

## GE\_GERICHTE A/2896/2011 vom 9. Juli 2013

GE Cour de justice, 2013-07-09, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_2896\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2896_2011)

FR: GE\_GERICHTE A/2896/2011 du 9 juillet 2013

IT: GE\_GERICHTE A/2896/2011 del 9 luglio 2013

### Volltext

Genève Cour de justice (Cour de droit public) Chambre des assurances sociales 09.07.2013  
A/2896/2011

A/2896/2011 ATAS/722/2013 du 09.07.2013 ( AVS ) , ADMIS En fait En droit  
RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE A/2896/2011  
ATAS/722/2013 COUR DE JUSTICE Chambre des assurances sociales Arrêt du 9 juillet  
2013 1 ère Chambre En la cause Monsieur F \_\_\_\_\_, domicilié à GLAND, comparant  
avec élection de domicile en l'étude de Maître DE MITRI Alain recourant contre CAISSE  
INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES  
ROMANDES FER CIAM 106.1, sise rue Saint-Jean 98, GENEVE Monsieur G \_\_\_\_\_,  
domicilié à VERSOIX Monsieur H \_\_\_\_\_, domicilié à MEINIER, comparant avec  
élection de domicile en l'étude de Maître SPIRA Vincent intimée appelés en cause EN  
FAIT 1. La société X \_\_\_\_\_ SA (ci-après la société), Y \_\_\_\_\_ SA jusqu'en 2002,  
ayant pour but "services et produits de nettoyage", a été inscrite au Registre du commerce  
de Genève le 17 janvier 2000. Elle a été affiliée depuis auprès de la CAISSE  
INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES  
ROMANDES - FER CIAM 106.1 (ci-après la Caisse). Messieurs G \_\_\_\_\_ et  
H \_\_\_\_\_ ont été respectivement administrateur-président, puis administrateur, et  
administrateur-secrétaire de la société, avec signature collective à deux, d'août 2002 à juillet  
2008. Monsieur F \_\_\_\_\_ en a été le directeur, puis l'administrateur-président, avec  
signature collective à deux, de janvier 2002 à novembre 2005. 2. La  
société a rencontré quelques difficultés pour s'acquitter des cotisations AVS-AI dès sa  
création, de sorte que plusieurs poursuites ont dû être engagées contre elle. Un  
procès-verbal de saisie valant actes de défaut de biens a été délivré à la Caisse le 30 mai  
2008. Des sursis au paiement ont été octroyés à la société en juin 2006 et en mars  
2007. 3. La société a été dissoute par suite de faillite prononcée le 12  
novembre 2008. 4. De l'état de collocation déposé le 7 avril 2010, il  
résulte que la créance de la Caisse de 274'823 fr. 15 a été admise en deuxième classe, et  
celle correspondant à la production provisoire déposée le 20 janvier 2009 de 10'533 fr., en  
troisième classe. Un dividende de 66% est prévu pour les créanciers de première classe,  
l'administration de la faillite a toutefois proposé aux créanciers le 5 avril 2011,  
d'abandonner un lot de 96 débiteurs pour un montant total de 312'477 fr. 33. 5.  
Par courriers du 10 mars 2009, la Caisse a réclamé à Messieurs G \_\_\_\_\_ et  
H \_\_\_\_\_ le paiement de la part employée des cotisations encore dues, et a attiré leur  
attention sur les conséquences, notamment pénales, d'un non-paiement. 6.  
Monsieur H \_\_\_\_\_ a expliqué à la Caisse, le 20 mars 2009, que Monsieur F \_\_\_\_\_,  
actionnaire majoritaire, continuait à diriger la société, qu'il avait conservé son bureau et  
qu'il ne cessait d'affirmer que "les choses se déroulaient normalement". Il avait dès lors  
démissionné, par courrier du 24 juin 2008 adressé à Monsieur F \_\_\_\_\_, précisant

qu'"aujourd'hui, je ne puis que constater que X\_\_\_\_\_ SA a des difficultés importantes, résultant de chantiers dont les marges étaient insuffisantes, voire inexistantes. N'étant pas à l'opérative de ta société, n'étant que peu écouté dans mes remarques et inquiétudes, il est plus sage que je renonce à ce poste d'administrateur". Monsieur H\_\_\_\_\_ a par ailleurs remis le bilan au 31 décembre 2008, mentionnant un poste "débitur F\_\_\_\_\_" d'un montant de 63'698 fr. 60.![endif]>![if> 7. La Caisse s'est alors également adressée à ce dernier le 4 mai 2009.![endif]>![if> 8. Le 20 mai 2010, elle a déposé une dénonciation pénale auprès du Parquet du Procureur dirigée contre Messieurs F\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_ pour infraction à l'art. 87 LAVS.![endif]>![if> 9. Monsieur G\_\_\_\_\_ a été reconnu coupable de l'infraction de soustraction de cotisations par ordonnance pénale du 4 février 2011. Une ordonnance de non-entrée partielle a été prononcée s'agissant de Monsieur F\_\_\_\_\_.![endif]>![if> 10. Par décision du 19 avril 2010, la Caisse a réclamé à Messieurs F\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_ le paiement de la somme de 134'994 fr. 35, à titre de réparation du dommage subi en raison du non-paiement des cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC, des cotisations dues au régime des allocations familiales, des cotisations assurance-maternité dues pour les périodes suivantes : décembre 2007, complément année 2007, janvier, février, juin à septembre 2008, ainsi qu'un solde de frais sur les périodes de novembre 2007 et mai 2008.![endif]>![if> Monsieur H\_\_\_\_\_ s'est également vu notifier une décision en réparation du dommage le même jour pour un montant de 68'978 fr. 75, représentant les cotisations AVS/AI/APG/AC et AF dues pour décembre 2007, pour un complément année 2007, et pour janvier et février 2008. 11. Monsieur H\_\_\_\_\_ a sollicité un arrangement de paiement le 3 mai 2010, afin de s'acquitter de sa dette.![endif]>![if> 12. La décision notifiée à Monsieur G\_\_\_\_\_ étant entrée en force, une poursuite a été engagée contre lui.![endif]>![if> 13. Monsieur F\_\_\_\_\_ a formé opposition le 21 mai 2010. Il allègue n'avoir plus assumé aucune fonction dans la société et n'avoir ni géré, ni participé à la gestion depuis 2005. Il explique que sa collaboration avec la société était exclusivement commerciale, avant comme après sa radiation du Registre du commerce. Il a été licencié par la société avec effet à fin février 2008, tout comme son épouse l'avait été en 2006. Un contrat de collaboration a toutefois été conclu courant 2008.![endif]>![if> 14. Par décision du 23 août 2011, la Caisse a rejeté l'opposition de Monsieur F\_\_\_\_\_. Elle a rappelé que Monsieur F\_\_\_\_\_ avait été organe formel de la société jusqu'à novembre 2005, mais constate que lors d'un contrôle AVS du 19 décembre 2005, le contrôleur avait été reçu par Messieurs G\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_, et que c'est à Monsieur F\_\_\_\_\_ que Monsieur H\_\_\_\_\_ avait adressé sa lettre de démission le 24 juin 2008.![endif]>![if> Elle a relevé que le 28 décembre 2007, Monsieur F\_\_\_\_\_ s'était vu licencié avec effet au 29 février 2008 compte tenu d'"une restructuration économique interne, afin de comprimer les coûts suite à la perte de nombreux mandats", mais qu'une convention de collaboration avait été signée le 19 août 2008 par la société et Monsieur F\_\_\_\_\_, aux termes de laquelle ce dernier représentait commercialement la société, notamment pour l'acquisition de nouvelles clientèles, Elle a par ailleurs ajouté qu'il ne serait pas compréhensible que la société restât créancière de Monsieur F\_\_\_\_\_ pour un montant de plus 60'000 fr. à fin 2008, si celui-ci n'avait aucune espèce de fonction dirigeante, étant précisé qu'il était resté actionnaire de la société. La Caisse a dès lors considéré que Monsieur F\_\_\_\_\_ était organe de fait de la société et répondait ainsi du dommage qui lui avait été causé, à hauteur de 127'081 fr. 50, conjointement et solidairement avec Monsieur H\_\_\_\_\_, à concurrence de 68'978 fr. 75 et avec Monsieur G\_\_\_\_\_, à concurrence de 127'081 fr. 50. 15. Monsieur

F \_\_\_\_\_, représenté par Me Alain DE MITRI, a interjeté recours contre ladite décision sur opposition le 23 septembre 2011. Il rappelle qu'à partir du 2 novembre 2005, il n'a plus assumé aucune fonction décisionnelle au sein de la société, que du reste ses pouvoirs ont été, à cette date, radiés du Registre du commerce. Messieurs G \_\_\_\_\_ et H \_\_\_\_\_ animaient et administraient seuls la société dès ce moment. C'est Monsieur H \_\_\_\_\_ qui se chargeait notamment du paiement des salaires et des charges sociales. Monsieur F \_\_\_\_\_ souligne qu'il n'est pas et n'a jamais été un "administratif", ses connaissances professionnelles étant exclusivement d'ordre commercial et technique, raison pour laquelle Monsieur I \_\_\_\_\_, à l'époque administrateur-président de la société, avait en même temps qu'il entraînait au conseil d'administration, nommé Monsieur H \_\_\_\_\_, expert-comptable et administrateur de la fiduciaire Z \_\_\_\_\_ SA, administrateur-secrétaire, précisément pour qu'il s'occupe de l'organisation de l'administration globale et du contrôle de la gestion de la société. Aussi même lorsqu'il était directeur ou administrateur-président, ne s'était-il jamais occupé ni des salaires, ni du paiement des salaires, ni des charges sociales afférentes, ni même des contrats d'engagement. Il qualifie dès lors les allégations de Monsieur H \_\_\_\_\_ comme étant mensongères. Il rappelle qu'il a été licencié par la société, tout comme l'avait été son épouse en 2006. Il relève qu'il ignore tout des arrangements de paiement requis par la société et auxquels la Caisse fait allusion. La Caisse s'est adressée à lui pour la première fois par son courrier du 4 mai 2009. Il reproche à la Caisse de s'être exclusivement référée aux informations données par Monsieur H \_\_\_\_\_ pour le qualifier d'employeur de fait. A cet égard, il ne se souvient notamment pas avoir jamais entendu Monsieur H \_\_\_\_\_ se plaindre, auprès de lui, de soi-disant marges insuffisantes et relève qu'en aucun cas il n'aurait pu lui dire que "les choses se déroulaient normalement", dès lors qu'il appartenait précisément à Monsieur H \_\_\_\_\_ de s'en assurer. Il rappelle en effet que celui-ci était le seul "à détenir toutes les informations relatives à la marche de la société, via sa fiduciaire". La Caisse fonde toute son argumentation sur un courrier daté du 24 juin 2008 que Monsieur F \_\_\_\_\_ n'a jamais reçu ni même vu. Il rappelle à cet égard qu'il avait déjà été licencié, lorsque ce courrier a été adressé à la société. Il ignore au surplus ce que signifie cette somme de 63'698 fr. 50, figurant à un poste "débit F \_\_\_\_\_" sur un bilan au 31 décembre 2008, remis à la Caisse par Monsieur H \_\_\_\_\_. S'agissant de la convention du 19 août 2008, Monsieur F \_\_\_\_\_ relève que son contenu démontre bien que sa seule véritable activité est celle d'un employé technico-commercial, et souligne qu'en effet, s'il était effectivement pourvu du pouvoir de décision dans la société, il n'aurait pas eu besoin de se protéger par un tel contrat. 16. Dans sa réponse du 11 novembre 2011, la Caisse a conclu au rejet du recours. Elle admet que les arrangements pris par la société n'ont effectivement pas été traités par Monsieur F \_\_\_\_\_, mais par Monsieur G \_\_\_\_\_. Elle considère toutefois que ça ne permet pas de considérer que Monsieur F \_\_\_\_\_ n'avait plus ni fonction dirigeante ni pouvoir décisionnel dans la société, après novembre 2005. Elle relève que les éventuelles activités parallèles déployées par Monsieur F \_\_\_\_\_ n'excluent pas non plus la possibilité pour lui d'avoir eu un pouvoir décisionnel dans la société. Enfin, les termes de la convention de collaboration du 19 août 2008 ne permettent pas de tirer une quelconque conclusion sur le rôle réel de Monsieur F \_\_\_\_\_ dans la société. 17. La Cour de céans a ordonné la comparution personnelle des parties le 17 janvier 2012. La représentante de la Caisse a informé la Cour de céans que Monsieur H \_\_\_\_\_ respectait le plan de paiement convenu, de sorte que le dommage s'élevait au jour de l'audience, compte tenu de ses versements, à 124'494 fr. 35.

Monsieur G \_\_\_\_\_ ne s'était en revanche acquitté d'aucun montant. Monsieur F \_\_\_\_\_ a déclaré que "Avant et après novembre 2005, j'avais la même activité au sein de la société. Je m'occupais exclusivement de la partie commerciale, à savoir démarcher de nouveaux clients, afin que des contrats de nettoyage soient conclus. J'établissais les devis sur la base de la surface des locaux à nettoyer et d'un tarif horaire prédéterminé. Je transmettais ensuite ces devis à Monsieur G \_\_\_\_\_ qui s'occupait de préparer les contrats et de les envoyer aux clients. La société s'occupait également de nettoyages en fin de chantiers. Ce n'était pas moi qui m'en occupait, c'était Monsieur J \_\_\_\_\_. Après mon licenciement, la société a connu quelques difficultés auprès de certains clients qui me réclamaient. Nous avons donc conclu une convention de collaboration, Monsieur G \_\_\_\_\_, Monsieur J \_\_\_\_\_ et moi-même. Nous ne l'avons jamais appliquée. Elle n'a du reste pas été signée par la société. J'ai fait un apprentissage de mécanicien sur automobiles. J'ai par ailleurs exercé des activités en tant que commercial dans le domaine de la technique bâtiments. Y \_\_\_\_\_ SA, dont le but était dans le domaine de la sécurité des biens et des personnes, et moi-même, avons créé la société Y \_\_\_\_\_ SA. J'avais là aussi une activité commerciale uniquement. Nous nous sommes séparés de la société Y \_\_\_\_\_ SA (nous avons les mêmes locaux) et avons pris le nom de X \_\_\_\_\_ SA. C'est peu avant que Monsieur G \_\_\_\_\_ a été engagé, précisément pour s'occuper de l'activité administrative. Je ne me souviens plus si c'est moi ou Monsieur I \_\_\_\_\_ qui l'avons engagé. C'est la seule personne avec laquelle j'ai conduit un entretien d'embauche. Au même moment, Monsieur H \_\_\_\_\_, administrateur de la société Z \_\_\_\_\_, a également été engagé. Je suis resté actionnaire majoritaire de la société X \_\_\_\_\_ SA. Je cherchais à quitter le domaine du nettoyage, domaine qui ne m'intéressait pas particulièrement. J'ai été approché par la société XA \_\_\_\_\_ SA et pour y entrer, je devais quitter le conseil d'administration de X \_\_\_\_\_ SA. J'ai essayé de vendre mes actions à Messieurs G \_\_\_\_\_, J \_\_\_\_\_ et H \_\_\_\_\_. J'ai effectivement fondé XB \_\_\_\_\_ Sàrl et la XC \_\_\_\_\_ SA. Je n'y exerçais pas d'activité, mais j'avais une autorisation d'exploitation dans le domaine de la sécurité, et finalement le projet n'a pas abouti avec la société XA \_\_\_\_\_ SA. Je ne sais pas pour quelle raison Monsieur H \_\_\_\_\_ a déclaré à la Caisse que j'étais administrateur de fait. Il est vrai que j'ai eu un différend avec lui. Je n'ai jamais reçu la lettre aux termes de laquelle il démissionne, qui est adressée à la société, à mon nom. Il n'est jamais venu me faire part d'inquiétudes, il n'est jamais venu avec des chiffres. Tous les devis que j'établissais lui étaient transmis par le biais de Monsieur G \_\_\_\_\_. J'avais très peu de contact avec Monsieur H \_\_\_\_\_. J'avais confié à Monsieur H \_\_\_\_\_, par le biais de sa fiduciaire, mes déclarations d'impôts. Il a un jour oublié un délai et m'a informé à la dernière minute qu'il ne m'accompagnerait pas à un rendez-vous que j'avais avec l'autorité fiscale. Il s'agissait des déclarations fiscales depuis 2004, sauf erreur. Je ne sais pas à quoi correspond ce poste débiteur " F \_\_\_\_\_ " de 63'698 fr. 60 figurant au bilan au 31 décembre 2008. Je précise à cet égard que c'est Monsieur H \_\_\_\_\_ qui a établi ce bilan. Peut-être s'agit-il de matériel que j'aurais laissé à la société. Il y a eu à mon souvenir quelques assemblées générales. Les procès-verbaux étaient établis par Monsieur H \_\_\_\_\_. Ils devaient être signés par lui, Monsieur G \_\_\_\_\_ et moi-même. Je ne suis pas sûr de les avoir eus en copie. Je faisais entièrement confiance à Monsieur H \_\_\_\_\_ à l'époque. Je lui en veux beaucoup. Monsieur G \_\_\_\_\_ quant à lui était en quelque sorte un pantin en ses mains. Mon épouse travaillait également dans la société X \_\_\_\_\_ SA comme commerciale. Je ne sais pas pour quelle raison elle a été licenciée, peut-être est-ce pour des raisons de

restructuration économique. Juste avant mon licenciement, soit en octobre-novembre 2007, sauf erreur, il avait été question de déposer le bilan. Monsieur G \_\_\_\_\_ avait préféré poursuivre l'activité en prenant des mesures d'économies, raison pour laquelle il m'a licencié. J'ai été informé en raison du fait que j'étais actionnaire. Je tiens à préciser qu'une fois que j'avais trouvé le client, le suivi, soit l'engagement du personnel nécessaire était assuré par Messieurs J \_\_\_\_\_ et G \_\_\_\_\_. Ce qui concernait le matériel et le contrôle technique était assuré par Monsieur J \_\_\_\_\_. Les contrats étaient établis par Monsieur G \_\_\_\_\_, le suivi administratif était assuré par Monsieur G \_\_\_\_\_, sous contrôle de Monsieur H \_\_\_\_\_. Je ne m'occupais pas du tout de l'engagement du personnel. La Caisse considère qu'il ressort de l'extrait du CI, que je n'ai pas cessé de travailler après ma démission du conseil d'administration et après mon licenciement. Or, il ressort précisément du CI en question que le dernier enregistrement porte sur janvier et février 2008." 18. Par ordonnance du 24 janvier 2012, la Cour de céans a appelé en cause Messieurs G \_\_\_\_\_ et H \_\_\_\_\_.![:endif]>![:if> 19. Le 30 janvier 2012, Me Vincent SPIRA s'est constitué pour la défense des intérêts de Monsieur H \_\_\_\_\_.![:endif]>![:if> Il s'est déterminé le 15 mars 2012. Ses allégués seront repris en tant que de besoin dans la partie en droit qui suit.

20. Par courrier du 3 avril 2012, la Caisse a annoncé qu'elle souhaitait que soient entendus Messieurs J \_\_\_\_\_, I \_\_\_\_\_ et K \_\_\_\_\_.![:endif]>![:if> 21. Le 4 avril 2012, Monsieur F \_\_\_\_\_ a demandé que soient cités Messieurs G \_\_\_\_\_, J \_\_\_\_\_ et K \_\_\_\_\_. Il demande également l'audition des employés de la société durant la période litigieuse, afin de démontrer que Monsieur F \_\_\_\_\_ n'avait pas le rôle allégué par Monsieur H \_\_\_\_\_, en matière d'engagement et d'administration du personnel.![:endif]>![:if> 22. Monsieur I \_\_\_\_\_ a été entendu le 3 juillet 2012. Il a déclaré que![:endif]>![:if> "La société Y \_\_\_\_\_ SA, devenue X \_\_\_\_\_ SA fin 2002, avait pour but la sécurité, le nettoyage et l'entretien. Je l'ai créée avec MM. K \_\_\_\_\_ et F \_\_\_\_\_, à raison d'un tiers chacun. Nous avons ensuite engagé M. G \_\_\_\_\_. C'est F \_\_\_\_\_ et moi-même qui l'avons engagé, je ne me souviens pas si M. K \_\_\_\_\_ était là. Je rappelle que nous étions alors dans la phase de création encore, de sorte que nous nous occupions nous-mêmes de l'engagement. Par la suite, s'agissant du personnel à proprement parler, c'est M. G \_\_\_\_\_ qui en était chargé. Je ne me suis plus occupé que du domaine de la sécurité, sauf erreur en 2002. Nous avons fait appel à la fiduciaire Z \_\_\_\_\_ pour la comptabilité en 2001 sauf erreur, puis à M. H \_\_\_\_\_ par voie de conséquence. M. H \_\_\_\_\_ s'occupait plus particulièrement des tâches administratives, des ordres de paiement, sauf erreur. J'ai été actionnaire jusqu'en 2004, date à laquelle j'ai vendu mes actions à M. F \_\_\_\_\_. M. F \_\_\_\_\_ s'occupait du commercial essentiellement. Je n'ai plus été au courant de la gestion de la société dès le moment où j'ai vendu mes actions, soit en 2004. Je dois dire que j'ai par la suite été en mauvais termes avec M. F \_\_\_\_\_ dans la mesure où il ne s'est pas acquitté du solde des actions. Il avait un rôle exclusivement de commercial. Il s'occupait du démarchage des clients, des relations avec les responsables de sites et avec les fournisseurs." 23. Monsieur J \_\_\_\_\_ a déclaré le même jour que :![:endif]>![:if> "J'ai été engagé par la société X \_\_\_\_\_ en 2004-2005, comme nettoyeur qualifié, par M. F \_\_\_\_\_. Je précise que pour moi, M. F \_\_\_\_\_ était le patron, M. G \_\_\_\_\_ le secrétaire. J'ai ensuite été promu technico-commercial par M. F \_\_\_\_\_. Un an avant la fermeture de la société, en novembre-décembre 2007 sauf erreur, nous avons eu une réunion tous les quatre (M. F \_\_\_\_\_, M. G \_\_\_\_\_, M. H \_\_\_\_\_ et moi-même) dans le but que j'obtienne la signature collective à deux avec M. G \_\_\_\_\_. Je ne pouvais en effet pas signer les devis, les soumissions, les contrats pour les clients.

Nous rapportions quoiqu'il en soit tout à M. F\_\_\_\_\_. Je ne sais pas qui signait les contrats de travail. Je sais que c'est M. G\_\_\_\_\_ qui les établissait. S'agissant de mon propre contrat de travail, c'est M. F\_\_\_\_\_ qui l'avait signé. A partir du moment où j'étais devenu technico-commercial, je devais calculer les marges de chantier et les contrôler, puis je les transmettais à la direction, soit à M. F\_\_\_\_\_. M. F\_\_\_\_\_ est venu nous expliquer qu'il allait quitter la société parce qu'il avait d'autres projets, raison pour laquelle le mot de licenciement ne me paraît pas être exact. Après février 2008, il passait de temps en temps. Il nous avait assuré qu'il continuait à nous soutenir. Il a conservé son bureau avec son PC jusqu'à la fermeture de la société. Sur question, j'affirme que je ne confonds pas avec ce qui s'est passé après son départ du conseil d'administration. Après février 2008, M. F\_\_\_\_\_ était moins souvent là qu'auparavant. Avant, il était là tous les jours ; après, il passait environ une fois par semaine, voire deux. M. F\_\_\_\_\_ est resté mon patron jusqu'à la fermeture de l'entreprise. La seule différence, après février 2008, est qu'il m'a laissé plus de liberté pour gérer les affaires. Je rapportais toujours à lui. Il m'a laissé plus de liberté parce qu'il était moins présent. Bien qu'il nous avait assuré qu'il nous soutiendrait, il nous a en réalité « abandonnés ». Le soutien sur le terrain a manqué, j'étais convaincu que nous nous en sortirions, il y avait deux ou trois projets importants qui auraient permis à la société de redresser la situation. Malheureusement, ça n'a pas pu se faire, plus particulièrement s'agissant du projet XD\_\_\_\_\_. C'était un projet qui avait été apporté par M. F\_\_\_\_\_. Malheureusement, un rattrapage d'argent devait être fait, qui n'a pu être assumé par la société. C'est M. G\_\_\_\_\_ qui s'occupait du paiement des salaires. Nous en discutons ensemble du fait que c'est moi qui m'occupais des rapports de facturation. Nous décidions alors de retarder le cas échéant le versement de nos propres salaires pour laisser la priorité aux autres employés. C'est durant la dernière année que le paiement des salaires devenait parfois plus difficile. M. F\_\_\_\_\_ n'intervenait pas dans nos discussions. " 24. Lors de la comparution personnelle des parties se déroulant le même jour, Monsieur G\_\_\_\_\_ a indiqué que :![endif]>![if> "Je confirme avoir été engagé par MM. F\_\_\_\_\_, I\_\_\_\_\_, K\_\_\_\_\_ et L\_\_\_\_\_. M. L\_\_\_\_\_ s'occupait de la comptabilité et de l'administration à l'époque. J'ai été engagé en tant que superviseur. J'étais chargé d'assurer les contrôles sur les sites, je précise qu'il n'y avait à l'époque que deux gros clients. Je dressais les listes du personnel dont nous avons besoin et les donnais à M. L\_\_\_\_\_. Je lui donnais également les relevés d'heures à la fin de chaque mois. C'est lui qui établissait les contrats et les fiches de salaire. C'est moi qui engageais le « petit personnel ». Lorsqu'il s'agissait d'un responsable, c'est M. F\_\_\_\_\_ qui s'en occupait, c'est lui qui me donnait les instructions. Mon travail n'a pas changé, même lorsque je suis devenu fondé de pouvoirs ou lorsque M. F\_\_\_\_\_ a quitté le conseil d'administration. C'est M. F\_\_\_\_\_ qui s'est occupé de l'engagement d'un technico-commercial et qui fixait le montant de son salaire. Je ne recevais pas d'instructions particulières de M. H\_\_\_\_\_. S'agissant du paiement des salaires, j'avais une signature collective à deux avec M. H\_\_\_\_\_ ou M. F\_\_\_\_\_. J'ai préparé la lettre de licenciement de M. F\_\_\_\_\_ à la demande de celui-ci. Il voulait économiser son salaire, l'entreprise étant en grande difficulté. Ce n'est pas moi qui ai pris cette décision, je rappelle que c'était mon patron. Je ne me souviens pas qui a licencié son épouse, je ne me souviens pas non plus s'il y a eu un contrat. C'est M. F\_\_\_\_\_ qui a établi la convention du 19 août 2008. J'ai refusé de la signer. Il n'y avait aucune raison pour moi de le faire. Il devait de l'argent à la société. Je précise encore que depuis mars 2008, alors qu'il n'était plus salarié de la société, il bénéficiait encore de la voiture et du

téléphone, ainsi que du bureau dans les locaux de la société. Je n'ai pas voulu déposer le bilan plus tôt, espérant que la situation s'améliorerait. Je n'ai pas fait opposition à la décision qui m'a été notifiée. J'étais très mal à ce moment-là et j'ai laissé les choses aller. J'ai simplement répondu à la caisse en décrivant ma situation, j'étais sauf erreur au chômage à l'époque. Je n'ai en l'état effectué aucun versement à la caisse. Je précise que le travail de M. F\_\_\_\_\_ n'a subi aucune modification avant et après 2005.

M. F\_\_\_\_\_ a quitté le conseil d'administration parce qu'il voulait entrer dans une autre entreprise qui aurait pu apporter de nouveaux clients à la société. M. F\_\_\_\_\_ était au courant de tout, il savait exactement quels étaient les salaires et quelles étaient les factures à payer. La preuve qu'il était resté en réalité dans l'entreprise est qu'il avait établi la convention d'août 2008. La société X\_\_\_\_\_ avait un client pour lequel des travaux de nettoyage étaient effectués. M. F\_\_\_\_\_ était mandaté par ce même client pour des travaux de jardinage. Ces travaux étaient effectués, à la demande de M. F\_\_\_\_\_, par le personnel de la société X\_\_\_\_\_. M. F\_\_\_\_\_ n'a pas rétrocédé à la société l'argent qu'il a reçu pour ces travaux de la part du client, pour la somme de 60'000 fr. / 70'000 fr. environ, sauf erreur. Il m'est demandé si M. F\_\_\_\_\_ est venu me voir vers 2007 pour s'inquiéter des comptes qu'il n'obtenait pas. Ma réponse est non. Je ne me souviens pas à quelle date le technico-commercial, M. M\_\_\_\_\_, a été engagé par la société. (...) Je précise que nous n'avons jamais répercuté sur le tarif horaire le treizième salaire, lorsque celui-ci a été introduit progressivement, de peur de perdre les clients. (...) Les travaux de jardinage dataient de 2007. C'est moi qui en ai établi les factures. M. F\_\_\_\_\_ en a payé une. J'ajoute que je lui ai adressé des rappels pour les autres. Il ne pouvait dès lors pas ignorer qu'il devait de l'argent à la société. Je confirme que les factures que j'ai établies sont celles figurant sous pièce 6 chargé du 15 mars 2012 de M. H\_\_\_\_\_." 25. La représentante de la Caisse a confirmé que M. H\_\_\_\_\_ continuait ses versements réguliers à hauteur de 500 fr. par mois, de sorte que le montant du dommage dont le remboursement était réclamé à M. F\_\_\_\_\_ était à ce jour de 121'581 fr. !

26. a) Monsieur H\_\_\_\_\_ a déclaré lors de la même audience que ! "J'ai attiré l'attention, en février ou mars 2008, du conseil d'administration élargi à M. F\_\_\_\_\_ et à M. J\_\_\_\_\_ sur la situation difficile que connaissait la société. J'ai plus particulièrement attiré l'attention sur le fait que les marges de chantier étaient calculées de façon trop basse. Je m'inquiétais également du paiement des charges sociales notamment. J'ai souhaité qu'il y ait une révision intermédiaire des comptes au 30 juin 2008. L'organe de révision a établi un rapport en date du 8 septembre 2008. J'ai annoncé ma démission le 24 juin 2008, avec effet immédiat, au motif que M. F\_\_\_\_\_ contestait mon reproche portant sur les marges de chantier. J'ai constaté, en établissant les comptes de janvier à juin 2008, que les marges n'avaient pas été modifiées." M. F\_\_\_\_\_ a à cet égard rétorqué que : "le tarif horaire était déterminé par M. G\_\_\_\_\_ et M. H\_\_\_\_\_ compte tenu des charges (y compris les charges sociales). M. J\_\_\_\_\_ évaluait le nombre d'heures nécessaires pour effectuer les travaux sur un chantier déterminé. Il s'assurait ensuite de la gestion du chantier. L'évaluation des heures influençait la marge. Je n'avais pas de moyen d'agir sur cette marge." Il a ajouté que "Suite à l'avertissement de M. H\_\_\_\_\_ lors de la séance de février-mars 2008, le prix de l'heure a été réévalué grâce à un tableur Excel que j'ai établi et que j'ai transmis à MM. G\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_. Je rappelle qu'à compter de fin février 2008, je ne travaillais plus dans la société, je passais de temps à autre pour dire bonjour et pas pour contrôler quoi que ce soit. J'ai essayé de remettre mes actions à M. J\_\_\_\_\_, mais ça ne s'est pas fait. Je ne les lui aurais pas vendues, mais j'aurais pu

bénéficiaire des gains réalisés par la société ultérieurement." b) Selon Monsieur H \_\_\_\_\_, le patron était Monsieur F \_\_\_\_\_. Monsieur J \_\_\_\_\_ lui soumettait tout ce qu'il faisait. Monsieur G \_\_\_\_\_ préparait les paiements et la liste des salaires et les lui soumettait. Lui-même, titulaire de la signature collective à deux, contresignait les ordres de paiement, son rôle se bornant à établir les comptes et les déclarations fiscales. c) Monsieur H \_\_\_\_\_ a ajouté que Monsieur F \_\_\_\_\_ avait voulu compenser la dette qu'il avait envers la société d'un montant de 63'698 fr. 60 qui figure aux bilans au 31 décembre 2007 et au 30 juin 2008. Monsieur G \_\_\_\_\_ l'a confirmé. Monsieur F \_\_\_\_\_ a expliqué que "La dette de 63'698 fr. 60 m'a été annoncée lors d'une assemblée extraordinaire en juin 2008. Je précise à cet égard qu'en février-mars 2008, je n'ai pas vu de bilan. Je pensais que le coût des travaux de jardinage effectivement effectués par le personnel de la société serait compensé par le fait qu'ils utilisaient du matériel m'appartenant. Le client pour lequel les travaux de jardinage étaient faits payait à la société directement. Il y aurait eu en principe compensation entre le matériel m'appartenant et les salaires des employés." Monsieur G \_\_\_\_\_ a toutefois indiqué que "Les travaux de jardinage dataient de 2007. C'est moi qui en ai établi les factures. M. F \_\_\_\_\_ en a payé une. J'ajoute que je lui ai adressé des rappels pour les autres. Il ne pouvait dès lors pas ignorer qu'il devait de l'argent à la société. Je confirme que les factures que j'ai établies sont celles figurant sous pièce 6 chargé du 15 mars 2012 de M. H \_\_\_\_\_." d) Monsieur F \_\_\_\_\_ enfin a déclaré que "J'affirme ne plus avoir eu d'activité dans la société après février 2008. Je rappelle à cet égard que la convention n'a pas été signée. Le PC qui est resté dans mon bureau ne m'appartenait pas. J'ai moi-même signé cette convention. C'était un arrangement avec la société, dans le but d'amortir ma dette avec le travail que j'aurais dû effectuer au service de la société. Je rappelle que j'ai été engagé par M. I \_\_\_\_\_ en tant que commercial. C'est cette activité que j'ai eue pour la société jusqu'à la fin. Il s'agissait de répondre à des soumissions dans le domaine du nettoyage. M. J \_\_\_\_\_ s'occupait quant à lui, en plus, de la gestion de chantiers. Je dois dire que la société ne m'intéressait plus depuis 2005. J'ai diminué mon activité depuis, ce qui a été compensé par celle de M. J \_\_\_\_\_. La diminution de mon activité pourrait être d'environ 20%. Cette diminution d'activité n'a pas entraîné de diminution de mon salaire." 27. Madame N \_\_\_\_\_, travaillant comme nettoyeuse à temps partiel et choisie de façon aléatoire sur la liste des salariés de la société durant la période litigieuse, a déclaré le 25 septembre 2012 que "[endif]>![if> "Monsieur F \_\_\_\_\_ était le patron à mes yeux, et Monsieur G \_\_\_\_\_ était avec lui. Si j'avais un problème, je m'adressais à Monsieur O \_\_\_\_\_, le chef du nettoyage". Un autre salarié, Monsieur P \_\_\_\_\_, a été entendu le 6 novembre 2012, choisi de la même façon. Il a indiqué que : "J'ai travaillé au service de la société X \_\_\_\_\_ comme nettoyeur à plein temps. J'ai travaillé environ quatre ans pour X \_\_\_\_\_. J'ai été engagé sauf erreur en 2005. Je ne me souviens plus de la date. J'ai travaillé jusqu'à la faillite de la société. J'ai été engagé par Monsieur F \_\_\_\_\_. C'est lui qui m'a fait signer le contrat. Il était seul lors de l'entretien. Je travaillais sur différents chantiers. Chaque jour, je me rendais dans les locaux de la société X \_\_\_\_\_, par exemple pour chercher du matériel. Je voyais chaque fois Monsieur F \_\_\_\_\_. C'est Monsieur J \_\_\_\_\_ qui me disait sur quel chantier je devais me rendre. Si j'avais un problème, j'en parlais à Monsieur J \_\_\_\_\_ qui lui-même en référait au "patron", soit à Monsieur F \_\_\_\_\_. Si j'avais un problème de salaire ou de versement de salaire, je m'adressais au secrétariat, soit à Monsieur G \_\_\_\_\_ qui s'occupait de la comptabilité. Je ne sais pas qui s'occupait des salaires. Je recevais mon salaire sur mon compte en banque. J'ai toujours vu Monsieur F \_\_\_\_\_ dans son bureau

lorsque je venais dans les locaux de la société. Je n'ai pas vu de différence entre le début et le moment où est intervenue la faillite. A la suite de la faillite, j'ai travaillé deux ans pour Monsieur J \_\_\_\_\_ qui avait ouvert sa propre entreprise." Monsieur K \_\_\_\_\_ a été entendu lors de la même audience. Il a déclaré que : "Je confirme que j'ai été à l'origine de la société Y \_\_\_\_\_ SA devenue X \_\_\_\_\_ SA avec Messieurs I \_\_\_\_\_ et F \_\_\_\_\_. J'ai été actionnaire de Y \_\_\_\_\_ SA. Je constate que je figure en tant qu'actionnaire de X \_\_\_\_\_ sur le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 27 juin 2008. Je l'explique par une confusion due à une situation floue. J'ai peu suivi l'évolution de la société X \_\_\_\_\_. Je n'ai jamais été administrateur d'aucune des deux sociétés. (...) Je confirme avoir vu le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 27 juin 2008. Je ne me souviens plus qui m'a convoqué pour cette assemblée générale. Je ne me souviens pas non plus avoir reçu un ordre du jour. Etaient présents : Messieurs G \_\_\_\_\_ et F \_\_\_\_\_, moi-même, ainsi qu'une partie des collaborateurs de X \_\_\_\_\_ (à mon souvenir 1 ou 2). Il est possible qu'il s'agissait de Monsieur J \_\_\_\_\_ qui s'occupait de la gestion des chantiers. Je ne me souviens pas avoir reçu de documents (bilan ou autres). Je ne l'exclus pas. C'est la première fois qu'il m'était annoncé que la société subissait une perte. Je crois que c'est Monsieur F \_\_\_\_\_ qui l'a annoncé. Je ne me souviens pas qui présidait la séance. Il n'y a pas eu de réaction particulière. J'étais surpris, car je ne m'y attendais pas. A la question de savoir si Monsieur F \_\_\_\_\_ était ou non surpris lui aussi, je réponds que j'espère que non, dans la mesure où c'est lui qui conduisait la société. Je voyais très peu Monsieur F \_\_\_\_\_. Nous avons chacun nos activités professionnelles. Je pars de l'idée que des assemblées générales ordinaires se sont tenues. Je n'ai cependant pas le souvenir d'y avoir participé. Le but de cette assemblée était d'annoncer la perte. Je crois me souvenir que Monsieur F \_\_\_\_\_ s'est engagé à déposer le bilan de la société, celle-ci étant en état de surendettement. Je ne savais pas à ce moment-là que Monsieur F \_\_\_\_\_ ne faisait plus partie du conseil d'administration depuis quelques temps. J'ai signé ce procès-verbal à la date indiquée, soit le 27 juin 2008. L'assemblée se tenait dans les locaux de la société X \_\_\_\_\_ à Meyrin. Le rapport du réviseur du 15 juillet 2008 ne m'a pas été communiqué. Je suis informé que la perte figurant sur ce rapport est d'un peu plus de 380'000 fr., j'en suis très étonné. Monsieur F \_\_\_\_\_ dirigeait la société depuis le tout début, alors qu'il s'agissait encore de Y \_\_\_\_\_. Il l'a fait jusqu'à la fin, sans aucune interruption, à ma connaissance. Je pense que tel était le cas, puisque c'est ce qu'il faisait à l'époque de Y \_\_\_\_\_." 28. Le 15 novembre 2012, Monsieur H \_\_\_\_\_ a transmis à la Cour de céans un chargé de pièces complémentaire comprenant ![endif]>![if> - un projet de bilan au 31 décembre 2007![endif]>![if> - un courrier de la société, signé par Monsieur G \_\_\_\_\_ et adressé à Monsieur H \_\_\_\_\_ le 4 juillet 2008 aux termes duquel il est demandé à celui-ci le bilan 2007 révisé et un bilan intermédiaire révisé également au 30 juin 2008![endif]>![if> - une télécopie de la fiduciaire Z \_\_\_\_\_ au réviseur de la société daté du 4 juillet 2008, visant à ce que soit établie la révision des comptes de l'exercice 2007 dans un premier temps.![endif]>![if> 29. Dans ses écritures après enquêtes du 20 décembre 2012, Monsieur H \_\_\_\_\_ a répété que Monsieur F \_\_\_\_\_ avait continué à assumer la gestion courante de toutes les affaires de la société, jusqu'à la faillite, quand bien même il n'était plus inscrit au Registre du commerce depuis le 8 novembre 2005. Il avait du reste conservé son salaire d'administrateur jusqu'en 2008. Il était resté inscrit sur les relevés de caisse de la société et y avait notamment prélevé un montant de 9'928 fr. 10 en décembre 2007. Les factures des fournisseurs de la société avaient toujours été libellées au nom de

Monsieur F\_\_\_\_\_. Dans le cadre d'un conflit entre la société et XD\_\_\_\_\_ SA, c'est Monsieur F\_\_\_\_\_ qui en avait assuré le suivi. Monsieur F\_\_\_\_\_ avait utilisé le personnel et les ressources matérielles de la société dans le cadre de mandats privés, raison pour laquelle la société a une créance de 63'698 fr. 60. Il avait établi un contrat de collaboration et son avenant le 19 août 2008, ce qui démontre qu'il en soit qu'il avait bel et bien continué à travailler pour la société, de sorte que son licenciement revêtait un caractère purement fictif. Enfin, Monsieur H\_\_\_\_\_ lui avait adressé directement sa lettre de démission, ainsi que le projet de bilan du 24 juin 2008.![endif]>![if> Les déclarations des parties et des témoins avaient permis de démontrer que Monsieur F\_\_\_\_\_ était resté le patron de la société après 2005, et même après qu'il ait prétendument démissionné avec effet au mois de février 2008, à la seule différence qu'il n'était alors plus salarié de la société. Il a également été établi que Monsieur G\_\_\_\_\_ s'occupait de la préparation des paiements et de la liste des salaires qu'il soumettait à Monsieur F\_\_\_\_\_, et que lui-même, au bénéfice d'une signature collective à deux, contresignait les ordres y relatifs. Il allègue que Monsieur F\_\_\_\_\_ n'a pas pu ne découvrir sa dette de 63'698 fr. 60 que lors de l'assemblée générale extraordinaire du mois de juin 2008, non seulement parce qu'elle apparaissait au bilan du 31 décembre 2007 présenté en février-mars 2008 déjà, mais aussi parce que des factures lui avaient été adressées par Monsieur G\_\_\_\_\_ à cet égard. Quant à la convention datée du 19 août 2008, Monsieur H\_\_\_\_\_ rappelle que Monsieur F\_\_\_\_\_ l'avait préparée et soumise à Monsieur G\_\_\_\_\_ dans le but principal d'obtenir la compensation de sa dette. 30. Le 20 décembre 2012, la Caisse s'est également déterminée. Elle maintient les termes de sa décision au vu des déclarations des parties et des témoins, relevant qu'à l'exception de Monsieur I\_\_\_\_\_ et de Monsieur F\_\_\_\_\_ lui-même, tous ont affirmé que ce dernier était organe de la société que ce soit avant sa radiation au Registre du commerce ou après. Elle précise que le dommage s'élève, compte tenu des montants régulièrement versés par Monsieur H\_\_\_\_\_ à ce jour, à 118'581 fr. 50.![endif]>![if> 31. Dans ses écritures du 20 novembre 2012, adressées à la Cour de céans, le 24 décembre 2012, Monsieur F\_\_\_\_\_ a intégralement persisté dans les conclusions de son recours. Il souligne que les circonstances qui ont conduit à la faillite de la société lui sont totalement inconnues, et qu'il ignore également quelles ont été les relations et les démarches auprès de la Caisse s'agissant des charges sociales. Il rappelle à cet égard que la Caisse s'est adressée à lui pour la première fois par un courrier du 4 mai 2009, sur la base des explications que lui avaient données Monsieur H\_\_\_\_\_, lequel avait été mis en cause, avec Monsieur G\_\_\_\_\_, par la Caisse, quelques semaines plus tôt, le 10 mars 2009. Constatant que les arriérés de cotisations débutant en octobre 2007 n'avaient été comptablement enregistrés par la Caisse que le 30 septembre 2008 et que d'octobre 2007 à juin 2008, la société n'avait effectué aucun versement, Monsieur F\_\_\_\_\_ en déduit qu'un sursis des paiements des contributions avait été convenu avec la Caisse, ou que des enregistrements survenus en septembre 2008, étaient consécutifs à une procédure de contrôle ou de rectification rétroactive exigée par la Caisse. Il répète qu'il n'en a rien su. ![endif]>![if> Il reproche à la Caisse d'avoir agi avec légèreté, dans la mesure où elle a, semble-t-il, convenu d'arrangements avec les animateurs de la société, alors que le montant des cotisations impayées est passé de 18'331 fr. 80, en octobre 2007, à 165'098 fr. 15, en octobre 2008. Il rappelle que le Ministère public a rendu en sa faveur une décision de non-entrée en matière, considérant que les éléments constitutifs de l'infraction à l'art. 87 al. 3 LAVS n'étaient manifestement pas réunis. Il constate que la Caisse ne se fonde que sur les allégations de

Monsieur H\_\_\_\_\_ pour agir contre lui, sans avoir jamais procédé à la moindre vérification et que celles-ci n'ont pu être démontrées par aucune pièce probante à l'appui. Il rappelle qu'il est un homme de terrain, et non un administratif, qu'il ne s'est jamais occupé des salaires de la société, ni même de l'administration de la société au sens large du terme, même lorsqu'il siégeait au conseil d'administration de la société. Il reproche à Monsieur H\_\_\_\_\_ d'avoir failli à ses tâches d'administrateur, de sorte qu'en 2007 et 2008, il n'y a eu aucune assemblée générale statutaire, aucune approbation des comptes, aucune possibilité de donner décharge. Monsieur F\_\_\_\_\_ affirme n'avoir pas reçu la lettre de démission à lui adressée sous pli simple par Monsieur H\_\_\_\_\_ le 24 juin 2008 à l'adresse de la société, et relève que lors de l'assemblée générale extraordinaire du 27 juin 2008, il n'y est même pas fait allusion. Monsieur H\_\_\_\_\_ prétend avoir signalé à Monsieur F\_\_\_\_\_ à de nombreuses reprises son souci quant aux marges de la société. Monsieur F\_\_\_\_\_ conteste ce grief, le calcul des marges étant du ressort de Monsieur J\_\_\_\_\_. De plus, si effectivement, Monsieur H\_\_\_\_\_ avait eu des inquiétudes à cet égard, il n'aurait pas manqué de convoquer une assemblée générale. Monsieur F\_\_\_\_\_ s'étonne de ce que Messieurs H\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_ aient parallèlement requis, et obtenu, le 17 mars 2008 un sursis au paiement, alléguant des problèmes passagers suite à la perte d'un client important fin 2007, sans faire aucune allusion à des problèmes de marges. Il apparaît ainsi que les motifs invoqués pour la démission de Monsieur H\_\_\_\_\_ ne sont que prétextes. Monsieur H\_\_\_\_\_ a produit un procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire du 27 juin 2008. Il y est question d'un bilan provisoire au 31 décembre 2007, aux termes duquel la société subit une perte de 176'065 fr. 90 et d'un état de surendettement. Monsieur F\_\_\_\_\_ s'étonne de ce qu'une telle assemblée générale ait été convoquée uniquement pour l'informer d'une perte constatée plus de six mois auparavant. Ce procès-verbal ne s'explique dès lors que par la volonté des appelés en cause de laisser la trace d'une annonce de perte aux actionnaires. Monsieur F\_\_\_\_\_ a en vain tenté d'obtenir que Monsieur H\_\_\_\_\_ produise la page de garde de ce document lors de l'audience du 6 novembre 2012. Monsieur F\_\_\_\_\_ a retrouvé cette pièce dans les archives de la société en mains de l'Office des faillites. Il apparaît qu'elle est adressée par Monsieur G\_\_\_\_\_ à Monsieur H\_\_\_\_\_ et date du 1<sup>er</sup> septembre 2008, soit une date postérieure à celle figurant sur le procès-verbal. Il s'étonne de ce que Messieurs H\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_ ont fait en sorte que le bilan au 31 décembre 2007, faisant état d'une perte de 176'165 fr. 90, soit signé par Monsieur F\_\_\_\_\_, notamment à fin juin 2008. Monsieur F\_\_\_\_\_ conclut dès lors à ce que la Cour de céans constate qu'il n'était pas organe de fait de la société à compter de novembre 2005. 32. Ces trois écritures ont été transmises aux parties et la cause gardée à juger.![endif]>![if> EN DROIT 1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ; RS E 2 05) en vigueur dès le 1<sup>er</sup> janvier 2011, la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS; RS 831.10).![endif]>![if> Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. 2. Interjeté dans la forme et le délai légaux, le recours est recevable (art. 56ss LPGA).![endif]>![if> 3. Le litige porte sur le droit de la Caisse de réclamer à l'intéressé la réparation du dommage subi en raison du non-paiement des cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC, ainsi que des cotisations AMat et AF dues par la société pour les périodes décembre 2007, complément année 2007, janvier-février et juin

à septembre 2008, ainsi qu'un solde de frais sur les périodes de novembre 2007 et mai 2008.!

4. a) A teneur de l'art. 52 LAVS en vigueur dès le 1<sup>er</sup> janvier 2003 (introduit par le ch. 7 de l'annexe à la LPGA), l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation (al. 1). !

La nouvelle teneur de cette disposition, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> 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 quant 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<sup>ème</sup> 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. b) Un dommage est survenu dès que la caisse de compensation voit lui échapper un montant dû de par la loi. Le montant du dommage correspond à celui pour lequel la caisse de compensation subit une perte. Appartiennent à ce montant les cotisations paritaires (cotisations patronales et d'employés ou ouvriers) dues par l'employeur, les contributions aux frais d'administration, les intérêts moratoires, les taxes de sommation et les frais de poursuite (Directives sur la perception des cotisations - DP, n° 8016 et 8017). c) En l'espèce, le dommage subi par la Caisse consiste en la perte de la créance de cotisations AVS/AI/APG/AC/AMAT et AF dues par la société faillie pour les périodes décembre 2007, complément année 2007, janvier-février et juin à septembre 2008, ainsi qu'un solde de frais sur les périodes de novembre 2007 et mai 2008. Il est de 118'581 fr. 50 selon courrier de la Caisse du 20 décembre 2012. 5. A titre liminaire, il sied d'examiner la question de la prescription.!

a) Le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus. L'employeur peut renoncer à invoquer la prescription (al. 3). Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (cf. SVR 2005 AHV n° 15 p. 49 consid. 5.1.2; FF 1994 V 964 sv., 1999 p. 4422). Cela signifie qu'ils ne sont plus sauvegardés une fois pour toutes avec la décision relative aux dommages-intérêts; le droit à la réparation du dommage au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS peut donc aussi se prescrire durant la procédure d'opposition ou la procédure de recours qui s'ensuit (ATF 135 V 74 consid. 4.2 p. 77 et sv.). b) Le dommage survient dès que l'on doit admettre que les cotisations dues ne peuvent plus être recouvrées, pour des motifs juridiques ou de fait (ATF 129 V 195 consid. 2.2, 126 V 444 consid. 3a, 121 III 384 consid. 3bb, 388 consid. 3a). Tel sera le cas lorsque des cotisations sont frappées de péremption, ou en cas de faillite, en raison de l'impossibilité pour la caisse de récupérer les cotisations dans la procédure ordinaire de recouvrement. Le dommage subi par la caisse est réputé être survenu au moment de l'avènement de la péremption ou le jour de la faillite; ce jour marque également celui de la naissance de la créance en réparation et la date à partir de laquelle court le délai de 5 ans de l'ancien art. 82 al. 1 in fine RAVS (ATF 129 V 195 consid. 2.2, 123 V 16 consid. 5c). c) 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 sont 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 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.). d) S'agissant des actes interruptifs de prescription, il s'agit de retenir ce qui suit. Tandis que le juge ne peut interrompre la prescription que par une ordonnance ou une décision, «chaque acte judiciaire des parties» suffit à produire cet effet (art. 138 al. 1 CO). Cette notion d'acte judiciaire des parties doit être interprétée largement (ATF 106 II 35 consid. 4; Stephen V. BERTI, Commentaire zurichois, n. 18 ad art. 138 CO; Robert K. DÄPPEN, Commentaire bâlois, 3<sup>e</sup> édition, n. 2 ad art. 138 CO; Pascal PICHONNAZ, Commentaire romand, n. 4 ad art. 138 CO), tout en ayant égard à la ratio legis de la disposition citée, qui est de sanctionner l'inaction du créancier. Il faut donc considérer comme acte judiciaire d'une partie tout acte de procédure relatif au droit invoqué en justice et susceptible de faire progresser l'instance (cf. ATF 130 III 207 consid. 3.2). Par ailleurs, conformément à l'ATF 135 V 74, l'opposition à une décision interrompt le délai de prescription de deux ans et fait courir un nouveau délai de même durée. e) En l'espèce, l'état de collocation a été publié par l'office des faillites le 7 avril 2010. En notifiant à l'intéressé une demande en réparation du dommage en date du 19 avril 2010, la Caisse a dès lors agi en temps utile, dans les délais de deux ans et cinq ans prévus à l'art. 52 al. 3 LAVS. 6. Il convient d'examiner si l'intéressé peut être assimilé à un « employeur » tenu de verser les cotisations à la Caisse au sens de l'art. 52 LAVS. a) C'est le lieu de rappeler qu'en vertu de l'art. 52 LAVS, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse de compensation est tenu à réparation. 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 15 consid. 5b, 122 V 66 consid. 4a, 119 V 405 consid. 2 et les références). b) L'art. 14 al. 1<sup>er</sup> LAVS en corrélation avec les art. 34 et suivants RAVS, prescrit l'obligation pour l'employeur de déduire sur chaque salaire la cotisation du salarié et de verser celle-ci à la caisse de compensation avec sa propre cotisation. Les employeurs doivent envoyer aux caisses, périodiquement, les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs salariés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de payer les cotisations et de fournir les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. 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 (ATF 112 V 155, consid. 5; RCC 1987, p. 220). 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). c) 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 8004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le Tribunal fédéral s'est toujours référé à l'art. 754 al. 1 er CO, en corrélation avec l'art. 759 al. 1 er 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). 7. Monsieur F\_\_\_\_\_ a été inscrit au Registre du commerce en qualité de directeur du 1 er janvier au 1 er août 2002, puis d'administrateur-président jusqu'au 2 novembre 2005. Il n'est plus formellement organe de la société depuis cette date. Il s'agit en conséquence de déterminer s'il doit alors être ou non considéré comme un organe de fait, plus particulièrement durant la période litigieuse. 8. La responsabilité incombe en effet non seulement aux membres du conseil d'administration, mais aussi aux organes de fait, c'est-à-dire à toutes 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. Dans cette dernière éventualité, il faut cependant que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, en d'autres termes qu'elle ait exercé effectivement une influence sur la marche des affaires de la société (ATF 128 III 29 consid. 3a p. 30 et les références; voir également arrêt H 234/02 du 16 avril 2003 consid. 7.3, in REAS 2003 p. 251). 9. La responsabilité d'un organe de fait dépend en particulier de l'étendue des droits et des obligations qui découlent des rapports internes, sinon pareil organe serait amené à réparer un dommage dont il ne pouvait empêcher la survenance, à défaut de disposer des pouvoirs nécessaires. Un organe de fait n'est ainsi appelé à assumer une responsabilité que pour les domaines dans lesquels il a effectivement déployé une activité (Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2e éd., p. 216 n° 687). 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 (voir à ce sujet ATF 114 V 223 consid. 4a; Forstmoser, op. cit., p. 115 n° 321; Egli, Aperçu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative à la responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes, Recueil des travaux de la Journée d'étude organisée le 6 novembre 1986 par la Fédération suisse des avocats et le Centre du droit de l'entreprise, publication CEDIDAC 1987, p. 33 ; voir également arrêts du 2 mai 2001, H 193/00 et du 21 juin 2001, H 20/01)). La préparation de décisions par une collaboration technique, commerciale 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 la 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 (ATF 117 II 572 ). 9. La Caisse s'est pour l'essentiel fondée sur les déclarations de Monsieur H\_\_\_\_\_ pour considérer que Monsieur F\_\_\_\_\_ devait se voir reconnaître la qualité d'organe de fait de la société. ![/endif]>![if> Selon Monsieur H\_\_\_\_\_, Monsieur F\_\_\_\_\_ a exercé le rôle de dirigeant de la société, aussi bien avant le 8 novembre 2005, qu'après, ce jusqu'à la faillite, et malgré son licenciement le 28 décembre 2007 avec effet au 29 février 2008. Monsieur F\_\_\_\_\_ a du reste continué à percevoir son salaire, gardé les prérogatives attachées à son statut de dirigeant (bureau, voitures, remboursement des frais, prélèvements sur les comptes de la société) et conclu le contrat de collaboration du 19 août 2008. L'intéressé allègue au contraire que, non seulement il n'a pas participé à la détermination de la volonté sociale, mais qu'au surplus, Messieurs H\_\_\_\_\_, qui dirigeait la société même après sa propre démission, et G\_\_\_\_\_, son complice, l'ont délibérément laissé dans l'ignorance de leurs manœuvres. Il conteste dès lors la qualité d'organe de fait et, partant, toute responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS. 10. Il résulte de la partie en fait qui précède que Monsieur F\_\_\_\_\_ a d'abord été inscrit au Registre du commerce, avec signature collective à deux, comme directeur, puis comme administrateur-président, de janvier 2002 à novembre 2005. ![/endif]>![if> Il a expliqué avoir quitté le conseil d'administration de la société, parce qu'à l'époque, il cherchait à quitter le domaine du nettoyage, domaine qui ne l'intéressait pas particulièrement. Il avait alors été approché par la société XA\_\_\_\_\_ SA et avait dû prendre la décision de démissionner de sa fonction d'administrateur de la société. Il avait tenté de vendre ses actions à Messieurs G\_\_\_\_\_, J\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_, en vain, de sorte qu'il était resté actionnaire principal. Monsieur G\_\_\_\_\_ a à cet égard déclaré que Monsieur F\_\_\_\_\_ avait quitté le conseil d'administration parce qu'il voulait entrer dans une autre entreprise qui aurait pu amener de nouveaux clients à la société. La Cour de céans constate ainsi que l'intérêt financier que portait Monsieur F\_\_\_\_\_ à la société a persisté après novembre 2005. Par ailleurs, l'activité parallèle déployée le cas échéant par Monsieur F\_\_\_\_\_ au sein d'autres sociétés n'exclut pas en tant que tel la possibilité pour lui d'avoir eu un pouvoir décisionnel dans la société. Ce nonobstant, la Cour de céans est d'avis que Monsieur F\_\_\_\_\_ ne peut être qualifié d'organe de fait, pour les motifs qui suivent. 11. Monsieur F\_\_\_\_\_ a continué à travailler pour la société jusqu'à fin février 2008. Une convention de collaboration a toutefois été établie le 19 août 2008 - qui n'a été signée que par Monsieur F\_\_\_\_\_, et pas par la société - aux termes de laquelle celui-ci représenterait commercialement la société (recherche de nouveaux clients, calculation de nouvelles affaires, élaboration d'offres, assistance technique et suivi d'affaires confiées), dès le 1 er septembre 2008. Il était prévu que la convention serait prolongée tacitement d'année en année, avec un délai de résiliation de trois mois. ![/endif]>![if> Interrogé par la Cour de céans sur la raison pour laquelle une telle convention avait été établie, Monsieur F\_\_\_\_\_ a indiqué qu'après son licenciement, des clients le réclamaient et que dès lors, Monsieur G\_\_\_\_\_, Monsieur J\_\_\_\_\_ et lui-même avaient conclu cet accord. La convention n'avait cependant pas été appliquée, et n'avait du reste pas été signée par la société. Monsieur G\_\_\_\_\_ a quant à lui expliqué qu'il avait refusé de signer la convention préparée par Monsieur F\_\_\_\_\_, au motif que celui-ci devait de l'argent à la société . Il est vrai qu'en principe seul quelqu'un disposant du pouvoir décisionnel d'un organe matériel est à même de proposer une convention de ce type. Or, Monsieur F\_\_\_\_\_, en août 2008, n'est plus administrateur, ni même salarié. Il y a toutefois lieu de relever que si Monsieur F\_\_\_\_\_ avait réellement eu tout pouvoir de décision dans la

société, il n'aurait vraisemblablement pas eu besoin de prendre de telles dispositions. De plus, cette convention aurait été signée sans discussion par Monsieur G \_\_\_\_\_ ou par Monsieur H \_\_\_\_\_ pour la société. 12. Un avenant à la convention a été ajouté, constatant que Monsieur F \_\_\_\_\_ avait en réalité travaillé pour la société au-delà du 28 février 2008, que la société lui laissait ainsi natel et véhicule de fonction - à rendre au 31 août 2008 au plus tard - et abandonnait l'ensemble des factures ouvertes en son nom. En compensation, Monsieur F \_\_\_\_\_ ne sollicitait aucune rémunération pour le travail effectué après le 28 février 2008 et cédait le matériel de jardinage. [endif]>[if> La Cour de céans constate que selon les comptes individuels de cotisations de Monsieur F \_\_\_\_\_, son salaire lui a été versé par la société jusqu'à fin février 2008 seulement - ce qui correspond à la fin de son contrat de travail, d'une part, et à l'avenant à la convention, d'autre part -, et non pas au-delà comme l'a allégué Monsieur H \_\_\_\_\_. Monsieur F \_\_\_\_\_ a parallèlement établi une facture à l'attention de la société, le même jour, concernant un solde pour tout compte sur la base de la convention et de l'annexe, s'élevant à 63'698 fr. 60. Monsieur F \_\_\_\_\_ a affirmé ignorer à quoi correspondait cette somme de 63'698 fr. 50, figurant à un poste "débiteur F \_\_\_\_\_" sur le bilan au 31 décembre 2007, remis à la Caisse par Monsieur H \_\_\_\_\_, et envisagé qu'il s'agisse éventuellement "de matériel que j'aurais laissé à la société". Entendu par la Cour de céans, Monsieur G \_\_\_\_\_ a cependant expliqué que la société avait un client pour lequel des travaux de nettoyage étaient effectués. M. F \_\_\_\_\_ était mandaté par ce même client pour des travaux de jardinage. Ces travaux, effectués à la demande de M. F \_\_\_\_\_, par le personnel de la société X \_\_\_\_\_. M. F \_\_\_\_\_ n'a pas rétrocédé à la société l'argent qu'il a reçu pour ces travaux de la part du client, pour la somme de 60'000 fr. / 70'000 fr. environ, sauf erreur. (...) Les travaux de jardinage dataient de 2007. C'est moi qui en ai établi les factures. M. F \_\_\_\_\_ en a payé une. J'ajoute que je lui ai adressé des rappels pour les autres. Il ne pouvait dès lors pas ignorer qu'il devait de l'argent à la société. Je confirme que les factures que j'ai établies sont celles figurant sous pièce 6 chargé du 15 mars 2012 de M. H \_\_\_\_\_. Il résulte de cette pièce 6, page 2, que le montant dû par Monsieur F \_\_\_\_\_, pour des factures des 10 mars et 10 juillet 2006, 21 janvier 2007 et 11 juin 2008, s'élève à 55'698 fr. 60, puis à 63'698 fr. 60, compte tenu des versements effectués les 5 août 2005 (5'000 fr.) et 13 décembre 2005 (20'000 fr.), d'une part, et d'une prime IBM de 10'000 fr., d'autre part. Ces chiffres sont incompréhensibles. Il apparaît néanmoins que Monsieur F \_\_\_\_\_ serait débiteur de la société à hauteur d'environ 63'000 fr. Celui-ci le sait vraisemblablement, même s'il a déclaré le contraire à la Cour de céans. Il a du reste établi une facture en sa faveur pour le même montant pour solde de tout compte. Cette dette ne signifie quoi qu'il en soit pas qu'il dirigeait la société, étant rappelé qu'il était resté actionnaire majoritaire. 13. Il n'est pas contesté que l'activité de Monsieur F \_\_\_\_\_ portait sur la partie commerciale, soit le démarchage des clients, les relations avec les responsables de sites et avec les fournisseurs. Monsieur I \_\_\_\_\_ notamment l'a confirmé. [endif]>[if> Il résulte des témoignages de Messieurs J \_\_\_\_\_ et P \_\_\_\_\_, et de Madame N \_\_\_\_\_, que Monsieur F \_\_\_\_\_ était pour eux le patron, même après novembre 2005. Cette considération ne constitue cependant pas un indice déterminant allant dans le sens de reconnaître à Monsieur F \_\_\_\_\_ un pouvoir de décision dans la société, dès lors qu'en réalité l'activité qu'il déployait au sein de la société impliquait nécessairement des relations directes avec les clients et les fournisseurs, d'une part et des instructions à donner au personnel d'autre part. Il n'est ainsi pas surprenant, bien au contraire, que les clients, les fournisseurs, et les membres du personnel aient continué à le considérer comme

le patron, même après novembre 2005. Il y a au surplus lieu de rappeler que selon la jurisprudence, le fait qu'une personne puisse apparaître à l'égard des tiers comme directeur ou comme administrateur de la société, ne permet pas d'établir quelles compétences il exerce réellement au sein de la société, autrement dit dans les rapports internes, qui sont seuls déterminants au regard de l'art. 52 LAVS (ATF 111 V 178 , consid. 5a). Il est vrai que Monsieur K\_\_\_\_\_ a témoigné de ce que Monsieur F\_\_\_\_\_ dirigeait la société depuis le tout début. La Cour de céans est d'avis néanmoins que ce témoignage ne saurait être pris en considération tel quel, dans la mesure où Monsieur K\_\_\_\_\_ a pris soin d'atténuer ses propos en précisant, lorsqu'il a été entendu par la Cour de céans, qu'"il l'a fait jusqu'à la fin, sans aucune interruption, à ma connaissance. Je pense que tel était le cas, puisque c'est ce qu'il faisait à l'époque de Y\_\_\_\_\_ ", ainsi que "j'ai peu suivi l'évolution de la société. (...) Je voyais très peu F\_\_\_\_\_. Nous avons chacun nos activités professionnelles" ou encore "Je ne savais pas à ce moment-là (NB: au moment de l'AG du 27 juin 2008) que F\_\_\_\_\_ ne faisait plus partie du conseil d'administration depuis quelques temps." 14. Monsieur G\_\_\_\_\_ a souligné que le travail de Monsieur F\_\_\_\_\_ n'avait subi aucune modification avant et après 2005. Monsieur F\_\_\_\_\_ ne le conteste pas puisqu'il allègue n'avoir jamais exercé une autre activité que celle d'un commercial. Monsieur G\_\_\_\_\_ a ajouté que Monsieur F\_\_\_\_\_ était au courant de tout et savait exactement quels étaient les salaires et quelles étaient les factures à payer. Même si cette allégation était avérée, elle ne signifierait pas pour autant que Monsieur F\_\_\_\_\_ doive être considéré comme un organe de fait. Il n'aurait en effet en cette qualité aucune obligation de surveillance, étant rappelé que selon la jurisprudence, il n'est appelé à assumer une responsabilité que pour les domaines dans lesquels il a effectivement déployé une activité (Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2e éd., p. 216 n° 687).!endif>![if> 15. Monsieur H\_\_\_\_\_ veut pour preuve de la fonction de dirigeant de Monsieur F\_\_\_\_\_ le fait qu'il lui ait adressé sa lettre de démission. Monsieur F\_\_\_\_\_ nie toutefois avoir reçu, ni même vu cette lettre. Force est de constater qu'elle a été adressée au nom de Monsieur F\_\_\_\_\_ à la société et est datée du 24 juin 2008. Or, Monsieur F\_\_\_\_\_ a été licencié à fin février 2008. Il est vrai qu'il a en réalité continué à travailler pour la société en tout cas jusqu'à fin août 2008. N'étant toutefois pas tous les jours dans les locaux de la société - selon le témoignage de Monsieur J\_\_\_\_\_, "après février 2008, il passait de temps en temps (...) environ une fois par semaine, voire deux fois" -, il est vraisemblable qu'il n'en ait pas eu connaissance. On peut du reste se demander pour quelle raison, dans ces conditions, Monsieur H\_\_\_\_\_ a voulu l'informer de sa démission en lui écrivant à l'adresse de la société.!endif>![if> 16. Il apparaît des déclarations de Messieurs F\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_ que c'est à ce dernier qu'il appartenait de prendre la décision de déposer le bilan.!endif>![if> Monsieur F\_\_\_\_\_ a en effet déclaré que : "Juste avant mon licenciement, soit en octobre-novembre 2007, sauf erreur, il avait été question de déposer le bilan. Monsieur G\_\_\_\_\_ avait préféré poursuivre l'activité en prenant des mesures d'économies, raison pour laquelle il m'a licencié. J'ai été informé en raison du fait que j'étais actionnaire", ce que Monsieur G\_\_\_\_\_ a confirmé en déclarant : "je n'ai pas voulu déposer le bilan plus tôt, espérant que la situation s'améliorerait" 17. Monsieur F\_\_\_\_\_ allègue qu'il ne s'occupait pas de l'établissement des contrats de travail. Il a expliqué que le suivi, soit l'engagement du personnel nécessaire après qu'il ait trouvé le client, était assuré par Messieurs G\_\_\_\_\_ et J\_\_\_\_\_, étant précisé que ce dernier était chargé plus particulièrement du matériel et du contrôle technique. Les contrats étaient établis par

Monsieur G \_\_\_\_\_, sous contrôle de Monsieur H \_\_\_\_\_. Celui-ci assumait les tâches administratives et les ordres de paiement et Monsieur G \_\_\_\_\_ le paiement des salaires. [endif]>[if> Monsieur I \_\_\_\_\_ est venu confirmer ce point, indiquant que si Monsieur F \_\_\_\_\_ et lui-même avaient engagé Monsieur G \_\_\_\_\_, c'est parce qu'ils en étaient encore dans la phase de création et soulignant que par la suite, c'est Monsieur G \_\_\_\_\_ qui était chargé de l'engagement du personnel. Monsieur J \_\_\_\_\_ a également confirmé que Monsieur G \_\_\_\_\_ établissait les contrats de travail. Lui-même avait pourtant été engagé par Monsieur F \_\_\_\_\_. A noter toutefois que lorsqu'il a commencé à travailler dans la société, Monsieur F \_\_\_\_\_ était encore administrateur inscrit au Registre du commerce. 18. Monsieur F \_\_\_\_\_ fait valoir qu'il ne s'occupait pas non plus du paiement des salaires. Il a à cet égard répété qu'il n'était pas un "administratif". Il y a lieu de constater qu'en effet, Monsieur G \_\_\_\_\_ a déclaré à ce propos que [endif]>[if> "Nous en discussions ensemble du fait que c'est moi qui m'occupais des rapports de facturation. Nous décidions alors de retarder le cas échéant le versement de nos propres salaires pour laisser la priorité aux autres employés. C'est durant la dernière année que le paiement des salaires devenait parfois plus difficile. M. F \_\_\_\_\_ n'intervenait pas dans nos discussions. " Dans un arrêt du 14 février 2006, H 128/04, le TF a eu l'occasion de juger le cas d'une personne qui avait démissionné de sa charge d'administratrice, mais qui avait continué à travailler dans l'entreprise en qualité de secrétaire. Considérant qu'elle établissait les fiches, ainsi que les attestations de salaires de l'entreprise, de même qu'elle préparait et signait les ordres bancaires pour le paiement des charges sociales durant la période au cours de laquelle les cotisations n'avaient pas été payées et bénéficiait pour cela d'une signature individuelle sur les comptes bancaires de la société genevoise, qu'elle prenait la responsabilité d'effectuer les paiements, tant que les comptes étaient provisionnés qu'elle préparait les ordres bancaires pour le règlement des charges sociales et qu'elle les signait, à l'instar des paiements courants, le TF a admis que cette personne avait la qualité d'organe de fait de la société, étant précisé qu'au demeurant, il n'apparaissait pas que quelqu'un d'autre soit intervenu dans les relations de la société avec l'AVS. Force est de constater qu'en l'occurrence, Monsieur F \_\_\_\_\_ n'est pas dans la même situation que celle de cette personne ayant également démissionné de sa fonction d'administration. 19. Il y a lieu de constater que Monsieur F \_\_\_\_\_ n'est intervenu à aucun moment auprès de la Caisse, ce qui vient confirmer ses allégations selon lesquelles il ne s'occupait pas de la partie administrative. Ce n'est en particulier pas lui qui a négocié les arrangements de paiement. La Caisse a admis que les plans de paiement convenus avec la société n'avaient effectivement pas été traités par Monsieur F \_\_\_\_\_, mais par Monsieur G \_\_\_\_\_. La Caisse n'a du reste écrit directement à Monsieur F \_\_\_\_\_ qu'en date du 4 mai 2009, après avoir pris note des explications de Monsieur H \_\_\_\_\_ seulement. [endif]>[if> Monsieur F \_\_\_\_\_ n'a ainsi pas pris contact avec la Caisse s'agissant du paiement des charges sociales. On ne saurait le lui reprocher, puisqu'il n'était précisément pas un organe formel de la société. Ce n'est en effet que si tel avait été le cas que la jurisprudence particulièrement sévère à l'égard des administrateurs qui allèguent avoir été exclus de la gestion d'une société et qui se sont accommodés de ce fait, s'appliquerait (ATF 9C\_263/07 ). Monsieur F \_\_\_\_\_ allègue que Messieurs H \_\_\_\_\_ et G \_\_\_\_\_ l'ont délibérément laissé dans l'ignorance de ce qu'ils faisaient. Il en veut notamment pour preuve un procès-verbal, produit par Monsieur H \_\_\_\_\_, établi lors de l'assemblée générale extraordinaire du 27 juin 2008. Monsieur G \_\_\_\_\_, président, a alors informé Messieurs K \_\_\_\_\_ et F \_\_\_\_\_, en leur qualité

d'actionnaires, que la société, selon une situation provisoire au 31 décembre 2007, présentait une perte de 176'165 fr. 90, et qu'elle se trouvait ainsi en état de surendettement. Il a attiré leur attention sur le fait que depuis le début de l'année 2008, des mesures d'assainissement avaient été prises. Le document a été signé par Messieurs G \_\_\_\_\_, H \_\_\_\_\_, K \_\_\_\_\_ et F \_\_\_\_\_. Monsieur F \_\_\_\_\_ se pose la question de la raison d'être de ce document, et s'étonne de ce que Monsieur G \_\_\_\_\_ l'ait convoqué le 27 juin 2008 pour faire état d'une perte subie par la société au 31 décembre 2007, soit six mois plus tard, alors que lui et Monsieur H \_\_\_\_\_ prétendent qu'il était au courant de tout et dirigeait la société. Monsieur F \_\_\_\_\_ a retrouvé dans les archives de la société auprès de l'Office des faillites la page de garde du procès-verbal de l'assemblée générale du 27 juin 2008. Il en résulte que le procès-verbal a été adressé par Monsieur G \_\_\_\_\_ à Monsieur H \_\_\_\_\_ le 1<sup>er</sup> septembre 2008, par télécopieur, avec une note d'accompagnement signée par Monsieur G \_\_\_\_\_ au nom de la société, selon laquelle : " \_\_\_\_\_, enfin c'est signé, bonne journée." Quelques minutes plus tard, par télécopie également, Monsieur G \_\_\_\_\_ a adressé le procès-verbal au réviseur de la société, "selon demande de Monsieur H \_\_\_\_\_". Monsieur F \_\_\_\_\_ considère ainsi qu'"une fois de plus, tout démontre, y compris l'opacité ingénieusement orchestrée par Monsieur H \_\_\_\_\_ en lien avec la présente procédure à présent révélée par sa volonté de taire des pièces essentielles, que le seul pilote de la société n'a jamais été que lui et son complice, Monsieur G \_\_\_\_\_, à l'exclusion de toute intervention du recourant et cela, même après la démission de façade de Monsieur H \_\_\_\_\_." Monsieur F \_\_\_\_\_ ne comprend pas non plus pourquoi, lors de l'assemblée générale du 27 juin 2008, Monsieur G \_\_\_\_\_ ne mentionne pas la perte de 374'137 fr. 37 au 31 décembre 2007. Le rapport de l'organe de révision recommandant d'approuver les comptes présentant ladite perte date du 15 juillet 2008. Or, le procès-verbal du 27 juin 2008 n'a été signé qu'en septembre 2008. La Cour de céans est d'avis que peu importe en réalité que Monsieur F \_\_\_\_\_ ait été ou non écarté de la direction de la société, s'agissant de déterminer s'il est ou non organe de fait. La question peut en effet être laissée ouverte, eu égard à la jurisprudence selon laquelle, contrairement à un organe formel, il n'avait pas un devoir de surveillance à l'endroit de l'activité des autres organes de fait ou de droit de la société. 20. Les faits tels qu'ils ressortent du dossier permettent de retenir que l'intéressé n'agissait pas en tant qu'organe de fait; ils suffisent à établir, au degré de la vraisemblance prépondérante, qu'il ne s'occupait pas de la gestion de la société et ne prenait pas les décisions réservées aux organes. Rien ne permet en particulier de dire qu'il était chargé de la gestion administrative et en particulier du règlement des comptes vis-à-vis de la Caisse. On doit ainsi nier la responsabilité de Monsieur F \_\_\_\_\_ dans le dommage subi par celle-ci.![endif]>![if> 21. Il convient dès lors d'admettre le recours et d'annuler la décision litigieuse.![endif]>![if> 22. Aux termes de l'art. 61 let. g de la LPGA, le recourant qui obtient gain de cause a droit au remboursement de ses frais et dépens dans la mesure fixée par le tribunal ; leur montant est déterminé sans égard à la valeur litigieuse d'après l'importance et la complexité du litige (ATFA du 1<sup>er</sup> mars 1990 en la cause C.P.).![endif]>![if> Tel est le cas en l'espèce. Les dépens seront ainsi fixés à 4'500 fr. PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant A la forme : 1. Déclare le recours recevable.![endif]>![if> Au fond : 2. L'admet et annule les décisions des 19 avril 2010 et 23 août 2011.![endif]>![if> 3. Condamne la Caisse à verser au recourant la somme de 4'500 fr., à titre de participation à ses frais et dépens. ![endif]>![if> 4. Dit que la procédure est gratuite.![endif]>![if> 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.![endif]>![if> La greffière Nathalie LOCHER La présidente Doris GALEAZZI 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.