

GE_GERICHTE A/1658/2012 vom 27. Juni 2014

GE Cour de justice, 2014-06-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1658_2012

FR: GE_GERICHTE A/1658/2012 du 27 juin 2014

IT: GE_GERICHTE A/1658/2012 del 27 giugno 2014

Erwägungen

E. 2

ème Chambre En la cause Madame A_____, domiciliée à LA SARRAZ recourante contre CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS FER CIAM 106.1, sise rue de Saint-Jean 98, GENEVE intimée EN FAIT 1. La société B_____ SA, inscrite au registre du commerce dès le 12 novembre 2003, avait pour but "toutes activités de nettoyage et d'entretien". Monsieur C_____ en a été administrateur, de sa création jusqu'au 13 juin 2006. Monsieur D_____ en a été le directeur, avec signature individuelle, dès le 18 décembre 2003, puis administrateur directeur, toujours avec signature individuelle, dès le 13 juin 2006. Madame A_____ est inscrite comme titulaire d'une signature individuelle depuis le 18 décembre 2003.![endif]>![if> 2. La société a été affiliée auprès de la caisse interprofessionnelle AVS de la fédération des entreprises romandes (ci-après: la caisse ou l'intimée), dès sa création et jusqu'à son exclusion de la caisse au 31 décembre 2007.![endif]>![if> 3. Dès fin 2004, en raison des retards pris par la société pour régler les factures de cotisations sociales dans les délais, des poursuites ont été entreprises par la caisse.![endif]>![if> 4. Des actes de défaut de biens ont été notifiés à la caisse les 6 juin et 13 octobre 2008 et le 4 juin 2009.![endif]>![if> 5. B_____ SA (ci-après la société) a été déclarée en faillite par jugement du 3 juin 2009 et sa liquidation a été suspendue faute d'actifs par jugement du Tribunal de première instance du 6 août 2009.![endif]>![if> 6. Le 12 août 2009, la caisse a produit une créance totale de CHF 199'242,20 dans la faillite de la société et le 12 octobre 2009, un avis de clôture de la faillite faute d'actifs a été publié.![endif]>![if> 7. Le 9 mars 2010, la caisse a notifié à Monsieur D_____ (ci-après: l'administrateur ou l'opposant) et à Madame A_____ (ci-après: l'opposante ou la recourante) une décision en réparation du dommage s'élevant à CHF 182'272,20 et ces décisions ont été frappées d'opposition le 9 avril 2010. En substance, l'opposant contestait les montants réclamés et invoquait des versements faits directement à l'office des poursuites (ci-après: l'OP). L'opposante faisait valoir qu'elle avait démissionné le 9 janvier 2007 de son poste d'administratrice, ce dont elle avait dûment informé la société par courrier du même jour, contresigné par l'administrateur. Elle n'était plus intervenue dans la gestion de la société dès cette date et, antérieurement, elle n'était pas directement responsable du suivi du paiement des cotisations paritaires.![endif]>![if> 8. A la demande de l'avocat des deux opposants, la caisse a transmis un tableau récapitulatif des cotisations encore dues, confirmant que des paiements avaient bien été effectués avant la faillite, notamment pour couvrir la part dite "pénale" des cotisations. Toutefois, le montant encore dû au jour de la faillite était de CHF 199'242,20 dont CHF 182'272,20 réclamés aux intéressés, les amendes de CHF 16'970.- ne faisant pas partie du dommage.![endif]>![if> 9. Dans le délai prolongé par la caisse, les opposants ont fait valoir que la société avait effectué plusieurs versements, pour un montant total de CHF 95'912.-, alors que celui versé par l'OP s'élevait seulement à CHF 76'525.- sans compter une somme de CHF 85'000.- payée le 1 er

novembre 2007 et qui n'avait pas été comptabilisée. La caisse a répondu, de façon détaillée, que les montants en question avaient été enregistrés, mais répartis entre diverses factures encore ouvertes.![endif]>![if> 10. Par décision sur opposition du 26 avril 2012, la caisse a rejeté les deux oppositions. L'opposante était au bénéfice d'une signature individuelle dès fin 2003 et son inscription au registre du commerce n'avait jamais fait l'objet d'une quelconque radiation. La "démission de son poste d'administratrice" du 9 janvier 2007 était contredite par la poursuite de son activité pendant en tout cas deux ans, et ce précisément dans le domaine des rapports avec la caisse de compensation, de sorte qu'une telle démission "en tant que responsable" était restée sans suite visible pour tout tiers, au vu du maintien de sa signature individuelle. Pour le surplus, les opposants n'avaient pas établi que des versements n'auraient pas été pris en compte par la caisse, de sorte que, l'un et l'autre, en leur qualité d'organe de la société, avaient commis une négligence grave en ne versant pas les cotisations dues.![endif]>![if> 11. Par acte du 29 mai 2012, la recourante a recouru contre la décision sur opposition et a conclu à son l'annulation au motif qu'elle-même et la société avaient effectué divers versements, qui n'avaient pas été pris en compte, et qui démontraient qu'elle n'avait commis aucune violation intentionnelle ou par négligence, dès lors que l'argent avait été remis à l'organe officiel censé l'encaisser pour le compte du créancier, en l'espèce, la caisse.![endif]>![if> 12. Par acte du 29 mai 2012, l'administrateur a conclu à l'annulation de la décision sur opposition faisant valoir le même grief.![endif]>![if> 13. Les deux recourants se sont vu accorder plusieurs délais successifs, afin d'obtenir de l'OP, subsidiairement de l'office des faillites (ci-après: l'OF), accès au dossier de la société, afin de démontrer les montants versés en faveur de la caisse et que cette dernière n'a pas reçus.![endif]>![if> 14. Par mémoires complémentaires du 1^{er} octobre 2012, les deux recourants ont fait valoir qu'avant sa faillite, la société avait versé à l'OP les montants relatifs aux poursuites notamment 861'732 et 861'733 puis, qu'après la faillite, toutes les pièces comptables avaient été transmises à l'OP (recte l'OF). Il ressortait sans conteste des documents produits que certains montants avaient été "répartis" dans la poursuite. Au titre de mesure d'instruction, les recourants ont conclu à ce que la Cour ordonne la production par l'OP de l'ensemble du dossier relatif à la faillite de la société.![endif]>![if> 15. Par détermination du 18 octobre 2012, la caisse a conclu au rejet des deux recours. Elle s'en est rapportée à justice s'agissant de l'opportunité de la production du dossier de la faillite de la société. Quelles que soient les éventuelles instructions de paiement qui auraient été données à l'OP, le montant du dommage de la caisse était dûment documenté et correspondait à la réalité des faits, les éventuels griefs des recourants à l'encontre de l'OP n'étant pas déterminants dans le cadre de la procédure.![endif]>![if> 16. Par ordonnance du 30 octobre 2012, la Cour a joint les causes A/1657/2012 concernant l'administrateur et A/1658/2012 concernant la recourante sous le numéro de cause A/1657/2012 et ordonné la comparution personnelle des parties.![endif]>![if> 17. Lors de l'audience du 13 novembre 2012, la recourante était absente, non excusée, en déplacement à l'étranger. L'administrateur et la caisse ont été entendus.![endif]>![if> Selon l'administrateur, la recourante était chargée des ressources humaines et s'occupait des salaires. Elle était administratrice afin de pouvoir le suppléer en cas d'absence. A une date indéterminée, elle avait demandé à la société de ne plus être administratrice, mais aucune démarche n'avait alors été faite auprès du registre du commerce. Elle procédait au décompte des salaires annuels à l'attention de la caisse, mais elle ne s'occupait pas du paiement des cotisations. Elle avait la signature sur le compte bancaire car elle procédait au paiement des salaires et, malgré sa démission, elle avait continué à signer les documents destinés à la

caisse et les fiches de salaires. Elle n'était pas salariée de la société, mais avait une société qui fonctionnait mal. Elle facturait ses prestations au nom de cette société. Son activité pour B_____ occupait environ 70 à 80 % de son temps. L'administrateur s'occupait de tous les paiements, y compris les charges sociales. En 2006, la société avait perdu un gros client, soit l'UBS, qui constituait 40 % du chiffre d'affaires, raison pour laquelle la société avait pris du retard dans le paiement des cotisations sociales. Si les paiements avaient été irréguliers en 2004 déjà, c'est que le volume des affaires était fluctuant. La société avait réduit le personnel, mais cela n'était pas toujours possible car il fallait assurer une qualité auprès des clients, tout en étant tributaire de la réduction des travaux ponctuels durant l'hiver (vitrages, fins de chantiers, etc.) et sans pouvoir bénéficier du chômage technique ni licencier du personnel qui était à nouveau nécessaire après quelques mois. L'administrateur a précisé que, lors de la perte du client important en 2006, la société a restreint l'administration et réduit la charge salariale, ce que la caisse a contesté, faisant valoir qu'elle était de 1,6 million en 2005 et de 1,8 million en 2007, soit la dernière année d'activité. Il avait fait le choix de ne pas licencier de personnel, car la société avait trouvé de nouveaux clients. Toutefois, la baisse du chiffre d'affaires de 40 % n'avait pas été entièrement compensée. La société avait tenté de payer les montants ressortant des poursuites concernant les charges sociales, mais n'y était plus parvenue. En 2007, outre des versements à l'OP, la société avait continué à régulièrement payer le loyer, les salaires et les fournisseurs. L'avocat des recourants a indiqué que ses clients ne pouvaient pas préciser ni quels montants, ni à quelle date des sommes avaient été "distrayées" par l'OP, mais il lui semblait que la société avait versé des sommes plus importantes que celles retenues par la caisse. La caisse a rétorqué que les poursuites avaient été faites par mois de cotisations dues. Lorsque la caisse encaissait des cotisations arriérées, elle les affectait d'abord à la part pénale. Elle doutait que le rôle de la recourante ait été aussi limité car bien qu'elle ait démissionné en janvier 2007, elle avait encore signé des déclarations de salaires en août 2008. La société de la recourante était active dans la papeterie et son siège était à l'adresse de B_____ -Lausanne jusqu'en avril 2009. 18. La caisse a précisé, le 11 décembre 2012, que les montants versés par la société de CHF 85'000.- en novembre 2007 et de CHF 46'060,45 en décembre 2008 avaient été attribués à la part pénale, qui avait été complètement soldée, suite à la menace de dénonciation pénale du 9 décembre 2008. Il ressortait des notes d'entretiens téléphoniques que l'OP recevait environ CHF 30'000.- par mois de la part de la société, montant ventilé sur les poursuites de la caisse.!

19. Sur ce, la Cour a directement interrogé le substitut de l'OP, qui a répondu ainsi aux questions posées:!

a. La société a effectué dix versements à l'OP, ceux des 2 décembre 2005, 23 mai et 28 août 2006 étaient destinés à payer des poursuites spécifiques, le créancier étant la TVA. Six versements étaient destinés à être imputés sur le compte débiteur de la société, soit CHF 100'000.- le 1^{er} février, CHF 50'000.- le 5 mars, et CHF 30'000.-, les 13 avril, 14 mai, 28 juin et 7 septembre 2007; b. La société n'a jamais payé directement une poursuite intentée par la caisse AVS; c. A la question de savoir si la mention "répartition dans la poursuite" signifie que l'OP aurait attribué à un autre créancier que la caisse une partie de la somme versée par le débiteur et uniquement destinée à une poursuite intentée par la caisse, l'OP répond que la mention "répartition dans la poursuite" signifie que le montant indiqué a été transféré du compte débiteur vers la poursuite (répartition). La mention "versement de l'OP au créancier" signifie que la somme répartie a été payée au créancier, la différence entre les deux montants inscrits, le jour de la répartition et le lendemain de celle-ci, correspond à des émoluments de l'Office. 20. Au vu des

réponses fournies, la Cour a informé les parties qu'elle ne donnerait pas suite à la requête en production par l'OP ou l'OF de l'entier du dossier de la société, que la cause était gardée à juger le 12 avril 2013 et qu'elles avaient la possibilité de se déterminer.![endif]>![if> 21. Par pli du 26 mars 2013, la caisse a persisté, la réponse de l'OP la confortant dans sa position, exprimée à plusieurs reprises et les recourants ont fait valoir, le 5 avril 2013 qu'ils persistaient à requérir la production par l'OP de l'intégralité du dossier.![endif]>![if> 22. Les parties ayant eu la possibilité de déposer des conclusions sur le fond, la cause a été gardée à juger le 8 avril 2013.![endif]>![if> 23. Par arrêt du 30 avril 2013 (ATAS/410/2013), la chambre de céans a rejeté les deux recours.![endif]>![if> 24. Par arrêt du 16 octobre 2013, le Tribunal fédéral a rejeté le recours de l'administrateur, dans la mesure de sa recevabilité. Il ressortait très clairement des réponses de l'office des poursuites qu'aucun versement effectué par la société auprès de l'OP n'avait été spécifiquement effectué au profit de la caisse.![endif]>![if> 25. Par arrêt du 16 octobre 2013, le Tribunal fédéral a admis le recours de la recourante, en tant qu'il portait sur sa responsabilité dans le dommage subi par la caisse et renvoyé la cause à la chambre de céans pour instruction complémentaire au sens des considérants. L'accomplissement de l'ensemble des tâches administratives au sein d'une entreprise (facturation aux clients, exécution des paiements, préparation des bulletins de salaire, etc.) n'était pas assimilable à l'activité spécifique d'un organe. L'obligation de réparer le dommage au sens de l'art. 52 LAVS intervenait seulement si la personne intéressée avait un pouvoir de disposer des cotisations non payées et pouvait effectuer les paiements à la caisse de compensation. Les premiers juges ne pouvaient donc pas considérer la recourante comme un organe de fait de la société pendant la période litigieuse au motif principal qu'elle était inscrite au registre du commerce en tant que titulaire d'une signature individuelle. Il convenait donc de déterminer le rôle que l'intéressée avait effectivement joué au sein de la société, afin de déterminer si elle avait été un de ses organes.![endif]>![if> 26. Par ordonnance du 21 novembre 2013, la chambre de céans a fixé un délai au 18 décembre 2013 à la recourante pour produire toutes pièces utiles concernant son activité et sa participation à la société et cette dernière a répondu, dans le délai fixé, qu'elle n'avait pas d'autres pièces à produire que celles déjà en mains de la Cour.![endif]>![if> 27. Lors de l'audience du 14 janvier 2014, la recourante a été entendue. Elle était associée-gérante et salariée de E_____ Sàrl, qui était une entreprise qui s'occupait de cadeaux d'entreprises et d'organisation de projets professionnels, du secrétariat d'une entreprise de peinture et, par le passé, d'agencements de cuisines. C'est dans ce cadre qu'elle avait été mandatée par l'administrateur pour s'occuper du courrier, des offres à faire aux clients et des fiches de salaire pour la société B_____ SA. Celle-ci n'avait pas de secrétaire salariée mais l'administrateur s'occupait d'une partie du secrétariat.![endif]>![if> Elle consacrait environ 50% de son temps à la société B_____, dont les locaux étaient au même endroit que les siens. Elle y passait tous les jours et l'administrateur lui dictait ou pré-rédigeait les réponses aux courriers qu'il convenait de dactylographier, puis il les lui faisait corriger et les signait. Elle signait certains courriers « p.o. l'administrateur », qu'il s'agisse d'offres à des clients, ou de courriers à des administrations ou des fournisseurs. Lorsque le courrier était important, c'est l'administrateur qui le signait lui-même. Lorsqu'elle signait elle-même le courrier, ce dernier avait toujours été validé par l'administrateur. L'administrateur faisait lui-même les paiements de la société (charges, fournisseurs, cotisations sociales). C'est la fiduciaire qui établissait la comptabilité. Elle se chargeait exclusivement des paiements des salaires. Elle disposait de la signature sur le compte de la société. Il est arrivé qu'elle procède à un autre

paiement, lorsque l'administrateur devait partir, mais uniquement sur ordre de ce dernier. C'est lui qui préparait la facture à payer. Elle avait discuté avec l'administrateur des poursuites intentées par la caisse et il avait toujours affirmé qu'il allait payer. Il n'avait jamais dit qu'il n'était pas en mesure de payer. Toutes ces factures étaient dans son bureau et elle n'y avait pas accès. Elle établissait chaque mois une note d'honoraires d'un montant fixe, dès lors que son activité était toujours de 50%. Elle avait mis un terme à son activité, lorsqu'elle avait constaté que la société s'enfonçait dans ses dettes, que l'administrateur ne l'écoutait pas. Il ne lui était pas possible de continuer ses activités dans ces circonstances. Elle avait été rémunérée jusqu'en janvier 2007. Elle ne se souvenait plus précisément si elle avait encore eu une activité pour la société au-delà de janvier 2007. Elle était liée par un contrat écrit avec la société, qu'elle était en mesure de produire. Bien qu'elle n'ait eu aucun pouvoir de décision, et qu'elle agissait sur instructions de l'administrateur, elle était consciente de la situation de la société. Si elle indiquait qu'elle était « pieds et poings liés », c'est qu'elle n'arrivait pas à se faire entendre de l'administrateur et qu'elle n'avait plus confiance en lui. Lui a été soumise la déclaration des salaires 2007, datée du 21 août 2008. C'est bien elle qui l'avait signée. Elle avait en effet aidé l'administrateur à établir cette déclaration des salaires. Dans la mesure où elle était sur place, il lui avait demandé de l'aider ponctuellement. De même, il lui demandait de temps en temps de faire un courrier. Elle ne se souvenait pas de la rémunération qu'elle percevait. L'administrateur l'avait payée lorsqu'elle avait continué à exercer une activité pour la société après janvier 2007. Lorsqu'elle avait indiqué qu'elle avait démissionné de son poste de responsable, elle entendait par-là responsable de l'établissement des fiches de salaire et du paiement de ceux-ci. Elle avait continué à le faire après sa démission, vraisemblablement jusqu'à qu'il n'y ait plus de salaires à payer. Elle était l'interlocutrice de la caisse par téléphone, raison pour laquelle c'est son numéro qui apparaissait. Elle n'avait jamais eu de contact avec la caisse pour discuter d'arrangements de paiement ou de plan de désendettement. Elle avait démissionné pour ne plus être dans la société ou faire partie de B_____, mais elle avait continué à aider l'administrateur en raison de leurs liens d'amitié. Sa société, B_____ et quatre autres sociétés partageaient un appartement transformé en bureaux. Elle occupait un des bureaux, l'administrateur le deuxième et les autres sociétés se partageaient le troisième. Il y a un seul numéro de fax pour toutes les sociétés. S'agissant de savoir en quoi différait l'activité avant et après sa démission, elle était moins présente et en particulier elle dactylographiait du courrier rarement. Elle ne savait plus quelle baisse de rémunération avait impliqué sa démission. L'administrateur avait quelque peu exagéré en indiquant qu'elle travaillait à 80% pour B_____. C'était variable. Par contre, la rémunération de B_____ représentait les 2/3 de l'ensemble des revenus de sa société. Après audition du témoin, elle a confirmé qu'elle avait également travaillé pour B_____ management SA qui avait repris les salariés de B_____ services SA. Elle effectuait le même travail que précédemment sans avoir la signature au RC. La proportion de sa rémunération était restée la même, soit environ 2/3 en provenance de B_____ management. 28. Le même jour, Monsieur F_____, propriétaire d'une société fiduciaire qui était chargée de la comptabilité de la société de sa création jusqu'à sa faillite, a été entendu en qualité de témoin. !endif> Son interlocuteur était l'administrateur. Il avait des contacts avec la recourante lorsqu'il avait besoin d'un document qu'il ne trouvait pas puisqu'elle s'occupait du secrétariat. L'administrateur avait souhaité que la recourante ait une signature au RC, car il craignait que les employés ne soient pas payés s'il était victime d'un accident. L'administrateur prenait toutes les décisions importantes : engagements, licenciements,

montant du salaire. L'administrateur était satisfait d'avoir réussi à payer ce qu'il devait à l'AVS, via l'OP, mais les montants n'avaient pas été destinés à l'AVS. Il essayait par ailleurs de faire entrer de l'argent. A sa connaissance, la recourante n'était pas associée à ces discussions. Il n'était pas au courant si elle avait souhaité démissionner de son poste. C'est à elle qu'il avait eu à faire jusqu'à la faillite. Il ne savait pas quel temps la recourante consacrait à B_____. L'administrateur contrôlait tout. Il s'occupait de tout, y compris des paiements. La recourante se contentait de faire les fiches de salaire et de payer ceux-ci sur instruction de l'administrateur. Il voyait régulièrement l'administrateur. La recourante n'avait jamais participé à une séance destinée à prendre des décisions. Sa fiduciaire, Actua fiduciaire SA, avait la même adresse que B_____. Il n'avait plus de bureau situé au même endroit que ceux de la recourante. Il ne s'occupait plus de la comptabilité et il n'avait plus de liens d'affaires avec l'administrateur. C'était B_____ facilities management, qui versait les honoraires de la recourante, après que B_____ services SA ait cessé. Elle travaillait pour les deux. Il s'occupait également de la comptabilité de cette société, jusqu'à fin 2011. La société était également active dans le nettoyage et administrée par l'administrateur. 29. A l'issue de l'audience, un délai a été fixé à la recourante pour produire les contrats conclus avec B_____ services SA et B_____ management SA ainsi que la comptabilité de sa société permettant d'établir le montant des honoraires versés par ces deux sociétés, la caisse étant requise de produire, dans le même délai, les extraits du RC et du compte AVS pertinents. 30. Le 28 janvier 2014, la caisse a produit les pièces suivantes : a) Un échange de courriels entre la caisse et le service des assurances sociales du canton de Vaud, dont il ressort que la recourante ne disposait d'aucun compte individuel auprès de la caisse pour son activité au sein de B_____ services SA. Son compte individuel vaudois faisait état de revenus versés par E_____ Sàrl et l'assurance-chômage depuis 1993. b) Plusieurs extraits du RC, concernant notamment E_____ Sàrl, société active dans la publicité et la promotion des ventes dans le domaine de la papeterie et dont la recourante est l'associée gérante depuis son inscription le 9 mars 1988. Cette société était sise auprès de B_____ Sàrl, dont la recourante avait été associée gérante jusqu'à la radiation de la société en novembre 2005, puis à la même adresse. c) Un extrait du RC concernant Actua fiduciaires SA dont le siège se trouvait à la même adresse que E_____ Sàrl et B_____ Sàrl jusqu'en juin 2013. 31. Le 26 mars 2014, la recourante a produit les pièces suivantes : a) Un contrat de mandat conclu le 1 er février 2004 entre B_____ services SA et E_____ Sàrl, cette dernière société, soit la mandataire, s'engageant à exécuter les tâches de standard téléphonique, suivi du courrier, établissement des fiches de présence et des salaires, à raison d'environ 50% à l'adresse du bureau sis route de G_____ 69 à Lausanne pour une rémunération de CHF 3'500.- hors TVA. b) Un contrat de mandat conclut le 15 avril 2008 entre B_____ facility management SA et E_____ Sàrl, cette dernière société, la mandataire, s'engageant à exécuter les mêmes tâches que selon le contrat mentionné ci-dessus, dès le 15 avril 2008, à raison d'environ 80% à l'adresse du bureau sis route de G_____ 69 à Lausanne, pour une rémunération de CHF 6'000.-, hors TVA. c) Le compte 3200 (vente de marchandises) de E_____ Sàrl pour les années 2005 à 2008 dont il ressort que des prestations ont été fournies à « B_____ SA », « B_____ Sàrl », « B_____ facility management SA » et « B_____ services SA » pour un montant total de CHF 45'873.- en 2005, de CHF 57'043,10 en 2006, de CHF 77'791.25 en 2007 et de CHF 84'000.- en 2008. 32. Un délai a été accordé aux parties pour conclure. 33. La caisse a persisté à considérer que la recourante était un organe de fait, quelles que

soient les déclarations de celle-ci et du témoin. La caisse ne comprenait pas pourquoi les contrats de mandat, datant de 2004 et de 2008, à 50% puis à 80%, destinés à dégager la recourante de toutes responsabilités, n'avaient pas été produits auparavant. Elle avait été inscrite comme titulaire d'une signature individuelle et même son avocat l'avait qualifiée d'administratrice et de responsable dans son opposition du 9 avril 2010. C'était la recourante, même après sa démission, qui avait continué à s'occuper de la gestion administrative de la société, notamment en lien avec la caisse. L'administrateur avait d'ailleurs déclaré que la recourante était administratrice afin de pouvoir le suppléer en cas d'absence et avait précisé que, malgré la démission de la recourante, son activité pour la société occupait 70% à 80% de son temps, ce qui ressortait également du contrat de mandat du 15 avril 2008. L'imbroglio entre les sociétés de la recourante et de l'administrateur de B_____, ainsi que le fait que le taux d'activité de la recourante avait augmenté après le transfert des employés de la société en faillite à une autre société B_____ étaient des indices que la démission de la recourante avait été purement formelle et avait pour seul but d'éviter sa mise en cause dans la présente procédure.!

34. Par pli du 7 mai 2014, le conseil de la recourante a persisté dans ses conclusions. Son audition et celle du témoin confirmaient qu'elle ne disposait d'aucun pouvoir décisionnel au sein de la société.!

35. A la suite de quoi, la cause a été gardée à juger le 8 mai 2014.!

EN DROIT 1. a) Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ ; E 2 05) en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS ; RS 831.10).!

b) Selon l'art. 52 al. 5 LAVS, en dérogation à l'art. 58 al. 1 LPGA, le tribunal des assurances du canton dans lequel l'employeur est domicilié est compétent pour traiter le recours. Cette disposition est également applicable lorsque la caisse recherche un organe de l'employeur en réparation du dommage, et ce quel que soit le domicile dudit organe (Arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 184/06 du 25 avril 2007 consid. 2.3). c) La société étant domiciliée dans le canton de Genève depuis le 12 novembre 2003 jusqu'au moment de la faillite, la Cour de céans est compétente *ratione materiae* et *loci* pour juger du cas d'espèce. 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'art. 52 LAVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur y est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les art. 81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS ; RS 831.101) ont été abrogés.!

Il faut toutefois préciser que le nouveau droit n'a fait que reprendre textuellement, à l'art. 52 al. 1 LAVS, le principe de la responsabilité de l'employeur figurant à l'art. 52 aLAVS, la seule différence portant sur la désignation de la caisse de compensation, désormais appelée assurance. Les principes dégagés par la jurisprudence sur les conditions de droit matériel de la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 aLAVS (dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2002) restent par ailleurs valables sous l'empire des modifications introduites par la LPGA (ATF 129 V 11 consid. 3.5 et 3.6).

3. Interjeté dans les formes et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 38 et 56 à 61 LPGA).!

4. Le litige porte sur la question de savoir si la recourante est responsable du dommage causé par le non-paiement des cotisations sociales dues d'août 2006 à décembre 2007, à hauteur de CHF 182'271.-, en particulier si elle doit être

considérée comme un organe de fait de la société. 5. a) L'art. 14 al. 1 LAVS en corrélation avec les art. 34 et suivants du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS; RS 831.101), prescrit l'obligation pour l'employeur de déduire sur chaque salaire la cotisation du salarié et de verser celle-ci à la caisse de compensation avec sa propre cotisation. Les employeurs doivent envoyer aux caisses, périodiquement, les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs salariés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de payer les cotisations et de fournir les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral a déclaré, à réitérées reprises, que la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS est liée au statut de droit public. L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 193 consid. 2a).

b) A teneur de l'art. 52 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 (al. 1). Depuis le 1er janvier 2012, l'al. 2 a codifié la jurisprudence du Tribunal fédéral et indique que si l'employeur est une personne morale, les membres de l'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à titre subsidiaire du dommage. Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles répondent solidairement de la totalité du dommage. Le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus. L'employeur peut renoncer à invoquer la prescription. Si le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est applicable (al. 3).

6. a) L'art. 52 al. 3 LAVS prévoit que 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 s'en prévaloir. Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (ATF 134 V 353 consid. 3.1).

b) Par « moment de la connaissance du dommage » au sens de l'art. 52 al. 3 LAVS, il faut entendre, 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 permettraient plus d'exiger le paiement des cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (cf. ATF 128 V 15 consid. 2a, 126 V 443 consid. 3a, 121 III 388 consid. 3b, la jurisprudence rendue à propos de l'ancien art. 82 al. 1er du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants [RAVS ; RS 831.101] demeurant applicable ; ATF du 11 septembre 2007, H 220/06, consid. 3.3 et du 8 mai 2006, H 18/06, consid. 4.2). Dans le cas d'une faillite, cette insolvabilité est constatée au moment de la publication de l'état de collocation (RCC 1992 p. 502) ou, en cas de suspension de la liquidation de la faillite par défaut d'actifs, de la publication de cette suspension (VSI 2003/6 p. 435 ; ATF 129 V 193 consid. 2.3) : c'est à ce moment que prend naissance la créance en réparation du dommage et que, au plus tôt, la caisse subit un dommage et a connaissance de celui-ci.

c) En l'espèce, la décision de réparation du dommage a été notifiée en temps utile le 9 mars 2010, soit dans le délai de deux ans après délivrance des actes de défaut de biens des 6 juin et 13 octobre 2008 et du 4 juin 2009, de sorte que la créance de la caisse n'est pas prescrite.

7. L'action en réparation du dommage n'étant pas prescrite, il

convient à présent d'examiner si les autres conditions de la responsabilité de l'art. 52 LAVS sont réalisées, à savoir si la recourante peut être considérée comme étant «l'employeur» tenu de verser les cotisations à l'intimée, si elle a commis une faute ou une négligence grave et enfin s'il existe un lien de causalité adéquate entre son comportement et le dommage causé à l'intimée.!

8. a) S'agissant de la notion d'« employeur », la jurisprudence considère que, si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom, notamment quand la personne morale n'existe plus au moment où la responsabilité est engagée (ATF 123 V 12 consid. 5b; ATF 122 V 65 consid. 4a; ATF 119 V 401 consid. 2). Le caractère subsidiaire de la responsabilité des organes d'une personne morale signifie que la caisse de compensation ne peut agir contre ces derniers que si le débiteur des cotisations (la personne morale) est devenu insolvable (ATF 123 V 12 consid. 5b).!

L'art. 52 LAVS ne permet ainsi pas de déclarer l'organe d'une personne morale directement débiteur de cotisations d'assurances sociales. En revanche, il le rend responsable du dommage qu'il a causé aux différentes assurances sociales fédérales, intentionnellement ou par négligence grave, en ne veillant pas au paiement des cotisations sociales contrairement à ses obligations (ATFA non publié H 96/05 du 5 décembre 2005, consid. 4.1). b) La notion d'organe selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui se dégage de l'art. 754 al. 1 CO. En matière de responsabilité des organes d'une société anonyme, l'art. 52 LAVS vise en première ligne les organes statutaires ou légaux de celle-ci, soit les administrateurs, l'organe de révision ou les liquidateurs (ATF 128 III 29 consid. 3a; ATF 117 II 432 consid. 2b; ATF 117 II 570 consid. 3; ATF 107 II 349 consid. 5a; NUSSBAUMER, Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS, in RCC 1991 p. 403). Mais les critères d'ordre formel ne sont, à eux seuls, pas décisifs et la qualité d'organe s'étend aux personnes qui ont pris des décisions réservées aux organes ou se sont chargées de la gestion proprement dite, participant ainsi de manière déterminante à la formation de la volonté de la société (ATF 119 II 255 consid. 4 ; ATF 117 II 570 consid. 3 ; ATFA non publié H 128/04 du 14 février 2006, consid. 3 ss). La qualité d'organe est donc réservée aux personnes exécutant leurs obligations au sein de la société ou à l'égard des tiers en vertu de leur propre pouvoir de décision. Le fait qu'une personne est inscrite au registre du commerce avec droit de signature n'est, à lui seul, pas déterminant. La préparation de décisions par un collaborateur technique, commercial ou juridique ne suffit pas à conférer la qualité d'organe au sens matériel. En d'autres termes, la responsabilité liée à la qualité d'organe présuppose que l'intéressé ait eu des compétences allant nettement au-delà d'un travail préparatoire et de création des bases de décisions, pour se concentrer sur la participation, comme telle, à la formation de la volonté de la société. La responsabilité pour la gestion ne vise ainsi que la direction supérieure de la société, au plus haut niveau de sa hiérarchie (ATFA non publié H 128/04 du 14 février 2006, consid. 3). Un organe de fait n'est appelé à assumer une responsabilité que pour les domaines dans lesquels il a effectivement déployé une activité. Contrairement à un organe au sens formel, il n'a donc pas un devoir de surveillance (*cura in custodiendo*) à l'endroit de l'activité des autres organes, de fait ou de droit, de la société (ATFA non publié H 128/04 du 14 février 2006, consid. 3). Les organes de fait sont les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation de la société, à savoir celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 132 III 523 consid. 4.5 p. 528 ; 114 V 213 consid. 3 p. 214). Conformément à la jurisprudence en matière de responsabilité du droit de

la société anonyme, dont les principes s'appliquent dans le cadre de l'art. 52 LAVS (ATF 114 V 214 consid. 3 p. 214), revêt uniquement une position d'organe de fait la personne qui assume sous sa propre responsabilité la compétence durable - et non seulement isolée - de prendre des décisions qui dépassent le cadre des affaires quotidiennes et ont une influence sur le résultat de l'entreprise. Tel n'est pas le cas d'une personne qui se limite à préparer et/ou à exécuter de telles décisions (ATF 128 III 29 consid. 3c p. 33). En d'autres termes, la responsabilité pour la gestion ne concerne que la direction supérieure de la société, au plus haut niveau de sa hiérarchie (ATF 117 II 570 consid. 3 p. 572). En revanche, l'accomplissement de l'ensemble des tâches administratives au sein de l'entreprise (facturation aux clients, exécution des paiements, préparation des bulletins de salaires - y compris établissement de décomptes pour les autorités de l'AVS et la SUVA -, gestion des livres de caisse et des relations bancaires, etc.) n'est pas assimilable à l'activité spécifique d'un organe (ATF 114 V 213 consid. 4 p. 214 ss). L'obligation de réparer le dommage au sens de l'art. 52 LAVS intervient en principe seulement si la personne intéressée avait un pouvoir de disposer des cotisations non payées et pouvait effectuer les paiements à la caisse de compensation (ATF 134 V 401 consid. 5.1 p. 402; 103 V 120 consid. 5 p. 123; Marco Reichmuth, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, 2008, n. 244 ss et 256 ss; cf. arrêt 9C_535/2008 du 3 décembre 2008 consid. 2) (ATF non publié 9C_428/2013 du 16 octobre 2013, consid. 4.2). c) Le Tribunal fédéral a ainsi reconnu la responsabilité non seulement des membres du conseil d'administration, mais également celle de l'organe de révision d'une société anonyme, du directeur d'une société anonyme disposant du droit de signature individuelle, du gérant d'une société à responsabilité limitée ainsi que du président, du directeur financier ou du gérant d'une association sportive (ATFA non publié H 34/04 du 15 septembre 2004, consid. 5.3.1 et les références, in SVR 2005 AHV n° 7 p. 23; ATF non publié 9C_926/2009 du 27 avril 2010, consid. 4.3.1). 9. En l'espèce, force est de constater que la recourante a été inscrite au RC en tant que titulaire de la signature individuelle de la société de décembre 2003 jusqu'à la radiation de la société en janvier 2010. Le fait qu'elle ait donné ou non sa démission « en tant que responsable » à la société le 9 janvier 2007 est sans pertinence, dans la mesure où son inscription au RC n'a pas été radiée et qu'elle n'a entrepris aucune démarche en ce sens. Par ailleurs, la procédure a révélé que la recourante, malgré cette démission, avait continué, à tout le moins partiellement, son activité pour le compte de la société, en procédant notamment au versement des salaires des employés et en établissant et signant toutes les attestations annuelles de salaire destinée à l'intimée. Relevons encore que sur ce point, la recourante a soutenu avoir cessé toute activité dès sa démission, avant d'admettre avoir continué à accomplir certaines tâches au sein de la société, contre rémunération. Cela étant, il ressort notamment des déclarations de Monsieur D_____ et de Monsieur F_____ que si la recourante procédait au versement des salaires et préparait des documents à l'attention de la caisse, elle agissait exclusivement sur instruction de Monsieur D_____, sans aucune marge de manœuvre ou pouvoir décisionnel de quelque nature que ce soit. La signature individuelle dont elle bénéficiait était simplement destinée à faciliter l'accomplissement des tâches administratives qui lui étaient dévolues, en particulier le versement des salaires des employés. Comme le relève l'intimée, il est vrai que la production en fin de procédure des contrats de mandat faisant état des tâches accomplies par la recourante peut semer le doute quant à leur authenticité. Il est également patent que la recourante et Monsieur D_____ sont étroitement liés dans le cadre de plusieurs sociétés. Toutefois, selon le principe de la vraisemblance prépondérante, la chambre de céans ne saurait considérer la recourante

comme un organe de fait de la société, dans la mesure où elle ne participait pas à la formation de la volonté sociale, ni dans la forme, ni dans les faits. 10. La recourante ne revêtant pas la qualité d'un organe de fait, il n'est pas nécessaire de déterminer si elle a commis une faute ou une négligence grave et s'il existe un lien de causalité adéquate entre son comportement et le dommage causé à l'intimée. 11. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et la décision du sera annulée. 12. La recourante obtenant gain de cause, une indemnité de CHF 1'500.- lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme : 1. Déclare le recours recevable. Au fond : 2. L'admet et annule la décision du 9 mars 2010 et la décision sur opposition du 26 avril 2012. 3. Condamne l'intimée à verser à la recourante une indemnité de CHF 1'500.- à titre de dépens. 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). 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 Irène PONCET La présidente 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

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