

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/858/2023

ATAS/1017/2023

COUR DE JUSTICE
Chambre des assurances sociales

Arrêt du 19 décembre 2023

Chambre 15

En la cause

A _____

recourante

contre

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS FER CIAM 106.1

intimée

Siégeant : Marine WYSSENBACH, Présidente ; Saskia BERENS TOGNI et Pierre-Bernard PETITAT, Juges assesseurs

EN FAIT

- A. a.** B_____ SA, en liquidation, (ci-après : la société), a été inscrite au Registre du commerce en 1994.
- b.** La société appartenait à Madame A_____ (ci-après : l'administratrice), salariée de la société de 2016 à 2018 et administratrice unique avec signature individuelle de janvier 2016 à mai 2019, et à l'époux de cette dernière.
- B. a.** La société était affiliée à la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS FER CIAM 106.1 (ci-après : la caisse) pour les cotisations sociales.
- b.** La société n'ayant pas payé les cotisations sociales des mois de janvier à mai 2017 alors qu'elles étaient dues, son administratrice, à la suite d'une conversation téléphonique avec une employée de la caisse, a demandé un plan de paiement par courrier du 29 mai 2017.
- c.** Un échéancier a été proposé, mais il n'a pas été respecté. La caisse a dès lors invité la société à s'acquitter des mensualités échues (CHF 4'076.85) et des cotisations dues pour les mois de mai, juin et juillet d'un montant de CHF 18'999.25 par courrier du 28 août 2017, à défaut de quoi le plan serait annulé.
- d.** Une deuxième invitation a été adressée à la société par la caisse le 18 septembre 2017, en raison de l'absence des paiements attendus. L'échéancier a été annulé et des poursuites ont été notifiées à la société.
- e.** En janvier 2018, la société a sollicité un autre échéancier portant sur un montant de CHF 7'250.- par mois, en reconnaissant devoir à la caisse CHF 87'017.80 au 31 décembre 2017.
- f.** En avril 2018, la société a indiqué à la caisse n'avoir pas été en mesure de payer les échéances de mars 2018 en raison de vacances de certains clients et vouloir majorer les échéances d'avril à juin 2018.
- g.** Faute de paiement, la caisse a annulé l'échéancier le 17 mai 2018.
- h.** Les 18 mars, 5 août et 28 octobre 2019, vingt-deux actes de défauts de biens après poursuites ont été délivrés par l'office des poursuites à la caisse. À la suite de quoi, la caisse s'est adressée à Mme A_____, en sa qualité d'administratrice, pour obtenir réparation de son dommage.
- i.** Le 6 mai 2020, l'époux de l'administratrice a écrit à la caisse que son épouse, rentrée au Brésil, car elle était en convalescence du COVID, et lui-même avaient « vendu l'entreprise incluant toutes les dettes pour 1 CHF symbolique à Monsieur C_____, nouvel administrateur qui était comptable de l'entreprise avant achat ; il connaissait tous les aspects financiers de l'entreprise ». Son épouse et lui-même ne possédaient aucun bien et étaient à la recherche d'emploi. Il leur était impossible d'assumer la dette qui ne les concernait pas au vu du contrat de reprise

signé devant notaire. De plus, l'entreprise « faisait avant la vente entre 600'000 et 700'000 de récurrent par année ».

j. Le 10 juillet 2020, la caisse a répondu à l'administratrice qu'elle était responsable de la dette sociale jusqu'à sa démission en mai 2019, de sorte qu'elle devait un montant de CHF 153'328.32 qu'elle était invitée à payer avant le 31 juillet 2020 sans quoi une dénonciation pénale serait faite.

k. Le 5 août 2021, la société a été déclarée en faillite.

l. Suspendue faute d'actifs le 23 septembre 2021, la procédure de faillite a été clôturée par jugement du 14 octobre 2021 et la société a été radiée d'office.

C. a. Le 12 octobre 2021, la caisse a notifié une décision en réparation du dommage à l'administratrice pour la période où elle a administré la société tombée en faillite.

b. Le 19 octobre 2021, l'administratrice a contesté, par la voie de l'opposition, sa responsabilité en invoquant le fait qu'elle avait vendu l'entreprise à M. C_____.

c. Par pli du 23 novembre 2021, la caisse a indiqué à l'administratrice que le contrat signé avec le nouvel administrateur portant sur la vente de la société et la reprise de ses dettes n'était pas opposable à la caisse qui n'y était pas partie. En outre, l'administratrice avait été la seule inscrite à ce titre au Registre du commerce durant la période où les cotisations sociales faisant l'objet de la décision de réparation du dommage n'avaient pas été payées. La caisse a laissé un délai à l'administratrice pour lui indiquer si elle maintenait ou non son opposition.

d. Le 6 février 2023, la caisse a confirmé sa décision sur opposition.

D. a. Par acte du 9 mars 2023, l'administratrice a saisi la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : chambre des assurances sociales) d'un recours contre cette décision. Elle contestait à nouveau sa responsabilité, au motif qu'elle avait vendu la société avec ses dettes. Alors qu'elle était administratrice, la société avait perdu un important client et avait des devis en cours, de sorte qu'elle n'avait pas pu payer les charges sociales, mais avait payé les factures urgentes.

b. Le 6 avril 2023, la caisse a conclu au rejet du recours pour les motifs déjà invoqués. Elle rappelait qu'alors qu'elle était administratrice, Madame A_____ avait sollicité des échéanciers de paiement que la société n'avait pas respectés, de sorte que les cotisations sociales de plusieurs années étaient restées impayées, lui causant un dommage de CHF 137'186.60.

c. Le 1^{er} mai 2023, l'époux de l'administratrice a sollicité un délai pour que son épouse, en convalescence au Brésil, puisse répliquer.

d. Dans le délai accordé, aucune réplique n'est parvenue à la chambre de céans.

e. La cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1.

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

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

1.2 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).

1.3 La société en liquidation ayant eu son siège dans le canton de Genève jusqu'au moment de la faillite, la Cour de céans est également compétente *ratione loci*.

2. À teneur de l'art. 1 al. 1 LAVS, les dispositions de la LPGA s'appliquent aux art. 1 à 97 LAVS, à moins que la loi n'y déroge expressément. Le 1^{er} janvier 2021 est entrée en vigueur la modification du 21 juin 2019 de la LPGA.

Dans la mesure où le recours a été interjeté postérieurement au 1^{er} janvier 2021, il est soumis au nouveau droit (cf. art. 82a LPGA *a contrario*).

Le délai de recours est de trente jours (art. 56 LPGA; art. 62 al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 [LPA - E 5 10]).

Interjeté dans les formes et délai prévus par la loi, le recours est recevable.

3. Le litige porte sur la responsabilité de la recourante dans le préjudice causé à l'intimée, par le défaut de paiement des cotisations sociales (AVS-AI-APG, AC et AF) entre le mois de janvier 2017 et la fin décembre 2018, soit un total de CHF 137'186.60.

4. Le 1^{er} janvier 2020 est entrée en vigueur la révision du droit de la prescription de la loi fédérale du 30 mars 1911, complétant le Code civil suisse (CO - RS 220), entraînant la modification de l'art. 52 al. 3 LAVS. Les dispositions légales applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 445 consid. 1). En l'occurrence, il est reproché à la recourante de ne pas avoir payé les cotisations paritaires dues pour les années 2017 à 2018, soit une période précédant le 1^{er} janvier 2020. C'est l'art. 52 al. 3 LAVS dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2019, qui est applicable au cas d'espèce.

5.

5.1 À teneur de l'art. 52 LAVS, dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2020 applicable au cas d'espèce, 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). 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 (al. 2). 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).

L'obligation de payer les cotisations et de fournir les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. À 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).

5.2 La responsabilité d'un membre du conseil d'administration (administrateur) dure en règle générale jusqu'au moment où il quitte effectivement le conseil d'administration, et non pas jusqu'à la date où son nom est radié du registre du commerce. Cette règle vaut pour tous les cas où les démissionnaires n'exercent plus d'influence sur la marche des affaires et ne reçoivent plus de rémunération pour leur mandat d'administrateur (ATF 126 V 61 consid. 4a et les références). En d'autres termes, un administrateur ne peut être tenu pour responsable que du dommage résultant du non-paiement de cotisations qui sont venues à échéance et auraient dû être versées entre le jour de son entrée effective au conseil d'administration et celui où il a quitté effectivement ses fonctions, soit pendant la durée où il a exercé une influence sur la marche des affaires (TFA H 263/02 du 6 février 2003 consid. 3.2). Demeurent réservés les cas où le dommage résulte d'actes qui ne déploient leurs effets qu'après le départ du conseil d'administration.

5.3 Concernant une société anonyme, dont l'administration est confiée à une seule personne, la jurisprudence se montre d'autant plus sévère car on peut en règle générale exiger de celle-ci – dans la mesure où elle assume à elle seule l'administration de la société en sa qualité d'organe – qu'elle contrôle toutes les activités importantes de l'entreprise et cela quand bien même elle a confié l'essentiel de la gestion à un tiers. Par cette délégation de compétence, elle ne peut en même temps se décharger de sa responsabilité d'administrateur unique. Dans les entreprises de petite taille et de grandeur moyenne, le devoir de surveillance concernant l'accomplissement de l'obligation légale de payer des cotisations ne saurait être abandonné à des tiers (arrêt du Tribunal fédéral 9C_437/2009 du 16 avril 2010 consid. 2.2).

5.4 En cas de faillite, le moment de la connaissance du dommage 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), la date de la publication de cette mesure dans la FOOSC [Feuille officielle suisse du commerce] étant déterminante (arrêt du Tribunal fédéral H.142/03 du 19 août 2003 consid. 4.3 ; ATF 129 V 193 consid. 2.3). S'agissant des actes interruptifs de prescription, il sied 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), 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 202 consid. 3.2). Par ailleurs, tant la décision que l'opposition interrompent le délai de prescription de deux ans et font courir un nouveau délai de même durée (ATF 135 V 74 consid. 4.2.2).

6. À titre liminaire, l'on constate que l'intimée a fait valoir son dommage dans les délais de prescription relatif de deux ans et absolu de cinq ans (applicables en l'espèce au vu des cotisations dues pour 2017 et 2018), en rendant sa décision contre la recourante le 12 octobre 2021, la suspension de la faillite faute d'actifs ayant été prononcée en septembre 2021.
7. Quant à la responsabilité de la recourante, cette dernière, qui était entre 2017 et mai 2019 la seule administratrice inscrite au Registre du commerce et disposait de la signature individuelle pour engager la société, ne conteste pas avoir été l'organe de la société ni qu'elle aurait méconnu la situation de sa société durant la période litigieuse. Elle a elle-même eu des contacts avec l'intimée en 2017 au sujet des retards de paiement des cotisations sociales et a obtenu des arrangements qu'elle n'a cependant pas respectés, privilégiant selon ses écrits le paiement d'autres factures urgentes. La recourante ne conteste pas davantage le montant du dommage causé à la caisse faute de paiement des cotisations sociales, mais remet en cause sa responsabilité, au motif qu'elle aurait remis la société à son successeur qui n'ignorait pas la situation financière de celle-ci et qui aurait accepté de reprendre toutes les dettes à son compte.

7.1 L'on constate ainsi que la société ne s'est pas acquittée entièrement des cotisations dues pour l'année 2017 et n'a pas versé les cotisations de 2018. Ce faisant, elle a violé les prescriptions découlant des art. 14 al. 1 LAVS en lien avec les art. 34ss RAVS, commettant ainsi un acte illicite au sens de l'art. 52 LAVS. Selon la jurisprudence, il s'ensuit que la commission d'une faute qualifiée (intention ou négligence grave) de l'employeur ou de ses organes est présumée (cf. arrêt du Tribunal fédéral 9C_228/2008 du 5 février 2009 consid. 4.2.1).

Cette présomption ne peut pas être renversée dans ce cas puisque la recourante en tant qu'administratrice de la société jusqu'en mai 2019 revêtait la qualité d'organe formel de la société au moment où les cotisations précitées sont arrivées à échéance et n'ont pas été payées et agissait en tant que telle notamment en demandant des délais et en privilégiant le paiement d'autres factures.

Le fait qu'elle ait très partiellement payé les cotisations de 2017 et sollicité des délais de paiement n'est pas suffisant pour l'exonérer de sa responsabilité, dans la mesure où il lui appartenait en tant qu'employeuse de respecter ses obligations de droit public en prélevant et versant les cotisations sociales au moment de leur échéance ou à tout le moins en respectant les échéanciers de paiement proposés. La recourante a fait supporter le risque inhérent au financement d'une entreprise par l'assurance sociale et a commis de la sorte une négligence grave au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS (cf. ATF 108 V 189, consid. 4, p. 196).

Par son comportement, elle a causé un dommage à l'intimée, dont elle est responsable sur la base de l'art. 52 LAVS. Sa faute est la cause primaire de la perte des cotisations. La créance de cette dernière n'était plus recouvrable dès le prononcé de la faillite de la société. La recourante ne conteste enfin à juste titre pas l'existence du dommage ainsi causé.

Quant à la vente de la société, l'on relèvera que lorsque la recourante a cédé la société à son reprenant, contre reprise des dettes de celle-ci, la dette envers l'intimée existait déjà. La recourante savait qu'elle n'avait pas payé les charges sociales dues de 2017 et 2018 lors de la vente. Le fait de céder sa société pour CHF 1.- symbolique à un reprenant qui s'était engagé, en connaissance de cause, à payer les dettes de la société, n'est en tout état de cause pas opposable à l'intimée. La recourante ne peut dès lors pas être suivie lorsqu'elle soutient que son successeur est exclusivement responsable des dettes de la société qu'elle lui a cédée. La vente de la société endettée ne peut pas permettre à la recourante de s'exonérer de sa responsabilité d'administratrice et d'employeuse au sens de l'art. 52 LAVS et de sa propre dette fondée sur du droit public, compte tenu de la loi et de la jurisprudence rappelée ci-dessus.

On précisera enfin que dans l'hypothèse où plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage au sens de l'art. 52 LAVS, chacun des débiteurs répond solidairement de l'intégralité du dommage envers la caisse de compensation, celle-ci étant libre de rechercher tous les débiteurs, quelques-uns ou un seul d'entre eux, à son choix (ATF 119 V 86 consid. 5a ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_137/2022 du 14 juillet 2022 consid. 4). Ainsi, contrairement à ce que soutient la recourante, même si le reprenant était recherché par l'intimée pour les dettes sociales, elle-même resterait solidairement responsable.

La responsabilité de la recourante au sens de l'art. 52 LAVS doit être confirmée ainsi que la décision attaquée.

Eu égard à ce qui précède, le recours est rejeté.

8. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. f^{bis} LPGA a contrario et 89H al. 1 LPA).

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

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110) ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Nathalie KOMAISKI

Marine WYSSENBACH

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