

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/946/2009

ATAS/34/2011

ARRET

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

du 18 janvier 2011

2^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur M_____, domicilié à Vucherens

recourant

contre

FER CIAM 106.1, sise rue de Saint-Jean 98, 1201 Genève

intimée

**Siégeant : Sabina MASCOTTO, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et
Evelyne BOUCHAARA, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. La société Z_____ (ci-après la société), inscrite au registre du commerce (ci-après le RC) dès le 4 août 1997, spécialisée dans la gestion de ressources d'impression, imprimerie et reprographie, a été affiliée auprès de la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des Entreprises Romandes FER CIAM 106.1 (ci-après la Caisse).
2. A teneur des extraits du RC, à compter du 28 mai 2002, M. M_____ (ci-après l'administrateur) a été administrateur unique de la société avec signature individuelle.
3. La société, présentant un retard dans le paiement des cotisations facturées par la Caisse, a bénéficié de plusieurs arrangements de paiements dont certains n'ont pas été respectés, de sorte que la Caisse a engagé des poursuites à son encontre.
4. Par courrier du 10 juin 2003, la Caisse a informé l'administrateur de la société, qu'à défaut d'un paiement, elle se verrait dans l'obligation de dénoncer la soustraction des cotisations auprès du Procureur général. La caisse a joint un relevé de compte pour la période août, septembre à novembre 2002, janvier à mars 2003 mentionnant un montant total dû de 75'948 fr. 45.
5. Par décision du 26 novembre 2004, la Caisse a facturé à la société un montant de 223'911 fr. 95 concernant les reprises de salaires suite à un contrôle d'employeur effectué le 3 mars 2003 portant sur la période de janvier 1999 à décembre 2003. La société a formé opposition contre cette décision.
6. Le 5 avril 2005, la société a été dissoute par mise en faillite prononcée par jugement du Tribunal de première instance.
7. Par décision sur opposition du 12 avril 2005, entrée en force, la Caisse a partiellement admis l'opposition de la société, dans la mesure où elle a renoncé à la reprise de salaires concernant deux personnes. La décision du 26 novembre 2004 était pour le surplus confirmée, faute de justificatifs aux griefs invoqués par la société.
8. Par décision du 20 mai 2005, la Caisse a rectifié le montant facturé le 26 novembre 2004, soit une extourne en faveur de la société de 39'410 fr. 85.
9. Par pli du 2 juin 2005, la Caisse a menacé l'administrateur du dépôt d'une plainte pénale pour soustraction de cotisations.
10. Le 7 juin 2005, la Caisse a produit dans la faillite de la société une créance de 236'512 fr. 15 (205'091 fr. 20 en 2^{ème} classe et 31'473 fr. 90 en 3^{ème} classe).

11. Par courrier du 14 juillet 2005, l'administrateur, par le biais de la société Y_____ a souhaité trouver une solution pour le paiement de la part pénale des cotisations. Un arrangement a été conclu, portant sur le versement de 725 fr. par mois. L'administrateur a versé 8'700 fr. entre juillet 2005 et février 2007.
12. Par courrier recommandé du 2 novembre 2005, la Caisse a été informée du dépôt de l'état de collocation et de la publication de celui-ci le même jour. Ses créances étaient admises en 2^{ème} et 3^{ème} classe et aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers chirographaires.
13. Le 6 octobre 2006, la Caisse a produit dans la faillite de la société une créance définitive de 230'712 fr. 35 à titre de cotisations sociales, frais administratifs et de poursuites, taxes et intérêts moratoires (199'238 fr. 45 en 2^{ème} classe et 31'473 fr. 90 en 3^{ème} classe).
14. Le 22 novembre 2006, la Caisse a reçu deux actes de défaut de biens de 199'238 fr. 45 pour la créance en 2^{ème} classe et de 31'473 fr. 90 pour celle en 3^{ème} classe. Aucun dividende n'a été versé.
15. Par courrier du 17 juillet 2007, la Caisse a informé l'administrateur qu'en raison du dommage subi, une demande en réparation du dommage allait être déposée à l'encontre des organes responsables, dont il faisait partie. La Caisse souhaitait obtenir par ailleurs les adresses du directeur de la société, M. D_____ et de son épouse, Mme D_____, considérés comme employeurs de fait de la société faillie.
16. Par décision du 23 août 2007, annulant et modifiant une décision du 16 août 2007, la caisse a notifié à l'administrateur une décision en réparation du dommage fixé à 225'402 fr. 15, correspondant à 191'249 fr. 10 de cotisations impayées, auxquelles s'ajoutaient des frais administratifs (4'765 fr. 75), des intérêts moratoires (28'883 fr. 90), les taxes de sommation (180.- fr.) et les frais de poursuites (323 fr. 40).
17. Par courrier du 5 septembre 2007, la Caisse a informé l'administrateur que la part pénale des cotisations était de 12'218 fr. 75 pour les mois de juin à décembre 2004. A défaut d'une proposition quant à l'amortissement de la dette, une dénonciation auprès du Procureur général serait effectuée.
18. Le 14 septembre 2007, l'administrateur a formé opposition à la décision du 23 août 2007 et a sollicité un délai pour produire des justificatifs.
19. L'administrateur n'a pas fourni de pièces à l'échéance du délai accordé par la Caisse et n'a pas donné suite au rappel daté du 31 janvier 2008.

20. Par deux décisions datées du 7 novembre 2007, la Caisse a également requis du directeur de la société et de son épouse, la réparation du dommage fixé à 225'402 fr. 15 correspondant aux cotisations et frais réclamés à l'administrateur.
21. Le directeur de la société et son épouse se sont opposés aux décisions. La Caisse a octroyé plusieurs délais au directeur de la société pour produire des justificatifs, auxquels il n'a pas donné suite.
22. Par trois décisions sur opposition du 19 février 2009, la Caisse a réclamé le versement de 225'402 fr. 15 à l'administrateur, au directeur de la société et à son épouse, solidairement. Le montant réclamé correspondait aux cotisations AVS/AI/APG/AC des mois de novembre et décembre 2003, de janvier 2004, de juin à décembre 2004, du complément de l'année 2005 et du rapport de contrôle pour les années 1999 à 2003, aux cotisations dues au régime des allocations familiales des mois de juillet à décembre 2004, du complément de l'année 2005 et du rapport de contrôle pour les années 1999 à 2003, ainsi qu'aux cotisations dues au régime de l'assurance maternité des mois de novembre et de décembre 2003, de janvier 2004, de juin à décembre 2004, du complément de l'année 2005 et du rapport de contrôle pour les années 1999 à 2003 (191'249 fr. 10). A ces cotisations, s'ajoutaient des frais administratifs (4'765 fr. 75), des intérêts moratoires (28'883 fr. 90), les taxes de sommation (180.- fr.) et les frais de poursuites (323 fr. 40).

S'agissant de l'administrateur, la Caisse a estimé que son opposition n'était pas recevable à la forme. Quant au fond, sa responsabilité, en sa qualité d'organe formel de la société, était engagée pour le dommage causé. Pendant plusieurs années, les cotisations n'avaient pas été payées dans les délais et certains salaires avaient été déclarés tardivement. De plus, des rémunérations n'avaient pas été déclarées. L'administrateur aurait dû prendre les mesures nécessaires pour s'assurer que les cotisations seraient payées.

23. Par actes du 18 mars 2009, l'administrateur (ci après le recourant), le directeur de la société et son épouse ont interjeté recours contre les décisions précitées. Le recours du directeur de la société a été enregistré sous la cause n° A/947/2009 et celui de son épouse sous la cause n° A/1000/2009.

Le recourant explique qu'hormis la validation des comptes présentés par les organes de contrôle de la société, il n'avait pas d'autre mandat au sein de la société. Les comptes lui paraissaient bien tenus et il n'avait pas de raison de pousser plus loin les investigations. Il ne pense pas avoir failli à ses obligations d'administrateur.

Sur le fond, il se réfère au recours déposé par le directeur unique de la société, dont il joint une copie. Le directeur ne conteste pas que la société soit redevable d'arriérés envers la Caisse, mais il conteste certains montants. Il précise que la responsabilité de la gestion de l'entreprise lui a toujours appartenu et que le

recourant ne tenait aucun rôle dans la gestion de l'entreprise : il se bornait à valider les bilans annuels sans prendre part à la conduite des affaires.

Le directeur conteste des reprises de salaires résultant de la décision du 26 novembre 2004 rendue suite au contrôle portant sur la période du 1^{er} janvier 1999 au 31 décembre 2003. S'agissant des arriérés de paiements, le directeur fait valoir que l'intimée a omis de prendre en compte 4'475 fr. versés par la société le 13 mars 2005 dans le cadre de l'arrangement de paiement portant sur la somme de 57'318 fr. 50. Il conclut à ce que le montant du dommage subi soit rectifié dans cette mesure et à ce que les intérêts et autres frais ne soient pas pris en compte.

24. Par réponse du 30 avril 2009, l'intimée estime que le recours est irrecevable car l'administrateur n'a pas motivé son opposition. Sur le fond, l'intimée conclut à son rejet au motif que le recourant a manqué à ses devoirs de surveillance de la société. Par ailleurs, l'intimée explique que le recourant, par l'intermédiaire du directeur, conteste les reprises de salaires résultant de la décision du 26 novembre 2004. Or, cette décision avait déjà fait l'objet d'une procédure d'opposition qui avait abouti à une réduction du montant de la reprise de salaires (décision sur opposition du 12 avril 2005). Il n'y avait pas lieu de revenir sur cette décision entrée en force. Enfin, s'agissant des arriérés de paiement, l'intimée avait bien tenu compte d'un paiement de 4'775 fr. parvenu le 15 mars 2005 (pièce 33 intimée). L'intimée explique par ailleurs que contrairement à ce que fait valoir le recourant, les intérêts et les frais font partie du dommage subi.
25. A la demande du Tribunal des assurances sociales, l'intimée a, par courrier du 28 mai 2009, produit un décompte des derniers versements effectués en sa faveur depuis juillet 2005 ainsi qu'un relevé de compte détaillé pour la période de janvier 1997 à décembre 2007. Elle explique que les versements effectués par le recourant entre juillet 2005 et février 2007 (soit un total 8'700 fr.) ont été pris en compte dans la demande de réclamation. Par ailleurs, la contestation actuelle du rapport de contrôle du 26 novembre 2004 intervient trop tard puisque la procédure d'opposition avait abouti à une décision sur opposition admettant une extourne en faveur de la société de 39'410 fr. 85. S'agissant du délai de prescription, celui-ci avait été respecté puisque l'état de collocation avait été déposé le 2 novembre 2005, que l'intimée avait consulté le dossier auprès de l'Office des faillites le 7 novembre 2005 et que la décision en réparation du dommage avait été notifiée au recourant le 23 août 2007.
26. Le 16 juin 2009, une audience de comparution personnelle a eu lieu à laquelle le recourant ne s'est pas présenté mais a été excusé. Le Tribunal des assurances sociales a entendu le directeur, son épouse, l'intimée, ainsi que M. O _____, aussi recherché par l'intimée en tant qu'administrateur (ci-après l'administrateur II) d'une société créée par le directeur, X _____ (ci-après la société II), et dont le recours a été enregistré sous la cause N° A/978/2009.

L'intimée a expliqué avoir recherché l'administrateur et deux organes de fait, soit le directeur et son épouse. Celui-ci était toujours apparu comme le dirigeant des deux sociétés ; quant à son épouse, elle avait régulièrement adressé des courriers à l'intimée en qualité de directrice administrative.

Le directeur a expliqué avoir créé la société en 1997 et la société II en 1995. Domicilié à l'époque sur France, il ne pouvait pas en devenir l'administrateur, il avait alors procédé comme cela était souvent le cas : il avait contacté des amis qui avaient accepté d'apparaître en tant qu'administrateurs et d'être inscrits comme tels. La gestion comptable était assurée par une fiduciaire, Y _____, les sociétés y était d'ailleurs domiciliées. Le directeur a déclaré que le recourant s'était contenté d'assister aux assemblées générales et de valider les rapports de l'organe de contrôle. Quant à son épouse, elle s'était contentée d'adresser des courriers à l'intimée sur ses instructions, notamment lorsqu'il s'est agit de négocier des arrangements de payer pour les retards de cotisations. Elle avait un rôle purement administratif et n'avait d'ailleurs pas la signature bancaire. Le directeur a ajouté qu'à l'époque, il débutait lui-même et n'avait aucune idée de ce que le rôle d'administrateur pouvait, cas échéant, impliquer. Renseignements pris, il avait constaté que ce rôle était souvent dévolu à un employé d'une fiduciaire, rémunéré à hauteur de 3'000.- à 4'000.- fr. Il avait préféré faire appel à un ami.

L'épouse du directeur a expliqué avoir été engagée en qualité de responsable administrative en 1998. Au fil du temps, son rôle n'avait pas changé, elle s'était occupée de la gestion administrative de la société sur instruction de son époux. Elle ne prenait pas de décisions relatives à la gestion de la société.

Le directeur a confirmé ces faits, il faisait les paiements en fonction de l'argent disponible. Il s'occupait seul de la gestion de la société. Les documents officiels ou comptables allaient directement chez la fiduciaire. Les fournisseurs s'adressaient en revanche directement à l'adresse de la société. Le directeur a indiqué souhaiter pouvoir rencontrer un collaborateur de l'intimée et consulter les pièces car il contestait un certain nombre de reprises de cotisations. Une fois clarifié le montant effectivement dû, il souhaitait pouvoir bénéficier d'un arrangement et que l'intimée puisse cas échéant renoncer à un certain nombre de frais et que l'on échelonne la date, de façon à mettre hors de cause les administrateurs ainsi que son épouse. Le directeur s'est engagé à produire les bilans, les comptes d'exploitation et les rapports de l'organe de contrôle pour les années 2002 à 2004.

Enfin, l'intimée était d'accord qu'un rendez-vous soit fixé avec le directeur, et d'accord également d'examiner à nouveau la qualité d'organe de faits de l'épouse du directeur à la lumière des explications données en audience.

27. Le 13 juillet 2009, un entretien a eu lieu entre l'intimée, le directeur de la société et l'administrateur II. En l'absence de documents pertinents, l'intimée ne pouvait

revenir sur les reprises de salaires effectuées lors du contrôle. Un délai au 24 août 2009 a été fixé au directeur pour fournir les pièces.

28. Le 27 juillet 2009, le directeur de la société a transmis au Tribunal des assurances sociales les comptes de pertes et profits de la société pour les années 2001 à 2003.
29. Le 23 septembre 2009, l'intimée a informé le Tribunal des assurances sociales de sa nouvelle détermination quant au dommage subi et a produit le procès-verbal de la réunion du 13 juillet 2009. Elle explique que les pièces justificatives promises par le directeur ne lui ont pas été communiquées. Elle acceptait, à bien plaisir, de renoncer à la reprise pour Mme S. _____ (3'731 fr. en septembre 2003). Par ailleurs, vu la facture jointe au recours du directeur concernant l'achat par la société d'une machine, l'intimée était d'accord d'extourner le montant repris de 100'190 fr. pour l'année 1999. L'intimée renonçait par ailleurs à poursuivre l'épouse du directeur pour la réparation du dommage, suite aux témoignages. Enfin, l'intimée constatait que le directeur n'avait pas produit les comptes pour l'année 2004, ni aucun bilan.
30. Par courrier du 29 septembre 2009, le Tribunal des assurances sociales a invité le directeur à produire les documents comptables sollicités par l'intimée.
31. Par arrêt du 20 octobre 2009, le Tribunal des assurances sociales a constaté que le recours déposé par l'épouse du directeur était devenu sans objet (ATAS/1277/2009).
32. Le 3 novembre 2009, le Tribunal des assurances sociales a entendu l'intimée, le directeur et l'administrateur II. Le recourant, qui ne s'est pas présenté, a été excusé.

Le directeur a indiqué recevoir ce jour-là copie d'un décompte rectificatif établi par l'intimée suite à sa contestation de plusieurs éléments sur lesquels avaient porté les contrôles et qui avaient débouché sur des reprises de cotisations. Le directeur en prenait bonne note et partait de l'idée que les calculs effectués par l'intimée étaient exacts. Il prenait note par conséquent que le montant du dommage était réduit à 210'289 fr. 40. Le directeur a produit en outre une pièce nouvelle relative au statut de M. G. _____, dont la rémunération avait précisément fait l'objet de reprise. Le directeur a pris note du fait qu'a priori ce document tenait plus du contrat de travail que du mandat, selon le Tribunal et l'intimée, mais qu'une instruction pourrait avoir lieu pour clarifier la situation. Le directeur a rappelé par ailleurs son souhait d'assumer ses responsabilités en tant que principal acteur de la société et de, si faire se peut, dégager l'administrateur recourant de la présente procédure. Dans le cadre d'une négociation avec l'intimée, il souhaitait que celle-ci renonce à une partie des frais et des intérêts moratoires.

L'intimée s'est dite d'accord, sur suggestion du Tribunal, d'organiser une réunion à pour mettre en place un accord global. L'administrateur II a déclaré participer

volontiers à l'entretien avec l'intimée. Lui et le directeur feraient en sorte d'avoir des instructions du recourant qui ne pouvait pas se déplacer pour des raisons professionnelles ou de pouvoir obtenir son accord, cas échéant, sur le moment.

33. D'accord entre les parties, l'instruction de la cause a été suspendue par le Tribunal des assurances sociales dès le 3 novembre 2009.
34. Par courrier du 20 avril 2010, l'intimée a informé le Tribunal des assurances sociales avoir diminué, dans la mesure du possible, le montant réclamé. Elle avait annulé la reprise des salaires de Mme S_____ (3'731 fr.) et du directeur (100'190 fr.). S'agissant des frais et intérêts que le recourant, par le biais du directeur des sociétés, voulait voir supprimés, il n'y avait pas de motif justifiant une telle suppression. Le dommage subi était donc fixé à 210'289 fr. 40 au lieu de 225'402 fr. 15, ce dont le recourant et le directeur avaient été informés par courriers du 15 avril 2010.
35. Par ordonnance du 23 avril 2010, le Tribunal des assurances sociales a repris l'instruction de la cause, a communiqué au recourant et au directeur le courrier de l'intimée et ses annexes, et leur a fixé un délai pour se déterminer.
36. Ni le recourant, ni le directeur n'ont transmis leur détermination.
37. Le 30 août 2010, W_____, organe de révision de la société, a transmis, à la demande du Tribunal de céans, une copie des pièces comptables de la société au 31 décembre 2003.
38. Suite à plusieurs rappels du Tribunal, V_____, organe de révision de la société d'août 1997 à octobre 2003, a transmis le 17 novembre 2010 les bilans de 1999 à 2001.
39. Le Tribunal des assurances sociales a communiqué les pièces aux parties, leur a octroyé un délai pour se déterminer et a gardé la cause à juger le 13 décembre 2010.

EN DROIT

1. Jusqu'au 31 décembre 2010, conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a, ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS ; RS 831.10).

Dès le 1^{er} janvier 2011, cette compétence revient à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le

Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 9 octobre 2009).

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. La LPGA est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'article 52 LAVS, relatif à la responsabilité de l'employeur pour le dommage causé à une caisse de compensation en violant des prescriptions légales. Désormais, la responsabilité de l'employeur y est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les articles 81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (ci-après : RAVS) ont été abrogés. La LPGA s'appliquera au cas d'espèce, de même que les nouvelles dispositions en vigueur, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminant se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). In casu, la connaissance du dommage et toute la procédure qui a suivi sont postérieures au 1^{er} janvier 2003, les décisions à l'origine du litige datent du 19 février 2009, de sorte que les dispositions légales seront citées dans leur nouvelle teneur.
3. Déposés dans les délai et forme prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 ss LPGA).

L'intimée conclut à l'irrecevabilité du recours, en faisant valoir que l'opposition n'était pas motivée. La Cour de céans relèvera cependant qu'au regard des dispositions de la LPGA, la motivation de l'opposition n'est pas une condition nécessaire à la recevabilité d'un recours. Quoi qu'il en soit, en statuant sur le fond, dans le cadre de la décision sur opposition, l'intimée a implicitement admis la recevabilité de l'opposition déposée par le recourant.

4. Le litige porte sur la responsabilité du recourant pour le dommage subi par l'intimée ensuite du non paiement des cotisations sociales par la société. Il convient de préciser que la question de la responsabilité du directeur de la société est tranchée par arrêt séparé dans la cause n° A/947/2009.
5. Selon l'art. 52 al. 3 LAVS, le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus et l'employeur peut renoncer à invoquer la prescription. Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (FF 1994 V p. 964 sv., 1999 p. 4422, cité in arrêt du Tribunal fédéral du 30 novembre 2004 en la cause H 96/03).

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 (ATF non publié, H 18/06, du 8 mai 2006,

consid. 4.2), il faut entendre par moment de la «connaissance du dommage», en règle générale, le moment où la caisse de compensation aurait dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances effectives ne permettaient plus d'exiger le paiement des cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (ATF 129 V 195). En cas de faillite, ce moment 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 p. 195 sv.). En revanche, lorsque la caisse subit un dommage à cause de l'insolvabilité de l'employeur mais en dehors de la faillite de celui-ci, le moment de la connaissance du dommage et, partant, le point de départ du délai de prescription coïncident avec le moment de la délivrance d'un acte de défaut de biens ou d'un procès-verbal de saisie valant acte de défaut de biens définitif au sens de l'art. 115 al. 1 LP (en corrélation avec l'art. 149 LP), soit lorsque le procès-verbal de saisie indique que les biens saisissables font entièrement défaut (cf. ATF 113 V 256 consid. 3c). C'est à ce moment que prend naissance la créance en réparation du dommage et que, au plus tôt, la caisse a connaissance de celui-ci au sens de l'art. 82 aRAVS (arrêt A. du 19 février 2003, H 284/02, consid. 7.2; cf. aussi 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. 405 s.).

Supprimé : ATF 129 V 193

La procédure ordinaire de perception des cotisations relève des règles applicables dans le cadre des articles 14 et suivants LAVS. Selon l'art. 15, al. 1 LAVS, les cotisations non versées après sommation sont perçues sans délai par voie de poursuite, à moins qu'elles ne puissent être compensées avec des rentes échues. Les cotisations seront, en règle générale, recouvrées par voie de saisie également contre un débiteur soumis à la poursuite par voie de faillite (cf. article 15, alinéa 2 LAVS; art. 43 LP). Dans la poursuite par voie de saisie, le créancier qui n'a pas été payé intégralement sur le produit de la réalisation reçoit un acte de défaut de biens définitif après saisie - lequel est fondé sur le résultat de la réalisation - à la différence de l'acte de défaut de biens provisoire après saisie, qui est fondé sur l'estimation de l'office - pour le montant impayé, c'est-à-dire pour le montant de son découvert (cf. article 149, alinéa 1 LP; GILLIERON, Poursuites pour dettes, faillite et concordat, in Collection juridique romande, Lausanne 1985, p. 224). Il peut arriver qu'un acte de défaut de biens définitif après saisie soit délivré sans réalisation préalable. Ainsi, le procès-verbal de saisie vaut acte de défaut de biens définitif, lorsqu'il indique que les biens saisissables font entièrement défaut (article 115, alinéa 1 en relation avec l'article 149 LP; ATF 113 V 258, consid. 3c, RCC 1988, p. 137; GILLIERON, op. cit. pages 179, 224).

En l'espèce, la faillite de la société a été prononcée le 5 avril 2005 et le dépôt de l'état de collocation et de l'inventaire a été publié le 2 novembre 2005. La décision en réparation du dommage notifiée au recourant le 23 août 2007 est par conséquent intervenue dans le délai de deux ans prescrit par l'art. 52 al. 3 LAVS.

6. Aux termes de l'art. 52 al. 1 LAVS, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation.

La nouvelle teneur de cette disposition, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2003 reprend l'ancien art. 52 LAVS quasiment sans modification. Les termes « caisse de compensation » sont remplacés par « assurances », sans que cela n'entraîne un changement quand aux conditions de la responsabilité de l'employeur (ATF 129 V 13 s. consid. 3.5). Le TF a ainsi déjà affirmé que l'on ne pouvait inférer ni du message du Conseil fédéral concernant la 11^{ème} révision de l'AVS ni des travaux préparatoires de la LPGA des raisons de s'écarter de la jurisprudence constante relative à l'art. 52 LAVS.

En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par l'intimée et correspond aux cotisations AVS/AI/APG/AC des mois de novembre et décembre 2003, de janvier 2004, de juin à décembre 2004, du complément de l'année 2005 et du rapport de contrôle pour les années 1999 à 2003, aux cotisations dues au régime des allocations familiales des mois de juillet à décembre 2004, du complément de l'année 2005 et du rapport de contrôle pour les années 1999 à 2003, ainsi qu'aux cotisations dues au régime de l'assurance maternité des mois de novembre et de décembre 2003, de janvier 2004, de juin à décembre 2004, du complément de l'année 2005 et du rapport de contrôle pour les années 1999 à 2003 (176'136 fr. 35). A ces cotisations, s'ajoutent des frais administratifs (4'765 fr. 75), des intérêts moratoires (28'883 fr. 90), les taxes de sommation (180.- fr.) et les frais de poursuites (323 fr. 40), soit un montant total de 210'289 fr. 40.

Suite aux griefs invoqués dans le cadre de la présente procédure par le recourant et le directeur de la société, l'intimée a accepté, à bien plaisir, de renoncer à la reprise de salaires concernant Mme S_____. Elle a également décidé d'extourner le montant correspondant à l'achat par la société d'une machine, de sorte que le montant réclamé à titre de dommage a été réduit à 210'289 fr. 40.

Le recourant, par l'intermédiaire du directeur, fait valoir d'autres griefs quant aux reprises de salaires résultant de la décision du 26 novembre 2004. Or, comme le fait valoir à bon droit l'intimée, cette décision a déjà fait l'objet d'une procédure d'opposition, qui a abouti à une décision sur opposition rendue le 12 avril 2005. Cette décision étant entrée en force, la Cour de céans ne saurait procéder à son examen dans le cadre de la présente procédure.

La Cour de céans relèvera qu'il n'est par ailleurs pas contesté que la société n'a pas payé les cotisations réclamées - résultant du relevé de compte détaillé versé à la procédure par l'intimée -, exception faite toutefois d'un montant de 4'475 fr. que l'intimée aurait omis de prendre en compte. Cela étant, il ressort des pièces que ce

montant, versé en faveur de l'intimée le 14 mars 2005 (chargé recourant), a été comptabilisé par l'intimée (pièce 33 chargé intimée).

Le recourant fait encore valoir que seules les charges sociales devraient être prises en compte à titre de dommage, à l'exclusion des frais et intérêts.

La Cour de céans relèvera cependant que le dommage subi par la Caisse est constitué non seulement des cotisations paritaires (cotisations patronales et d'employés ou ouvriers) dues par l'employeur, mais également des contributions aux frais d'administration, des intérêts moratoires, des taxes de sommation et des frais de poursuite (Directives sur la perception des cotisations, n^{os} 7015 et 7016).

Compte tenu de ce qui précède, le dommage subi par la Caisse s'élève à 210'289 fr. 40.

7. Il convient encore d'examiner si le recourant peut être considéré comme étant « l'employeur » tenu de verser les cotisations à la Caisse.

L'art. 14 al. 1 LAVS, en relation avec les art. 34 ss du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 31 octobre 1947 (RAVS ; RS 831.10), prescrit que l'employeur doit déduire, lors de chaque paie, la cotisation du salarié et verser celle-ci à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation; il doit également remettre périodiquement aux caisses les pièces comptables nécessaires au calcul des cotisations. L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi (cf. ATF 108 V 189 consid. 2a p. 193). 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 111 V 173, consid. 2; 108 V 186, consid. 1a, 192 consid. 2a; RCC 1985, p. 646, consid. 3a).

Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom (ATF 123 V 12 consid. 5b p. 15, 122 V 65 consid. 4a p. 67, 114 V 219 consid. 3b p. 220 s., confirmés in ATF 129 V 11 consid. 3; cf. ATF 132 III 523 consid. 4.5 p. 528).

Par "organe", il faut entendre toute personne physique qui représente la personne morale à l'extérieur ou qui peut exercer une influence décisive sur le comportement de celle-ci (no 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le Tribunal fédéral s'est toujours référé à l'art. 754 al. 1er CO, en corrélation avec l'art. 759 al 1er CO. Conformément à ces articles, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle, répondent, à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Sont

réputés chargés de l'administration ou de la gestion au sens de l'art. 756 CO "non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels, mais également les personnes qui prennent effectivement des décisions relevant des organes, ou qui assument la gestion proprement dite et ont ainsi une part prépondérante à la formation de la volonté au sein de la société" (ATF 107 II 353, consid. 5a; ATF 112 II 1985 et l'arrêt non publié du Tribunal fédéral du 21 avril 1988 en la cause A.; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., p. 209 et ss).

En l'occurrence, il ressort de l'extrait du RC que le recourant a été administrateur unique de la société à compter du 28 mai 2002, avec signature individuelle. Il est ainsi indéniable qu'il avait la qualité d'organe de la société faillie à compter de cette date, ce qu'il ne conteste au demeurant pas. On relèvera encore que dans la mesure où les cotisations réclamées portent sur la période de 1999 à 2005, il y aura lieu, ci-après, d'examiner si le recourant doit également être tenu pour responsable du dommage afférent aux cotisations échues avant son entrée en fonction.

8. Reste à examiner si le recourant peut être tenu pour responsable du dommage subi par l'intimée.

Le Tribunal fédéral a affirmé expressément que 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). 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 (arrêt du TF du 28 juin 1982, in : RCC 1983 p. 101). De jurisprudence constante, notre Haute Cour a reconnu qu'il y a négligence grave lorsque l'employeur ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement, dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (cf. RCC 1972, p. 690). La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard doit donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité et de gestion, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé. Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, on peut, par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions (cf. RCC 1972, p. 690 ; RCC 1978, p. 261). Une différenciation semblable s'impose également, lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985, p. 51, consid. 2a et p. 648, consid. 3b).

L'art. 716a al. 1 CO énumère les attributions intransmissibles et inaliénables des membres du conseil d'administration. En font partie l'exercice de la haute

surveillance sur les personnes chargées de la gestion, pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les règlements et les instructions données (ch. 5). Dans l'exercice de cette haute surveillance, l'administrateur répond de la cura in custodiendo. C'est ainsi qu'il a non seulement le devoir d'assister aux séances du conseil d'administration, mais également l'obligation de se faire renseigner périodiquement sur la marche des affaires. Il est tenu de prendre les mesures appropriées lorsqu'il a connaissance ou aurait dû avoir connaissance d'irrégularités commises dans la gestion de la société. Ce devoir de surveillance incombe à tous les membres du conseil d'administration, nonobstant le mode de répartition interne des tâches au sein du conseil d'administration (ATF 114 V 219; ATF du 27 avril 2010 9C 926/2009).

Celui qui revêt la qualité d'administrateur sans en assumer la fonction dans les faits, méconnaît tout simplement l'une des attributions intransmissibles et inaliénables que lui confère l'art 716 al. 1 CO, soit l'exercice de la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, pour s'assurer notamment que celles-ci observent la loi, les règlements et les instructions données. En particulier la délégation des compétences de gestion à la direction, à des tiers ou à un administrateur délégué n'exempte pas les autres administrateurs de veiller personnellement au paiement régulier des cotisations paritaires (ATF du 27 novembre 2009 9C 248/2009). Celui qui se déclare prêt à assumer un mandat d'administrateur tout en sachant qu'il ne pourra pas le remplir consciencieusement, viole son obligation de diligence (ATF 122 III 2000). Le fait qu'un tiers intervienne dans la gestion au point d'empêcher l'administrateur de remplir ses obligations ne saurait excuser celui-ci (ATF du 8 septembre 2005, H 126/04). Ainsi un administrateur ne peut se libérer de sa responsabilité en se bornant à soutenir qu'il n'a jamais participé à la gestion de l'entreprise, qu'il n'a participé à la fondation de cette dernière qu'à titre fiduciaire et qu'il n'a jamais perçu de rémunération, prétendant ainsi n'avoir joué qu'un rôle subalterne, car cela constitue déjà en soi un cas de négligence grave. La jurisprudence s'est d'ailleurs toujours montrée sévère, lorsqu'il s'est agi d'apprécier la responsabilité d'administrateurs qui alléguaient avoir été exclus de la gestion d'une société et qui s'étaient accommodés de ce fait sans autre forme de procès (cf. notamment RCC 1992 p. 268-269 consid. 7b, 1989 p. 115-116 consid. 4; ATFA du 21 mai 2003, H 13/03).

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 qu'il ait eu des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter de sa dette dans un délai raisonnable (cf. RCC p. 261 et la jurisprudence citée; ATF [108 V 188](#)).

Supprimé : 108 V 188

La jurisprudence estime encore qu'il existe en règle générale un lien de causalité adéquate entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations, sous réserve

du cas où l'administrateur est entré en fonction alors que la société était déjà surendettée (ATF 119 V 401 consid. 4c p. 407 s.), de sorte que celui-ci répond solidairement de tout le dommage subi par l'assurance en cas de faillite de la société (arrêt du 30 novembre 2004, in SJ 2005 I p. 272, consid. 7.3.1; ATF 132 III 523).

Enfin, la jurisprudence se montre d'autant plus sévère que l'administration d'une petite société anonyme se compose d'un seul membre, car on peut en règle ordinaire exiger de ce dernier - dans la mesure où il assume à lui seul l'administration de la société en sa qualité d'organe - qu'il contrôle toutes les activités importantes de l'entreprise et cela quand bien même il a confié l'essentiel de la gestion à un tiers: par cette délégation de compétence, il ne peut en même temps se décharger de ses responsabilités d'administrateur unique (ATF 108 V 199 consid. 3b p. 203). Dans les entreprises de petite taille et de grandeur moyenne, le devoir de surveillance concernant l'accomplissement de l'obligation légale de payer des cotisations ne saurait être abandonné à des tiers (ATF 114 V 219 consid. 4 p. 223; ATF du 16 avril 2010 9C 437/2009).

9. En l'espèce, en sa qualité d'organe formel de la société depuis 1997, possédant de surcroît le droit de signature individuelle, il incombait au recourant, nonobstant le mode de répartition interne des tâches au sein de la société, de s'assurer personnellement que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés fussent effectivement payées à l'intimée, conformément aux prescriptions légales. Le recourant ne saurait se libérer de cette responsabilité en soutenant qu'il n'a jamais participé à la gestion de l'entreprise et qu'il n'a joué qu'un rôle subalterne. Qui plus est, il résulte des pièces versées à la procédure par l'organe de révision, que lors de la prise de ses fonctions en tant qu'administrateur de la société, soit en mai 2002, la société n'était alors pas surendettée. Il convient dès lors d'admettre que l'attitude passive du recourant, laquelle est sans conteste en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi par l'intimée, constitue une négligence grave entraînant l'obligation de réparer le dommage au sens de l'art. 52 LAVS. S'il avait correctement exécuté son mandat, il aurait pu constater que les cotisations sociales étaient impayées et prendre les mesures qui s'imposaient ou démissionner de ses fonctions.

Par ailleurs, le recourant doit également être tenu pour responsable du dommage afférent aux impayés échus avant son entrée en fonction en tant qu'administrateur. En effet, il appartient à celui qui devient un organe d'une société de veiller non seulement au versement des cotisations courantes mais également à l'acquittement des cotisations arriérées, soit celles venues à échéance avant son entrée en fonction (ATAS/656/2010).

Enfin, la Cour de céans ne saurait exonérer le recourant de sa responsabilité au motif que le directeur de la société s'estime entièrement responsable du dommage subi par l'intimée. En effet, d'après la jurisprudence constante relative aux art. 52

LAVS et 81 RAVS, s'il existe une pluralité de responsables, la caisse jouit d'un concours d'actions et le rapport interne entre les coresponsables ne la concerne pas; si elle ne peut prétendre qu'une seule fois la réparation, chacun des débiteurs répond solidairement envers elle de l'intégralité du dommage et il lui est loisible de rechercher tous les débiteurs, quelques-uns ou un seul d'entre eux, à son choix (ATF 108 V 195-196).

Supprimé : ATF 108 V 195

10. Eu égard aux considérations qui précèdent, le recourant ne saurait être exonéré de sa responsabilité d'organe envers l'intimée. En conséquence, le recours est rejeté.

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Donne acte à l'intimée de la diminution du montant du dommage à 210'289 fr. 40.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. 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); 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

Florence SCHMUTZ

Sabina MASCOTTO

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