisse a rejeté l'opposition de l'assuré 2 et confirmé la décision du 23 janvier 2018, récapitulant les frais pour réparation du dommage et constatant que sa responsabilité était engagée à hauteur de CHF 71'064.75.

Cette décision ayant été notifiée à une adresse qui n'était plus celle de l'assuré 2, la caisse a envoyé un nouveau courrier recommandé, avec accusé de réception, contenant une nouvelle décision sur opposition, datée du 25 mars 2020, à l'adresse actuelle de l'assuré 2 à Penshurst au Royaume-Uni. Le suivi de l'envoi postal indique que cet envoi a été remis au destinataire le 28 mars 2020. La signature électronique figurant sur le « track and trace » ne correspond toutefois pas à celle de l'assuré 2.

C. **a.** Le 10 janvier 2020, l'assuré 1 a recouru auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la chambre de céans) contre la décision

du 26 novembre 2019 le concernant, en concluant à ce qu'elle soit annulée avec suite de frais et dépens.

b. Le 26 février 2020, la caisse a répondu au recours de l'assuré 1 en maintenant intégralement sa position. Le recourant 1 a répliqué par mémoire du 20 avril 2020.

c. Par courrier daté du 24 août 2020, la caisse a indiqué qu'elle modifiait sa décision en indemnisation en diminuant le montant visé de CHF 419.- en lien avec l'arrêt de principe ATAS/79/2020 du 30 janvier 2020 qui avait constaté l'absence de base légale, pour inclure les cotisations à l'assurance-maternité cantonale dans le montant du dommage.

D. **a.** Par mémoire du 28 septembre 2020, l'assuré 2 a recouru contre la décision sur opposition du 28 mars 2020, en exposant qu'il n'avait eu connaissance de ladite décision que suite à la réception, le 2 septembre 2020, d'un courrier de la caisse daté du 26 août 2020.

b. Par courrier du 5 octobre 2020, la chambre de céans a requis du recourant 2 qu'il se détermine sur la question de l'éventuelle tardiveté de son recours et d'une potentielle restitution du délai de recours.

c. Par courrier daté du 23 octobre 2020, l'intimée a conclu à la tardiveté du recours de l'assuré 2, vu la réception de la décision, en date du 28 mars 2020, selon les informations du suivi postal.

d. Par courrier du 26 octobre 2020, le recourant 2 s'est déterminé sur l'éventuelle tardiveté du recours en insistant sur le fait qu'il n'avait pas reçu le courrier recommandé avec accusé de réception le 28 mars 2020, date qui suivait de quelques jours l'entrée en vigueur du premier confinement imposé à la population britannique et dans le cadre duquel les facteurs locaux avaient reçu l'instruction de signer les avis de recommandés, en lieu et place de leur destinataire. Le recourant 2 maintenait donc que son recours du 28 septembre 2020 était recevable.

e. Par courrier du 28 octobre 2020, le recourant 2 s'est encore déterminé sur le contenu du courrier de l'intimée, daté du 23 octobre 2020.

f. Par courrier du 24 novembre 2020, l'intimée a requis la jonction des procédures de recours concernant les assurés 1 et 2. Elle a, en outre, maintenu sa position sur l'irrecevabilité du recours de l'assuré 2 et a conclu, subsidiairement, à son rejet sur le fond, sous réserve d'une réduction de l'indemnisation due par ce dernier à un montant total de CHF 70'618.75 en lien avec l'absence de base légale établie par la jurisprudence ATAS/79/2020 du 30 janvier 2020.

g. Par ordonnance du 21 décembre 2020, la chambre de céans a joint les causes n^{os} A/143/2020 et A/3033/2020 sous l'unique numéro de cause A/143/2020.

h. Le 31 janvier 2022, la chambre de céans a requis des recourants qu'ils produisent des pièces complémentaires, et en particulier les comptes de la société fallie des années 2013, 2014 et 2015 ainsi que des extraits de compte bancaire. Par courrier du 1er mars 2022, ceux-ci ont répondu qu'ils ne disposaient plus de ces pièces.

i. Une audience de comparution personnelle s'est tenue le 3 mars 2022. Les recourants ont exposé les moyens qu'ils avaient déployés pour réduire les charges de la société et essayer de développer la clientèle. Ils ont reconnu qu'ils étaient, tous deux, conscients de la situation financière de la société et qu'ils n'avaient, à leur souvenir, pas fait une annonce de surendettement de la société, au sens de l'art. 725 CO. À l'issue de l'audience, l'intimée s'est engagée à produire des pièces complémentaires afin de documenter la situation financière de la société faillie. Les pièces ont été produites en date du 14 mars 2022.

j. Par courriers du 16 mai 2022, la chambre de céans a requis des deux parties qu'elles produisent les comptes audités de la société faillie, pour les années 2013, 2014 et 2015, ainsi que les extraits de compte bancaire de celle-ci, pour la période allant du 1er juillet 2013 au 11 novembre 2015.

k. Par courrier du 31 mai 2022, les recourants ont maintenu leur position exprimée le 1er mars 2022, à savoir qu'ils ne disposaient plus de ces pièces.

l. Par courrier du 3 juin 2022, l'intimée a produit les pièces qu'elle avait obtenues auprès de l'office des faillites. Celles-ci comprenaient les bilans et les comptes de pertes et profits non audités de la société faillie, pour les années 2011, 2012, 2013, 2014 et 2015, ainsi que des relevés des comptes de ladite société pour les années 2010 à 2015.

m. Par courrier du 16 juin 2022, les recourants se sont déterminés sur le contenu de ces pièces, alléguant notamment que ces dernières confortaient leur version des faits quant à la situation financière de la société.

n. La cause a alors 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 - E 2 05), 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 matérielle pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

Selon l'art. 52 al. 5 LAVS, le tribunal des assurances du canton dans lequel l'employeur est domicilié est compétent pour traiter d'un recours contre une décision d'indemnisation fondée sur l'art. 52 LAVS.

La société faillie avait son siège à Genève. La chambre de céans est donc également compétente à raison du lieu pour connaître des litiges faisant l'objet de la présente procédure.

2. La question du respect du délai de recours de trente jours est contestée, s'agissant du recours de l'assuré 2 ; il convient donc d'examiner cette question en premier lieu, sachant que, selon l'art. 60 al. 1 LPGA, un recours doit être déposé dans les trente jours suivant la notification de la décision querellée pour qu'il soit recevable.

2.1 Le recourant 2 explique qu'il n'a pas reçu la décision sur opposition de la caisse du 25 mars 2020, bien qu'elle ait été envoyée par courrier recommandé avec accusé de réception. Il fait remarquer que la signature sur le suivi « track and trace » du courrier concerné ne correspond pas à la sienne et qu'à l'époque des faits, le service postal britannique faisait face à une désorganisation due à la première vague de la pandémie de COVID-19 ; les facteurs locaux avaient notamment reçu pour directive de signer les avis de recommandés en lieu et place des destinataires. Par ailleurs, le recourant 2 expose que la notification directe d'une décision d'une autorité suisse, par voie postale, sur le territoire britannique, portait atteinte à la souveraineté de cet État et que la notification en cause aurait dû être effectuée par la voie diplomatique, faute d'accord international permettant la notification par voie postale. Le recourant 2 n'a eu, effectivement connaissance de la décision que le 2 septembre 2020 ; dès lors, le délai de recours de trente jours n'a commencé à courir que le lendemain. Son recours a donc été déposé en temps utile.

2.2 Selon l'intimée, sa notification est valide puisque le « track and trace » qu'elle a produit à la procédure démontre que le recourant 2, ou une personne de son ménage, a bien reçu le courrier recommandé contenant sa décision sur opposition du 25 mars 2020 en date du 28 mars 2020. En l'absence d'éléments concrets permettant de conclure à une notification incorrecte par la Poste britannique, la présomption d'une notification correcte ne saurait être renversée. Le recours daté du 28 septembre 2020 est en conséquence tardif et, partant, irrecevable.

3. Il convient d'examiner dans quelle mesure la notification qui aurait, selon la caisse, été réalisée le 28 mars 2020, est conforme au droit.

3.1 La notification d'une décision à l'étranger est un acte de puissance publique qui est susceptible de violer la souveraineté de l'État sur le territoire duquel cette notification a lieu ; en l'absence d'une règle internationale engageant les États concernés ou du consentement de l'État sur le territoire duquel la notification a lieu, seule la notification par voie diplomatique est possible (ATF 136 V 295 consid. 5.1 ; ATF 135 III 623 consid. 2.2 ; ATF 124 V 47 consid. 3a ;

arrêt du Tribunal fédéral 2C_160/2019 du 5 novembre 2019 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_478/2017 du 9 avril 2018 consid. 4.1).

3.2 En l'espèce, le recourant 2 est un résident et citoyen britannique. Il faut donc examiner si le droit international social qui était applicable dans la relation entre le Royaume-Uni et la Suisse, à l'époque des faits, prévoit une règle spéciale permettant de déroger au principe de la notification par voie diplomatique.

3.3

3.3.1 Le 1er février 2020 à minuit (heure de Genève), le Royaume-Uni a perdu sa qualité d'État membre de l'Union européenne. Cependant, dans le cadre d'une phase transitoire durant jusqu'au 31 décembre 2020, les règles relatives au marché unique, et en particulier celles relatives à la libre circulation des personnes, ont continué à trouver application, aussi bien entre le Royaume-Uni et les États de l'Union européenne (ci-après : l'Union), qu'entre la Suisse et le Royaume-Uni. L'accord entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999 (ALCP - RS 0.142.112.681) est en effet, comme son nom l'indique, un accord mixte qui n'a pas été conclu uniquement par l'Union mais également par ses États membres, à titre individuel. Dans la relation entre la Suisse et le Royaume-Uni, cet accord a été remplacé, dès le 1er janvier 2021, par l'Accord entre la Confédération suisse et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord relatif aux droits des citoyens à la suite du retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne et à la fin de l'applicabilité de l'accord sur la libre circulation des personnes, du 25 février 2019 (RS 0.142.113.672).

3.3.2 Selon l'art. 8 ALCP et l'art. 1 Annexe II à l'ALCP, le règlement européen (CE) 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (RS 0.831.109.268.1 ; ci-après : Règlement n° 883/2004), et le règlement (CE) 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant le règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, et déterminant le contenu de ses annexes sociales (RS 0.831.109.268.11 ; ci-après : Règlement n° 987/2009) sont applicables dans les relations transfrontalières entre la Suisse et les États de l'Union avec les modifications prévues par l'Annexe II ALCP ; cela sous réserve des règles prévues au protocole I à l'Annexe II ALCP. Ces textes de droit de l'Union fondent un système (quasi-)complet de droit international social régissant les conflits de compétence et les conflits de lois, et primant les droits nationaux (ATF 146 V 290 consid. 3.2 ; ATF 146 V 152 consid. 4.2.3.1 ; ATF 144 V 127 consid. 4.2.3.1 ; C-784/19 [Grande chambre], *TEAM POWER EUROPE*, du 3 juin 2021 consid. 32 et 33 ; C-610/18 [Grande chambre], *AFMB e.a*, du 16 juillet 2020 consid. 40 et 41).

3.3.3 La notification litigieuse ayant pris place au cours de l'année 2020, les règles découlant de l'ALCP, et en conséquence des règlements n° 883/2004 et n° 987/2009, sont applicables.

4. Il faut maintenant clarifier si les Règlements n° 883/2004 et n° 987/2009 prévoient des règles particulières en matière de notification des décisions sur le territoire d'un autre État.

4.1 Selon l'art. 76 § 2 Règlement n° 883/2004, les autorités et les institutions des États membres se prêtent leurs bons offices et se comportent comme s'il s'agissait de l'application de leur propre législation. L'entraide administrative desdites autorités et institutions est en principe gratuite. Selon l'art. 76 § 3 Règlement n° 883/2004, les autorités et les institutions des États membres peuvent communiquer directement entre elles ainsi qu'avec les personnes intéressées ou leurs mandataires. L'art. 3 § 4 al. 2 Règlement n° 987/2009 intitulé « Portée et modalités des échanges entre les personnes concernées et les institutions » prévoit notamment que l'institution compétente notifie sa décision au demandeur qui réside ou séjourne dans un autre État membre, soit directement, soit par l'intermédiaire de l'organisme de liaison de l'État membre de résidence ou de séjour.

Le principe en matière de communication ou de notification aux parties et tiers à une procédure sociale - situés sur le territoire d'un autre État partie au système européen de coordination des systèmes de sécurité sociale - est donc le libre choix d'une autorité sociale entre l'entraide internationale en matière administrative sociale et l'action directe. Cela vaut d'ailleurs, a priori, également pour les tribunaux sociaux, dans le cadre d'une procédure de recours (contrairement à ce qui était le cas sous l'empire des anciens règlements européens : cf. ATF 135 V 293 consid. 2.2.3 et 2.2.4). En effet, selon l'art. 1 let. p Règlement n° 883/2004, le terme « institution » désigne, pour chaque État membre, l'organisme ou l'autorité chargé d'appliquer tout ou partie de la législation. Or tel est manifestement le cas des tribunaux sociaux suisses disposant d'un pouvoir de réforme des décisions sociales de première instance. En outre, il apparaît faire peu de sens de contraindre un tel tribunal social, autorité supérieure et indépendante, à requérir l'assistance de l'autorité administrative intimée, à chaque fois qu'il est amené à prendre des décisions d'instruction relative à une personne domiciliée sur le territoire d'un État lié par les Règlements n° 883/2004 et n° 987/2009.

En matière de recouvrement de cotisations sociales et de répétition de prestations versées à tort, l'art. 84 § 1 Règlement n° 883/2004 prévoit que le recouvrement des cotisations dues à une institution d'un État membre ainsi que la répétition de prestations indûment servies par l'institution d'un État membre peuvent être opérés dans un autre État membre suivant les procédures et avec les garanties et privilèges prévus par le droit national en la matière. Des normes plus détaillées sont prévues aux art. 71 à 85 du Règlement n° 987/2009, lesquels consacrent un véritable droit de procédure unifié en matière de recouvrement et d'exécution

forcée des cotisations sociales dans les situations transfrontalières (en ce sens : Bernhard SPIEGEL, in : Europäisches Sozialrecht, Fuchs éd., 7ème éd. 2018, n. 1 et 30 ad. art. 84 Règlement n° 883/2004).

Dans ce cadre, l'art. 77 Règlement n° 987/2009 intitulé « Notification », prévoit :

« Sur demande de l'entité requérante, l'entité requise procède à la notification au destinataire, selon les règles en vigueur pour la notification des actes et décisions correspondants dans son État membre, de tous actes et décisions, y compris judiciaires, relatifs à une créance ou à son recouvrement, émanant de l'État membre de l'entité requérante ».

Cette norme, qui prévoit la notification par le biais d'une entité étatique de l'État de notification, est une règle spéciale qui prime le principe de l'art. 3 § 4 al. 2 Règlement n° 987/2009 (du même avis : Melchior VOLZ, Zustellungen sozialversicherungsgerichtlicher Urkunden und Entscheide im Ausland, in : SZS/RSAS 2019 260, p. 269 ; Bernhard SPIEGEL, in : Europäisches Sozialrecht, Fuchs éd., 7ème éd. 2018, n. 19 ad. art. 76 Règlement n° 883/2004). Comme cela ressort de son texte, cette règle spéciale ne concerne que les décisions fondant une créance envers un administré ou les décisions en matière d'exécution forcée qui émanent d'un autre État que l'État de résidence de la personne visée (Bernhard SPIEGEL, in : Europäisches Sozialrecht, Fuchs éd., 7ème éd. 2018, n. 37 ad. art. 84 Règlement n° 883/2004 ; voir également : Melchior VOLZ, Zustellungen sozialversicherungsgerichtlicher Urkunden und Entscheide im Ausland, in : SZS/RSAS 2019 260, p. 269).

Il convient donc de clarifier si une décision d'indemnisation fondée sur l'art. 52 LAVS rentre dans le champ d'application de la règle spécifique de l'art. 77 Règlement n° 987/2009, ou si elle est, au contraire, soumise au principe général de l'art. 3 § 4 al. 2 Règlement n° 987/2009.

4.2 Contrairement à une norme ressortant spécifiquement de l'ALCP qui est soumise aux règles d'interprétation valant pour les traités (ATF 147 V 402 consid. 9.2.1 ; ATF 147 V 387 consid. 3.3 ; ATF 147 V 285 : consid 3.3.7), une norme de droit « interne » de l'Union qui trouve application à la Suisse est soumise aux règles d'interprétation applicables en matière de droit de l'Union (en ce sens : ATF 144 II 121 consid. 3.4).

Une norme du droit de l'Union doit être interprétée selon des principes semblables à ceux applicables au droit interne suisse, à savoir à l'aune de son texte, de son contexte systématique et des objectifs qu'elle poursuit, le tout à l'aide des éléments de genèse de la disposition en cause (ATF 144 II 121 consid 3.4 ; C-708/20, *BT (Mise en cause de la personne assurée)*, du 9 décembre 2021 consid. 24 ; C-296/20, *Commerzbank*, du 30 septembre 2021 consid. 40 ; C-631/17, *Inspecteur van de Belastingdienst*, du 8 mai 2019 consid 29 ; C-621/18 [Assemblée plénière], *Wightman e.a.*, du 10 décembre 2018, consid. 47).

4.2.1 L'art. 75 § 1 Règlement n° 987/2009 prévoit que, en ce qui concerne notamment l'art. 77 Règlement n° 987/2009, l'on entend par « créance » *« toute créance afférente à des cotisations ou à des prestations versées ou servies indûment, y compris les intérêts, amendes, pénalités administratives et tous les autres frais et coûts en rapport avec la créance en vertu de la législation de l'État membre qui détient la créance »*.

En allemand, italien et anglais, le texte de cette norme est formulé respectivement comme suit :

« Forderung alle Forderungen im Zusammenhang mit nicht geschuldet geleisteten Beiträgen oder gezahlten Leistungen, einschließlich Zinsen, Geldbußen, Verwaltungsstrafen und alle anderen Gebühren und Kosten, die nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, der die Forderung geltend macht, mit der Forderung verbunden sind » ;

« per « credito » si intendono tutti i crediti relativi a contributi versati o prestazioni erogate indebitamente, compresi interessi, ammende, sanzioni amministrative e tutti gli altri oneri e le altre spese connessi al credito a norma della legislazione dello Stato membro che reclama il credito » ;

«'claim' means all claims relating to contributions or to benefits paid or provided unduly, including interest, fines, administrative penalties and all other charges and costs connected with the claim in accordance with the legislation of the Member State making the claim ».

Indépendamment de l'erreur de traduction contenue dans le texte allemand (*« nicht geschuldet »* ; voir également ; Bernhard SPIEGEL, in : Europäisches Sozialrecht, Fuchs éd., 7ème éd. 2018, n. 30 ad. art. 84 Règlement n° 883/2004), il ressort donc du texte de cette disposition, en particulier dans les autres langues que le français, que toutes les décisions liées à des cotisations dues par un administré à une institution sociale tombent dans le champ d'application de cet article, y compris d'éventuelles amendes ou pénalités administratives.

Une décision d'indemnisation pour le dommage représenté par le non-paiement de cotisations sociales entre dans le champ d'application de cette norme. En effet, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser que l'art. 52 LAVS consacrait une responsabilité de droit public directement liée à l'obligation de droit public de l'employeur de percevoir des cotisations sociales (ATF 137 V 51 consid. 3.2 ; ATF 132 III 523 consid. 4.4 ; voir également : ATF 141 V 489 consid. 2.2). Il s'agit en quelque sorte de méthode subsidiaire de perception de cotisations sociales.

4.2.2 Cette interprétation est confirmée par le but de l'art. 77 Règlement n° 987/2009 à l'aune de sa genèse historique.

Avec l'adoption des art. 71 et suivants Règlement n° 987/2009, le législateur européen a désiré tirer les leçons des complications engendrées par la situation qui

existait en matière de recouvrement de cotisations avant l'entrée en vigueur dudit règlement, lorsque ce recouvrement dépendait largement de relations bilatérales, en mettant en place un cadre légal uniformisé (Bernhard SPIEGEL, in : Europaisches Sozialrecht, Fuchs éd., 7ème éd. 2018, n. 1 ad. art. 84 Règlement n° 883/2009). Dans cette optique, ledit législateur a jugé qu'il apparaissait plus approprié de s'assurer que la notification des décisions afférentes à des cotisations et au recouvrement de celles-ci était conforme aux règles procédurales de l'État requis. Or, il faut rappeler que l'exécution forcée est une prérogative des États relevant du domaine régalien et qu'à cet égard, les règles du droit international social européen constituent déjà un régime exceptionnel qui reflète la grande confiance que se portent les États membres de l'Union, et la confiance similaire qu'ils accordent aux autorités sociales helvétiques. Tant la Cour de justice de l'Union européenne que la Cour de justice du canton de Genève ont eu l'occasion de préciser que cette confiance entraîne une reconnaissance des décisions et actes entrepris par les autorités sociales des autres États parties, sous réserve d'un abus de droit (C-17/19, *Bouygues travaux publics e.a.*, du 14 mai 2020 consid. 37 à 42 ; C-359/16 [Grande chambre], *Altun e.a.*, du 6 février 2018 consid. 39, 40, 41 et 47 ; C-145/03 [Grande chambre], *Keller*, du 12 avril 2005 consid. 50 ; ATAS/1088/2019 du 26 novembre 2019 consid. 8a ; voir également l'art. 5 Règlement n° 987/2009). En matière de recouvrements, le principe de notification par le truchement de l'autorité compétente de l'État requis doit en conséquence être compris de manière large.

L'art. 77 Règlement n° 987/2009 doit donc être interprété en ce sens qu'il trouve application à la notification d'une décision d'indemnisation fondée sur l'art. 52 LAVS. En conséquence, une telle décision doit être notifiée par le biais de l'autorité compétente de l'État de résidence selon les règles applicables dans cet État ; une notification par voie diplomatique n'est certes pas requise, cependant une notification par voie postale n'est pas possible.

4.3 Partant la décision sur opposition du 25 mars 2020 a été communiquée à l'assuré 2 en violation du droit applicable.

5. Dès lors qu'il a été établi que la notification de la décision sur opposition du 25 mars 2020 n'était pas conforme au droit, il faut encore examiner les conséquences de cette violation.

5.1 La nullité (absolue) d'une décision viciée en fait ou en droit n'est à admettre que si la loi prévoit une telle conséquence ou si elle ressort du but de la norme violée au vu de la violation en cause (ATF 122 I 97 consid. 3a) ; dans ce cadre, la nullité d'une décision étatique exige en principe que le vice qui l'affecte soit particulièrement grave, qu'il soit au moins facilement décelable et que la sécurité du droit ne soit sérieusement mise en danger par cette nullité ; un vice de fond n'entraîne qu'exceptionnellement la nullité d'une décision au contraire d'une incompétence fonctionnelle ou matérielle de l'autorité appelée à statuer ou d'une

erreur manifeste de procédure (ATF 147 III 226 consid. 3.1.2 ; ATF 147 IV 93 consid. 1.4.4 ; ATF 146 IV 145 consid. 2.10 ; ATF 145 III 436 consid. 4).

5.2 Les décisions notifiées irrégulièrement suivent toutefois un régime spécifique. Selon l'art. 49 al. 3 LPGA, la notification irrégulière d'une décision ne doit entraîner aucun préjudice pour l'intéressé (cf. également art. 38 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 [PA - RS 172.021]).

Comme mentionné plus haut, l'art. 77 Règlement n° 987/2009 protège la confiance accordée aux institutions sociales des États parties au système européen de coopération en matière sociale et le respect de la souveraineté desdits États, domaine dans lequel la Suisse défend une position stricte (cf. ATF 133 I 234 consid. 2.5.1 ; ATF 124 V 47 consid. 3b ; voir également : https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/politique-exterieure/droit-international-public/respect-promotion.html, consulté pour la dernière fois le 21 juin 2022). Dans un arrêt 2C_478/2017 du 9 avril 2018 consid. 5.4, le Tribunal fédéral a renversé des jurisprudences antérieures non publiées qui avaient appliqué en matière de notification internationale la jurisprudence relative aux notifications irrégulières internes à la Suisse. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de préciser qu'un acte d'une autorité suisse violant la souveraineté d'un autre État devait en principe en tout cas être annulé (ATF 142 III 355 consid. 3.3.3 ; ATF 124 V 47 consid. 4).

Cependant, dans un arrêt 2C_160/2019 du 5 novembre 2019 rendu en matière de fiscalité internationale, le Tribunal fédéral a considéré qu'une notification réalisée en violation des règles d'assistance administrative internationale prévues par un traité international liant la Suisse, et ainsi en violation de la souveraineté d'un autre État, devait être considérée comme néanmoins valable dès lors qu'elle avait atteint son but (arrêt du Tribunal fédéral 2C_160/2019 du 5 novembre 2019 consid. 4.1). Certes, cette jurisprudence, qui n'a pas été publiée ni reprise telle quelle depuis lors, semble contredire la jurisprudence publiée récente en matière de notification internationale en procédure pénale (ATF 147 IV 518 consid. 3.3). L'arrêt 2C_160/2019 mentionne toutefois clairement que les arrêts antérieurs ont été « pris en compte » et s'en écarte. Il s'agit donc d'un renversement de la jurisprudence publiée et non publiée, soit en particulier des arrêts ATF 124 V 47 et 2C_478/2017, qui lie la chambre de céans (du même avis, quoique critique : Lysandre PAPADOPOULOS, Notification extraterritoriale en matière fiscale : hésitations du Tribunal fédéral, clarifications des Traités, RDAF 2020 II 2, p. 6 à 9 et 11 à 13).

Au vu de cette dernière jurisprudence, et dès lors que le recourant 2 a admis avoir eu connaissance de la décision en date du 2 septembre 2020, il convient de considérer que la notification de la caisse, bien qu'effectuée en violation du droit international social liant la Suisse, n'est pas nulle. Elle a au contraire été réalisée valablement, mais uniquement à cette dernière date.

6. Il ressort de ce qui précède que le recours de l'assuré 2, déposé le 28 septembre 2020, a été déposé dans le délai de trente jours prévu par l'art. 60 LPGA, ainsi que dans les formes prévues par l'art. 89B de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10), et est partant recevable.

7. S'agissant du recours de l'assuré 1, il n'est pas débattu qu'il a été interjeté dans les forme et délai prescrits, vu la suspension du délai de recours entre le 18 décembre 2019 et le 2 janvier 2020. Ledit recours est partant recevable (art. 60 et 61 let. b LPGA).

8. Le fond du litige consiste à déterminer si les conditions légales prévues par l'art. 52 al. 2 LAVS, en lien avec l'al. 1 de la même disposition, sont remplies.

8.1 Selon les recourants, la condition de la faute de l'organe de l'employeur recherché en responsabilité n'est en l'espèce pas remplie. Ils avancent que la société avait eu du retard dans le paiement de ses cotisations sociales pour la première fois en 2012, retard qui avait cependant pu être rattrapé. Confronté à de nouvelles difficultés, notamment liées au franc fort, ils avaient légitimement cru que cette nouvelle passe pourrait à nouveau être surmontée, d'autant que les frais de personnel avaient été réduits par une diminution du nombre d'employés, passé de dix-sept en 2010 à sept en 2014. Ce n'est que suite à plusieurs importants échecs commerciaux et après plusieurs tentatives infructueuses de recherche de nouvelles affaires commerciales que la faillite de la société avait été prononcée. À cet aune, le fait que les cotisations impayées objet de la procédure à l'encontre des assurés ne se rapportent qu'à une période relativement courte, soit d'octobre 2014 à juin 2015, permet, de leur opinion, de conclure au plus à une faute légère de leur part, laquelle ne suffit pas à fonder une décision d'indemnisation sur la base de l'art. 52 LAVS.

8.2 Selon l'intimée, les explications des recourants ne suffisent pas à les exonérer de leur responsabilité. La bonne foi de ces derniers n'est pas remise en cause, mais celle-ci n'empêche pas leur faute grave, vu en particulier le non-respect des arrangements de paiement conclus les 3 février 2014 et 14 avril 2015.

9.

9.1 Les conditions d'une responsabilité subsidiaire d'un organe d'un employeur pour défaut de paiement des cotisations sont la qualité d'organe sur une période temporelle donnée (1), la violation de son devoir de diligence objective de s'assurer que les cotisations puissent être payées par ledit organe (2), l'existence d'un dommage pour l'autorité sociale (3), la causalité entre le dommage et la violation du devoir de payer les cotisations de l'organe en question (4) et enfin la faute grave, soit intentionnelle ou par négligence grave, de l'organe en question (5) (dans le même sens : ATF 132 III 523 consid. 4.6).

Comme l'a précisé le Tribunal fédéral, l'employeur qui ne s'assure pas que les cotisations sociales courantes soient payées viole son devoir de diligence (ATF 132 III 523 consid. 4.6 ; ATF 108 V 183 consid. 1a ; ATAS/79/2020

[arrêt de principe] du 30 janvier 2020 consid. 8). Cela ne signifie toutefois pas encore que le dommage provoqué de ce fait est dû à une faute, respectivement à une faute grave ; la question de la faute grave doit donc toujours être examinée séparément de la violation de l'obligation de s'assurer que les cotisations courantes sont dument payées (ATF 121 V 243 consid. 4b ; ATF 108 V 183 consid. 1a ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_599/2017 du 26 juin 2018 consid. 4.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_228/2008 du 5 février 2009 consid. 4.2.1).

9.2 En l'espèce, la réalisation des quatre premières conditions susmentionnées n'est pas contestée par les recourants. Ceux-ci font en revanche valoir que le dommage causé par le non-paiement de cotisations sociales n'est pas dû à une faute grave.

10. Il convient donc d'examiner, plus en détail, la question de l'existence d'une faute grave des recourants.

10.1

10.1.1 Selon la jurisprudence, la notion de faute grave est à comprendre de manière large comme une absence de faute légère (ATF 132 III 523 consid. 4 ; ATAS/79/2020 [arrêt de principe] du 30 janvier 2020 consid. 8 ; ATAS/669/2014 du 2 juin 2014 consid. 7). Une absence de paiement de cotisations sociales afin de faire face à une situation financière difficile n'engage la responsabilité de l'employeur, respectivement des organes de celui-ci, qu'à des conditions strictes : ce n'est que si la personne concernée pouvait sur la base d'éléments objectifs sérieux admettre au moment où elle a pris sa décision, que le non-paiement temporaire de cotisations pourrait jouer un rôle décisif dans la sortie d'une situation financière difficile pour l'entreprise concernée et qu'il serait possible de s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable, qu'une faute grave peut être exclue (arrêt du Tribunal fédéral 9C_861/2018 du 12 mars 2019 consid. 4.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_588/2017 du 21 novembre 2017 consid. 5.2 ; ATAS/79/2020 [arrêt de principe] du 30 janvier 2020 consid. 9). Dans cette optique, l'ensemble des circonstances doit être examiné, et notamment la durée de défaut de paiement des cotisations sociales (ATF 121 V 243 consid. 4b ; ATAS/79/2020 [arrêt de principe] du 30 janvier 2020 consid. 8). Cependant, même une courte période de non-paiement des cotisations peut mener à considérer qu'il existe une faute grave lorsqu'il apparaît que des difficultés de paiement existaient déjà antérieurement (arrêt du Tribunal fédéral 9C_817/2008 du 15 janvier 2009 consid. 3.4).

10.1.2 L'autorité sociale lésée peut conclure à la présence d'une faute grave lorsqu'il n'existe pas d'élément laissant penser que le dommage lié au défaut de paiement des cotisations n'est pas dû à une faute, ou uniquement à une faute légère (ATF 108 V 183 consid. 2b ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_861/2018 du 12 mars 2019 consid. 4.2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_599/2017 du 26 juin 2018 consid. 4.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_906/2017 du 21 juin 2018

consid. 4.3), et ce même si le fardeau de la preuve des faits fondant une faute grave de l'employeur repose en principe sur l'autorité sociale lésée (arrêt du Tribunal fédéral 9C_369/2012, 9C_370/2012 du 2 novembre 2012 consid. 7.2).

10.2 En l'espèce, l'autorité intimée a, sur requête de la chambre de céans, produit des décisions de sursis au paiement datant du 24 août 2012, ainsi que du 4 février 2013, et qui portent sur des montants de plusieurs dizaines de milliers de francs suisses. Dans son courrier du 14 mars 2022, elle précise que les sommes en cause ont toutefois été ensuite intégralement payées par la société faillie.

L'intimée a également produit un décompte interne de paiement des cotisations débutant en janvier 2014 et montrant des retards de paiement déjà à cette date. Elle a, en outre, produit des décomptes de cotisations en retard avec bulletins de versement produits qui permettent de conclure qu'il existait, très vraisemblablement, des retards de paiement depuis octobre 2014 déjà. Cette information a été confirmée par le recourant 2 qui, lors de l'audience du 3 mars 2022, a précisé que la société faillie avait commencé à avoir des problèmes pour payer les cotisations sociales des employés, à tout le moins, à partir du second trimestre 2014, et que de tels problèmes avaient eu lieu également en 2012, mais que ceux-ci avaient pu être réglés grâce aux bons résultats obtenus au cours de l'année 2013.

Face à ces éléments, les recourants ont expliqué de manière détaillée pourquoi ils avaient été pris de court par des difficultés commerciales relativement soudaines, survenues entre l'automne 2014 et le printemps 2015. Au cours de l'audience du 3 mars 2022, le recourant 2 a également explicité les mesures d'économies que la société avait mises en place durant les années 2014 et 2015 pour réduire les coûts, et notamment la réduction des charges locatives et de la masse salariale. Il a également fait mention de diverses tentatives sérieuses de recherches de nouvelles opportunités commerciales.

Ces éléments seuls ne permettent cependant pas de conclure à l'existence d'une faute uniquement légère de leur part avec le degré de preuve de la vraisemblance prépondérante. Ils doivent être analysés en parallèle des données comptables et des extraits de compte bancaire de la société faillie, sur la période allant de 2012 au prononcé de la faillite le 11 novembre 2015.

À l'examen des bilans et des comptes de profits et pertes pour les années 2012, 2013 et 2014, il apparaît qu'il existait déjà une dette « fiscale et sociale » de CHF 195'695.13 au 31 décembre 2012 (cf. pièce 54 intimée, p. 1). Celle-ci a été réduite à CHF 145'300.56 au 31 décembre 2013, puis s'est à nouveau accrue à hauteur de CHF 192'162.83 au 31 décembre 2014. Surtout, le résultat net de la société au 31 décembre 2012 est négatif, soit - CHF 178'413.72, soit un montant nettement supérieur au montant des fonds propres s'élevant à CHF 120'000.- (capital-actions + réserves) (cf. pièce 54 intimée, p. 1 et 2). La société faillie était

donc en situation de surendettement au 31 décembre 2012 et les recourants auraient légalement dû procéder à un bilan intermédiaire en vertu de l'art. 725 al. 2 de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO - RS 220), lequel aurait selon toute vraisemblance mené au prononcé de la faillite de la société selon l'art. 725a al. 1 CO et l'art. 192 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP - RS 281.1). Au 31 décembre 2013, soit avant même que des mesures de réduction des coûts soient mises en place par les recourants, le résultat net de la société a atteint une perte de - CHF 246'930.40, soit deux fois le montant de ses fonds propres.

Dans ces circonstances, il est hautement vraisemblable qu'un rétablissement n'était plus envisageable au 31 décembre 2012 déjà ; les mesures prises en 2014 par les recourants n'apparaissant pas de nature à pouvoir sauver la société. Le fait que les charges de personnel, de location et de voyage aient subi des réductions notables entre 2011 et 2014 ou que le chiffre d'affaires de la société se montait encore à CHF 1'628'222.14, comme l'allèguent les recourants dans leurs observations du 16 juin 2020, n'y change rien. Leur faute doit être qualifiée de grave.

Partant, les conditions d'une responsabilité des recourants fondée sur l'art. 52 LAVS sont remplies, comme l'a estimé à juste titre l'intimée.

11. Par courriers datés du 24 août 2020 en ce qui concerne le recourant 1 et du 24 novembre 2020 en ce qui concerne le recourant 2, l'intimée a admis une réduction du montant réclamé aux recourants à titre de dommage, en lien avec l'arrêt de principe ATAS/79/2020 du 30 janvier 2020 qui avait constaté l'absence de base légale pour inclure les cotisations à l'assurance-maternité cantonale dans le montant d'une prétention en responsabilité fondée sur l'art. 52 LAVS.

En conséquence, il convient d'admettre très partiellement les recours en ce sens que le montant dû à l'intimée par le recourant 1 s'élève à CHF 65'415.35, au lieu de CHF 65'834.35, et le montant dû à l'intimée par le recourant 2 s'élève à CHF 70'618.75, au lieu de CHF 71'064.75. Les décisions contestées sont confirmées pour le surplus.

12. Les recourants obtenant très partiellement gain de cause, l'intimée leur versera à chacun un montant de CHF 100.- à titre de dépens (art. 61 let. g LPGA).

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 89H al. 1 LPA).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

Conformément à l'art. 133 al. 2 LOJ

À la forme :

1. Déclare le recours de Monsieur B_____ recevable.
2. Déclare le recours de Monsieur A_____ recevable.

Au fond :

3. Les admet très partiellement.
4. Confirme les décisions attaquées sous réserve du montant du dommage réduit à CHF 65'415.35 en ce qui concerne Monsieur A_____, et à CHF 70'618.75 en ce qui concerne Monsieur B_____, au sens des considérants.
5. Condamne l'intimée à verser CHF 100.- à Monsieur A_____ et CHF 100.- à Monsieur B_____, à titre de dépens.
6. Dit que la procédure est gratuite.
7. 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	La présidente
Véronique SERAIN	Valérie MONTANI

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le