

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/947/2009

ATAS/35/2011

ARRET

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

du 18 janvier 2011

2^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur D_____, domicilié à Châtelaine

recourant

contre

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

intimée

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

EN FAIT

1. La société X_____ S.A. (ci-après la société I), inscrite au Registre du commerce (ci-après RC) dès le 3 juillet 1986, et la société Y_____ S.A. (ci-après la société II), inscrite au RC dès le 4 août 1997, toutes deux spécialisées dans la gestion de ressources d'impression, imprimerie et reprographie, ont été créées par M. D_____ (ci-après le directeur des sociétés) et affiliées 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 27 octobre 1995, Monsieur E_____ (ci-après l'administrateur I) a été l'administrateur unique de la société I avec signature individuelle. M. F_____ (ci-après l'administrateur II) a, quant à lui, été administrateur unique de la société II avec signature individuelle dès le 28 mai 2002.
3. Les deux sociétés, qui présentaient un retard dans le paiement des cotisations facturées par la Caisse, ont bénéficié de plusieurs arrangements de paiement dont certains n'ont pas été respectés, de sorte que la Caisse a engagé des poursuites à leur encontre.
4. Par courriers du 10 juin 2003, la Caisse a informé les administrateurs I et II, qu'à défaut d'un paiement, elle se verrait dans l'obligation de dénoncer la soustraction des cotisations auprès du Procureur général. Elle a joint un relevé de compte concernant la société I pour la période de janvier 2002 à mai 2003 mentionnant un montant total dû de 75'974 fr. 90. S'agissant de la société II, le relevé de compte portait sur la période août, septembre à novembre 2002, janvier à mars 2003 et mentionnait un montant total dû de 75'948 fr. 45.
5. Le 1^{er} mars 2004, un arrangement de paiement a été accordé à la société I pour un montant de 75'446 fr. portant sur des cotisations de janvier à avril et juin à décembre 2003 ainsi qu'un complément pour 2003 facturé en janvier 2004. Le 16 décembre 2004, l'arrangement a été annulé faute de paiement des acomptes dans le délai imparti.
6. Le 5 avril 2005, les deux sociétés ont été dissoutes par mise en faillite prononcée par jugements du Tribunal de première instance.

S'agissant de la société I

7. Le 20 mai 2005, la Caisse a notifié à l'Office des faillites deux décisions concernant les cotisations supplémentaires dues par la société (46'791 fr. 20) suite à un contrôle portant sur la période du 1^{er} janvier 2000 au 31 décembre 2003.

8. Le 3 juin 2005, la Caisse a produit dans la faillite de la société une créance totale de 100'382 fr. 15 (85'135 fr. 55 en 2^{ème} classe et 15'246 fr. 60 en 3^{ème} classe).
9. Par courrier du 14 juillet 2005, l'administrateur I, par le biais de la société Z_____ S.A. a souhaité trouver une solution pour le paiement des cotisations. Un arrangement a été conclu et l'administrateur I a versé 15'000 fr. entre juillet 2005 et mars 2007.
10. 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.
11. Le 6 octobre 2006, la Caisse a produit dans la faillite de la société une créance définitive de 96'484 fr. 40 à titre de cotisations sociales, frais administratifs et de poursuites, taxes et intérêts moratoires (81'237 fr. 80 en 2^{ème} classe et 15'246 fr. 60 en 3^{ème} classe).
12. Le 22 novembre 2006, la Caisse a reçu deux actes de défaut de biens et a obtenu un dividende de 8'129 fr. 45 (10% de la créance produite en 2^{ème} classe). Aucun dividende n'a été versé pour la créance en 3^{ème} classe.

S'agissant de la société II

13. 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.
14. Par décision sur opposition du 12 avril 2005, entrée en force, la Caisse a partiellement admis l'opposition, 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.
15. 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.
16. Par pli du 2 juin 2005, la Caisse a menacé l'administrateur II du dépôt d'une plainte pénale pour soustraction de cotisations.
17. 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).
18. Par courrier du 14 juillet 2005, l'administrateur II, par le biais de la société Z_____ S.A. 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 II a versé 8'700 fr. entre juillet 2005 et février 2007.

19. 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.
20. 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).
21. 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.

S'agissant des deux sociétés

22. Par courriers du 17 juillet 2007, la Caisse a informé les deux administrateurs qu'en raison du dommage subi, une demande en réparation du dommage allait être déposée à l'encontre des organes responsables, dont ils faisaient partie. La Caisse souhaitait obtenir par ailleurs les adresses du directeur des sociétés et de son épouse, Mme D _____, considérés comme employeurs de fait de la société faillie.
23. Le 16 août 2007, la caisse a notifié à l'administrateur I une décision en réparation du dommage, fixé à 76'989 fr. 95. Ce montant correspondait aux cotisations AVS/AI/APG/AC d'avril 2003, de juin à décembre 2003, du complément de l'année 2003 et du rapport de contrôle des années 2000 à 2003 ainsi qu'aux cotisations dues au régime des allocations familiales et de l'assurance maternité selon le rapport de contrôle des années 2000 à 2003 (65'309 fr. 10). A ces cotisations s'ajoutaient des frais administratifs (1'799 fr. 25), des intérêts moratoires (9'611 fr. 60) ainsi que les taxes de sommation (270 fr.). Cette décision a été contestée par l'administrateur I.
24. Par décision du 23 août 2007, annulant et modifiant une décision du 16 août 2007, la caisse a notifié à l'administrateur II 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). 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. Cette décision a été contestée par l'administrateur II.

25. Par deux décisions datées du 7 novembre 2007, la Caisse a requis du directeur de la société et de son épouse, la réparation du dommage fixé à 76'989 fr. 95 (société I) correspondant aux cotisations et frais réclamés à l'administrateur I ainsi que la réparation du dommage fixé à 225'402 fr. 15 (société II) correspondant aux cotisations et frais réclamés à l'administrateur II.
26. Le directeur de la société et son épouse se sont opposés aux décisions.
27. La Caisse a adressé au directeur, les 12 février et 12 mars 2008, les documents qu'il a requis et lui a octroyé plusieurs délais pour produire des justificatifs, auxquels il n'a pas donné suite.
28. Par décisions sur opposition du 19 février 2009, la Caisse a réclamé, s'agissant de la société I, le versement de 76'989 fr. 95 au directeur de la société, à son épouse et à l'administrateur I, solidairement. Ce montant correspondait aux cotisations AVS/AI/APG/AC d'avril 2003, de juin à décembre 2003, du complément de l'année 2003 et du rapport de contrôle des années 2000 à 2003 ainsi qu'aux cotisations dues au régime des allocations familiales et de l'assurance maternité selon le rapport de contrôle des années 2000 à 2003 (65'309 fr. 10). A ces cotisations s'ajoutaient des frais administratifs (1'799 fr. 25), des intérêts moratoires (9'611 fr. 60) ainsi que les taxes de sommation (270 fr.).

S'agissant de la société II, la Caisse a réclamé le versement de 225'402 fr. 15 au directeur, à son épouse et à l'administrateur II, 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 du directeur, la Caisse a estimé que son opposition, non motivée, n'était pas recevable à la forme. Quant au fond, sa responsabilité, en sa qualité d'organe de fait des deux sociétés, 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 surcroît, des rémunérations n'avaient pas été déclarées.

29. Par actes des 17, 18 et 20 mars 2009, le directeur (ci-après le recourant), son épouse et les deux administrateurs ont interjeté recours contre les décisions précitées. Le recours de l'administrateur I a été enregistré sous la cause n° A/978/2009, celui de l'administrateur II sous la cause n° A/946/2009 et celui de l'épouse du directeur sous la cause n° A/1000/2009.

Le recourant, en tant qu'actionnaire et directeur unique des deux sociétés, ne conteste pas que celles-ci soient redevables d'arriérés envers l'intimée, mais il conteste certains montants. Il précise que la responsabilité de la gestion des entreprises lui a toujours appartenu et que les deux administrateurs ne tenaient aucun rôle dans la gestion des sociétés: ils se bornaient à valider les bilans annuels sans prendre part à la conduite des affaires. Son épouse n'avait jamais exercé de responsabilités au sein des sociétés, elle agissait en tant qu'employée administrative.

S'agissant de la société I, le recourant conteste devoir payer des charges pour les activités fournies par MM. E_____, F_____ et Mme G_____ dès lors que ceux-ci sont intervenus à titre d'indépendants. Le recourant joint une attestation signée par M. F_____ le 20 août 2007, selon laquelle celui-ci exerçait son activité en tant qu'indépendant. Enfin, s'agissant des arriérés de paiements, le recourant fait valoir que s'agissant de l'arrangement du 1^{er} mars 2004, la société I avait amorti une dette de 16'000 fr. et non de 12'000 fr. comme l'avait retenu l'intimée. 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.

S'agissant de la société II, le recourant 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 recourant 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.

30. Par plis du 8 avril 2009, l'intimée a proposé la jonction des causes, puisqu'elles étaient dirigées contre les mêmes décisions.
31. Par réponses des 29 et 30 avril 2009, l'intimée a estimé que le recours est irrecevable car le recourant n'avait pas motivé son opposition. Sur le fond, l'intimée conclut au rejet du recours.

S'agissant de la société I, elle explique n'avoir reçu aucun justificatif quant aux activités prétendument indépendantes. Enfin, l'arrangement du 1^{er} mars 2004 avait été annulé le 16 décembre 2004 après un amortissement de 12'000 fr. (dernier paiement le 3 septembre 2004 ; pièce 34 chargé intimée). Un montant de 4'000 fr. avait effectivement été versé ensuite par la société en janvier 2005. Celui-ci avait été réparti sur les périodes de cotisations de février 2003 (402 fr. 60) et mars 2003 (3'597 fr. 40), comme cela ressortait des pièces jointes à la réponse.

S'agissant de la société II, l'intimée relève que le recourant conteste des 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. 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).

Enfin, contrairement à ce que fait valoir le recourant, les intérêts et les frais font partie du dommage subi.

32. A la demande du Tribunal des assurances sociales, l'intimée a produit, concernant les deux sociétés, un décompte des 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 notamment que les versements effectués par l'administrateur II 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, l'intimée est d'avis que sa décision litigieuse du 7 novembre 2007 est intervenue à temps. L'état de collocation avait été déposé le 2 novembre 2005, l'intimée avait consulté le dossier auprès de l'Office des faillites le 7 novembre 2005. Or, selon la jurisprudence (ATF 121 V 234, VSI 1996 p. 171), c'est à ce moment-là que le dommage est suffisamment connu et que le délai de prescription commence à courir.
33. Le 16 juin 2009, le Tribunal des assurances sociales a entendu les parties, l'épouse du directeur, et l'administrateur I. L'administrateur II, absent, a été excusé.

L'intimée a expliqué avoir recherché deux administrateurs et deux organes de fait, ces deux derniers en la personne du recourant et de son épouse. Celui-ci est toujours apparu comme le dirigeant des deux sociétés concernées ; quant à son épouse, elle avait régulièrement adressé des courriers à l'intimée en qualité de directrice administrative.

Le recourant a expliqué avoir créé les deux sociétés concernées, à savoir la société I inscrite au RC en 1995 et la société II inscrite au RC en 1997. Domicilié à l'époque sur France, il ne pouvait pas en devenir l'administrateur ; il avait procédé alors 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, Z_____, les sociétés y étaient d'ailleurs domiciliées. Les administrateurs I et II s'étaient contentés 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. Elle avait un rôle purement administratif, et n'avait d'ailleurs pas la signature bancaire. Le recourant a déclaré qu'à l'époque, il débutait lui-même et n'avait aucune idée de ce que le rôle d'administrateur pouvait, cas échéant, impliquer. Il a ajouté qu'il faisait les paiements en fonction de l'argent disponible et qu'il s'occupait seul de la gestion des sociétés. Les documents officiels ou comptables allaient directement chez la fiduciaire. Les fournisseurs s'adressaient en revanche directement à l'adresse de la société. Le recourant a expliqué 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, il souhaitait 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. Enfin, le recourant 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 pour les deux sociétés.

L'administrateur I a confirmé notamment avoir accepté de devenir administrateur pour rendre service et n'avoir aucun intéressement dans l'affaire.

L'épouse du recourant a expliqué notamment qu'elle ne prenait pas de décisions relatives à la gestion des sociétés et qu'elle agissait sur instructions du recourant.

Enfin, l'intimée a rappelé que s'agissant du délai de péremption, elle considérait qu'il était respecté dans la mesure où il faut le calculer non pas dès la date de la publication de l'état de collocation, mais de sa consultation. Elle était d'accord qu'un rendez-vous soit fixé avec le recourant et d'examiner à nouveau la qualité d'organe de faits de l'épouse du recourant à la lumière des explications données.

34. Le 13 juillet 2009, un entretien a eu lieu entre le recourant, l'intimée et l'administrateur I. Concernant la société I, le recourant contestait certaines reprises de salaires mentionnées dans le rapport de contrôle notifié le 20 mai 2005 à l'Office des poursuites. L'intimée a confirmé que seul le montant concernant Mme G_____ serait annulé dès lors que son activité pouvait effectivement être considérée comme étant une activité indépendante. Aucun justificatif concernant l'activité contestée des deux autres personnes ne permettait de revenir sur leur

statut. S'agissant de la société 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 recourant et à l'administrateur I pour fournir les pièces.

35. Par courrier du 27 juillet 2009, le recourant a versé à la procédure les comptes de pertes et profits des deux sociétés pour les années 2000 à 2003.
36. 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 recourant et l'administrateur I ne lui ont pas été communiquées. S'agissant de la société I, elle acceptait donc de déduire du dommage le montant des cotisations dues pour l'activité de Mme G_____ uniquement. Les autres reprises étaient par contre maintenues, étant précisé que l'attestation signée par M. F_____, selon laquelle il aurait exercé une activité indépendante pour les sociétés, n'était pas pertinente. S'agissant de la société II, elle acceptait, à bien plaisir, de renoncer à la reprise pour Mme H_____ (3'731 fr. en septembre 2003). Par ailleurs, vu la facture jointe au recours du recourant 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. Enfin, suite aux témoignages, l'intimée renonçait à poursuivre l'épouse du recourant pour la réparation du dommage. Elle constatait par ailleurs que le recourant n'avait pas produit les comptes des sociétés pour l'année 2004, ni aucun bilan.
37. Par courrier du 29 septembre 2009, le Tribunal des assurances sociales a invité le recourant à produire les documents comptables sollicités par l'intimée.
38. Par arrêt du 20 octobre 2009, le Tribunal des assurances sociales a constaté que le recours déposé par l'épouse du recourant était devenu sans objet (ATAS/1277/2009).
39. Le 3 novembre 2009, le Tribunal des assurances sociales a entendu les parties et l'administrateur I. L'administrateur II, absent, a été excusé.

Le recourant a indiqué recevoir ce jour-là copie de deux décomptes rectificatifs établis par l'intimée suite à sa contestation. Il en prenait bonne note et portait de l'idée que les calculs effectués par l'intimée étaient exacts. Il prenait note par conséquent que les montants des dommages étaient réduits à 75'749 fr. 85 pour la société I et à 210'289 fr. 40 pour la société II. Le recourant a versé à la procédure une pièce nouvelle relative au statut de M. F_____, dont la rémunération avait précisément fait l'objet d'une reprise. Il prenait 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 recourant a rappelé son souhait d'assumer ses responsabilités en tant que principal acteur des deux sociétés concernées et de, si faire se peut, dégager les deux administrateurs de

la 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 pour mettre en place un accord global, à laquelle l'administrateur I entendait participer.

40. D'accord entre les parties, l'instruction de la cause a été suspendue par le Tribunal des assurances sociales dès le 3 novembre 2009.
41. Par courrier du 20 avril 2010, l'intimée a informé le Tribunal des assurances sociales avoir diminué, dans la mesure du possible, les montant réclamés. S'agissant de la société I, suite à l'annulation de la reprise de salaires de Mme G_____, le dommage subi était fixé à 75'750 fr. 95 au lieu de 76'989 fr. 95. S'agissant de la société II, suite à l'annulation de la reprise des salaires de Mme H_____ (3'731 fr.) et du recourant (100'190 fr.), le dommage subi était fixé à 210'289 fr. 40 au lieu de 225'402 fr. 15. S'agissant des frais et intérêts que le recourant voulait voir supprimés, il n'y avait pas de motif justifiant une telle suppression. Enfin, le recourant avait été informé de ces nouveaux montants par courriers du 15 avril 2010.
42. Par ordonnance du 23 avril 2010, le Tribunal des assurances sociales a repris l'instruction de la cause, a communiqué au recourant le courrier de l'intimée et ses annexes, et lui a fixé un délai pour se déterminer.
43. Le recourant n'a pas transmis sa détermination.
44. Le 30 août 2010, XA_____ S.A., organe de révision des sociétés, a transmis, à la demande du Tribunal de céans, une copie des pièces comptables des sociétés au 31 décembre 2003.
45. Suite à plusieurs rappels du Tribunal, XB_____ S.A., organe de révision de la société II d'août 1997 à octobre 2003, a transmis le 17 novembre 2010 les bilans de 1999 à 2001.
46. Le Tribunal des assurances sociales a communiqué les pièces aux parties et leur a octroyé un délai pour se déterminer.
47. Les parties ne se sont pas déterminées et la cause a été gardée 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 du recourant 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 les sociétés I et II. Il convient de préciser que la question de la responsabilité des administrateurs I et II est tranchée par arrêts séparés dans les causes n° A/978/2009, respectivement, n° A/946/2009.
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.).

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. 3 c), RCC 1988, p. 137; GILLIERON, op. cit. pages 179, 224).

Enfin, la prescription interrompue contre l'un des débiteurs solidaires ou l'un des codébiteurs d'une dette indivisible l'est également contre tous. Cette règle n'est valable qu'en cas de solidarité parfaite (art. 136 al. 1 CO, ATF 133 III 11 consid. 5.1). La solidarité entre responsables du dommage causé à la caisse de compensation est parfaite (ATAS/11150/2009).

6. En l'espèce, la faillite des sociétés I et II a été prononcée le 5 avril 2005 et le dépôt des états de collocation et des inventaires a été publié le 2 novembre 2005. En notifiant la décision en réparation du dommage à l'administrateur I le 16 août 2007 et, à l'administrateur II le 23 août 2007, l'intimée a valablement interrompu la prescription à l'égard du recourant, puisque, au vu de la jurisprudence précitée, la solidarité entre responsables du dommage causé à la caisse de compensation est parfaite.

Il s'ensuit que la décision notifiée le 7 novembre 2007 au recourant est intervenue dans les délais prescrits.

7. 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, s'agissant de la société I, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par l'intimée et correspond aux cotisations AVS/AI/APG/AC d'avril 2003, de juin à décembre 2003, du complément de l'année 2003 et du rapport de contrôle des années 2000 à 2003 ainsi qu'aux cotisations dues au régime des allocations familiales et de l'assurance maternité selon le rapport de contrôle des années 2000 à 2003, soit 64'070 fr. 10. A ces cotisations, s'ajoutent les frais administratifs, les intérêts moratoires et les taxes de sommation (11'680 fr. 85), soit un montant total de 75'750 fr. 95.

Suite aux griefs invoqués par le recourant, l'intimée a admis que l'activité déployée par Mme G _____ était une activité indépendante, de sorte que la reprise de salaires la concernant a été annulée et le montant réclamé à titre de dommage a été

réduit à 75'750 fr. 95. Le recourant est d'avis que MM. E_____ et F_____ ont également exercé une activité indépendante au sein de la société. Le Tribunal de céans constate cependant qu'aucune pièce du dossier ne permet de retenir que tel était le cas. Le contrat signé par M. F_____ le 25 novembre 1999 et produit par le recourant lors de l'audience du 3 novembre 2009 relève au demeurant d'une activité salariée au vu des éléments mentionnés, soit notamment le nombre d'heures de travail hebdomadaires, les jours de vacances et une rémunération mensuelle fixe.

La Cour de céans relèvera que le recourant admet que la société I 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 4'000 fr. que l'intimée aurait omis de prendre en compte. Cela étant, le grief invoqué tombe à faux dès lors qu'il ressort des pièces versées à la procédure que le montant de 4'000 fr. versé en faveur de l'intimée le 3 janvier 2005 (chargé recourant) a été crédité sur les cotisations de février 2003 (402 fr. 60) et sur celles de mars 2003 (3'597 fr. 40 ; pièces annexées à la réponse de l'intimée du 30 avril 2009).

S'agissant de la société II, 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 par le recourant, l'intimée a accepté, à bien plaisir, de renoncer à la reprise de salaires concernant Mme H_____. Elle a également décidé d'extourner le montant correspondant à l'achat par la société II d'une machine, de sorte que le montant réclamé à titre de dommage a été fixé à 210'289 fr. 40 au lieu de 225'402 fr. 15. Le recourant 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, le Tribunal 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 II 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 concernant les deux sociétés, 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 l'intimée s'élève à 75'750 fr. 95 pour la société I et à 210'289 fr. 40 pour la société II.

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

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 en 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, force est de constater que le recourant a assumé seul la gestion proprement dite des deux sociétés, ce depuis leur création, ce qu'il ne conteste pas au demeurant.

9. 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).

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).

En l'espèce, en sa qualité d'organe de faits des deux sociétés, ayant assumé leur gestion proprement dite, il incombait au recourant de s'assurer personnellement que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés fussent effectivement payées à l'intimée, conformément aux prescriptions légales. On relèvera en outre qu'un élément déterminant pour qualifier le comportement du recourant, au sens de l'art. 52 LAVS, réside dans le fait que les retards dans le paiement des cotisations sociales se sont étendus durant plusieurs années. En pareilles circonstances, on ne saurait admettre que le recourant avait des raisons sérieuses et objectives de penser que le retard dans le règlement des cotisations aux assurances sociales n'était que passager, au sens de la jurisprudence. Il n'était donc pas autorisé, aux conditions posées par la jurisprudence et sur une aussi longue période, à différer le paiement des cotisations qu'il avait retenues sur les salaires payés, sous peine de commettre une négligence grave sanctionnée par l'art. 52 LAVS. Il convient ainsi d'admettre que l'attitude 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.

10. Eu égard aux considérations qui précèdent, le recourant ne saurait être exonéré de sa responsabilité envers la caisse de compensation. 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 des montants du dommage à 75'750 fr. 95 et 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