RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1281/1999 **ATAS/521/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

3ème chambre

du 1er juillet 2004

En la cause

CIAM-AVS, rue de Saint-Jean 98, case postale 5278, 1211 Genève 11	demanderesse en mainlevée d'opposition
contre	
Madame C_____, comparant par Me Roger MOCK en l'Etude duquel elle élit domicile	Défenderesse Ex-directrice de la société X_____SA (faillie)

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,

Mesdames Juliana BALDE et Doris WANGELER, juges,

EN FAIT

1. X_____SA (ci-après la société) est inscrite au registre du commerce de Genève (RC) depuis le 10 mars 1988. Son but consiste en l'exploitation d'une bijouterie de mode, diffusion, commerce, importation et exportation de produits et marchandises particulièrement dans le domaine de l'habillement, mode et produits cosmétiques (cf. pièce 65 du chargé de la caisse de compensation [ci-après : pièce caisse]). La société occupait du personnel salarié et a été affiliée dès sa fondation à la Caisse interprofessionnelle d'assurance-vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux (ci-après la caisse).

2. Madame C_____ a été inscrite au RC comme directrice avec signature individuelle dès le 15 novembre 1988. Y figuraient également : Messieurs S_____ (comme administrateur le 10 mars 1988, puis administrateur secrétaire dès le 15 mai 1990, radié le 30 août 1991), C_____ (comme administrateur président le 15 mai 1990, radié le 30 août 1991), M_____ (comme administrateur le 30 août 1991, radié le 6 novembre 1991), ME_____ (comme administrateur le 6 novembre 1992, radié le 2 mai 1995) et Madame S_____ (comme administratrice le 15 mai 1990, radiée le 30 août 1991). Tous bénéficiaient de la signature individuelle (cf. pièce 65 caisse).

3. Par courriers des 9 mars et 26 mai 1992, Madame C_____, invoquant des problèmes de trésorerie dus à la conjoncture, a demandé à la caisse le report du délai de paiement des cotisations paritaires d'octobre à décembre 1991 et celui du délai de restitution du formulaire d'attestation des salaires payés durant l'année 1991, ainsi que l'échelonnement du paiement des cotisations. Elle a également indiqué que l'ensemble du personnel administratif avait été licencié dans le cadre d'un plan de restructuration, à l'exception de deux employés (cf. pièces 8 à 10 caisse).

4. La caisse s'est entretenue avec Monsieur C_____ qui lui a expliqué que le personnel de la société serait aux trois quart au chômage dès la fin du mois de mai 1993. Monsieur C_____ s'est alors engagé à demander à l'office cantonal de l'emploi (OCE) de verser directement à la caisse les indemnités chômage des employés. La caisse a dès lors bloqué les poursuites jusqu'au 2 juin 1993.

5. L'autorité cantonale de recours en matière de chômage a par la suite donné son accord au versement. Il a été décidé que Fr. 2'331.35 seraient versés tous les mois à la caisse et que cette dernière imputerait sur cette somme les cotisations courantes et arriérées (cf. pièces 13 et 14 caisse).

6. Le 26 avril 1995, la caisse a déposé plainte pénale contre Monsieur ME_____ et Madame C_____ pour soustraction des cotisations afférentes aux mois de septembre à février 1995, représentant une somme de Fr. 1'326.65. La plainte

pénale portait également sur le non paiement des contributions aux allocations familiales de la même période, représentant la somme de Fr. 341.50. La caisse a exposé que les cotisations paritaires impayées s'élevaient alors à Fr. 4'922.75 (cf. pièce 27 caisse).

7. Le 27 juillet 1995, la société a été exclue de l'Association genevoise des détaillants en textiles avec effet au 31 décembre 1995, à la suite de quoi la caisse, par décision du 21 août 1995, l'a exclue à son tour, en lui expliquant qu'elle avait dès lors l'obligation d'adhérer à la Caisse cantonale genevoise de compensation (CCGC) à partir du 1er janvier 1996 (cf. pièces 30 et 32 caisse).

8. La faillite de la société a été prononcée par jugement du Tribunal de première instance du 9 octobre 1995 (pièce 52 caisse).

9. Le 17 octobre 1995, suite au paiement des cotisations, la caisse a retiré sa plainte pénale (pièce 35 caisse).

10. Par courriers des 13 novembre 1995 et 3 janvier 1996, la caisse a réclamé à Monsieur ME_____ et à Madame C_____ le paiement de Fr. 4'692.65 représentant le solde des cotisations impayées en 1994, mars à août 1995 et janvier à mai 1995 (pièces 36, 37, 38 et 39 caisse). Parallèlement, la caisse a produit dans la faillite une créance de Fr. 8'362.50.

11. Par courrier du 11 janvier 1996, Monsieur ME_____ a informé la caisse qu'il avait démissionné le 1e novembre 1994 et qu'il avait été radié du RC au mois d'avril 1995 (pièce 40 Caisse).

12. Le 19 mars 1996, la caisse a déposé plainte pénale contre Madame C_____ pour soustraction des cotisations d'août à novembre 1994, mars à juillet 1995 et janvier à mai 1995, représentant la somme de Fr. 3'131.--, ainsi que pour le non paiement des contributions en matière d'allocations familiales durant les mêmes périodes, pour une somme de Fr. 806.--. La caisse a précisé, à titre d'information, que les cotisations impayées s'élevaient au mois de mars 1996 à Fr. 18'276.90 (pièce 41 caisse).

13. Par courrier du 29 août 1996, Madame C_____ a informé le Procureur général qu'elle acceptait de payer les montants réclamés à raison de Fr. 1'000.-- par mois. Un accord en ce sens a été conclu avec la caisse le 30 août 1996 (cf. pièces 42, 43 et 45 caisse) et celle-ci a retiré sa plainte (cf. pièce 46 caisse).

14. Par courriers des 20 novembre et 16 décembre 1996, la caisse a menacé la société de redéposer plainte pénale, le plan de paiement n'étant pas respecté (cf. pièces 48 et 49 caisse).

15. Par courrier du 14 mars 1997, la caisse a informé le Procureur général que Madame C_____ s'était acquittée des cotisations qui faisaient l'objet de la plainte du 19 mars 1996 (cf. pièce 51 caisse).

16. Le 21 janvier 1998, l'office des poursuites et faillites Arve-lac (ci-après l'office) a déposé l'état de collocation (cf. pièce 57 caisse).

17. Le 25 mars 1998, la caisse a adressé à l'office sa production de créance définitive, de Fr. 20'258.80 (cf. pièce 64 caisse).

18. Le 25 novembre 1998, elle s'est vu délivrer un acte de défaut de biens correspondant au montant de sa créance (cf. pièce 60 caisse).

19. Par décision en réparation du dommage datée du 13 janvier 1999, la caisse a requis de Madame C_____ le paiement de Fr. 12'649.50 correspondant aux cotisations impayées des mois d'août 1994 à août 1995 et aux compléments de janvier à mai 1995.

20. L'intéressée a formé opposition par acte du 11 février 1999. Elle a fait valoir qu'elle n'était ni administratrice ni actionnaire de la société, mais simple employée de cette dernière, en sa qualité de directrice, que la signature individuelle lui avait été accordée pour des raisons pratiques dans le cadre de la gestion ordinaire du magasin exploité par la société, qu'elle était liée à celle-ci par contrat de travail lui assurant un salaire mensuel de Fr. 6'000.-- et qu'elle n'avait aucune maîtrise des comptes de la société, contrôlés par la société Y_____. Elle a allégué que dans le cadre de ses activités, elle s'occupait de la vente avec une autre employée et n'était en aucun cas un employeur de fait. A titre d'exemple, elle a exposé qu'elle n'avait pas de liberté quant aux achats des produits et vêtements vendus dans le magasin, car la société était liée par un contrat de franchise avec la société Z_____

    Le 11 mars 1999, la caisse a requis de la Commission de recours en matière d'AVS-AI (ci-après la CRAVS) la mainlevée de l'opposition. Elle a exposé que les tâches effectuées par la défenderesse au sein de la société, par l'intermédiaire ou non de son époux, Monsieur C_____, n'étaient pas limitées à de simples actes administratifs. Au contraire, elle influençait de manière déterminante la formation de la volonté de la société. L'intéressée, seule actionnaire de la société avec son époux, se comportait à la manière d'un chef d'entreprise. La caisse a relevé qu'elle parlait d'ailleurs de « son » personnel et de « sa » société dans plusieurs documents produits (pièces 8 à 10, 13 et 14 caisse). Par ailleurs, la défenderesse aurait reconnu implicitement sa qualité d'organe en proposant un plan d'amortissement pour le paiement des cotisations (pièces 43 et 45 caisse). Au surplus, après la démission de l'administrateur unique le 30 octobre 1996, la défenderesse était demeurée seul organe de la société, jusqu'à la faillite de cette dernière, au lieu de remettre aussitôt sa démission. Selon la caisse, la défenderesse

aurait ainsi fait preuve de légèreté fautive en restant à la tête d'une société en naufrage. La caisse a enfin souligné que la société était en difficulté de longue date et que les mesures de restructuration annoncées en 1992 (pièces 8 à 10 caisse) n'étaient pas de nature à la sauver. Elle estime que la défenderesse n'avait aucune raison de croire qu'elle pourrait s'acquitter de ses dettes dans un délai raisonnable et qu'elle doit être tenue pour responsable du dommage.

21. La défenderesse a répliqué par courrier du 15 avril 1999, en reprenant l'argumentation déjà développée dans son opposition du 11 février 1999. Elle a allégué au surplus qu'elle n'était pas employeur de fait de la société, mais simple directrice obéissant aux ordres des actionnaires, en particulier de la famille espagnole P_____. Elle a fait valoir qu'on ne saurait lui reprocher d'avoir voulu sauver son emploi au moment où l'administrateur de la société avait démissionné. Par ailleurs, elle a exposé avoir payé la part salariale des cotisations ayant fait l'objet d'une plainte pénale parce qu'elle avait pris peur et non pas parce qu'elle reconnaissait devoir les sommes réclamées.

EN DROIT

1. a) La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 1 let. r LOJ).

   Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après TA) a constaté d'office la nullité de l'art. 1 let. r LOJ, considérant que le TCAS avait été créé en violation de l'art. 131 de la Constitution genevoise - Cst GE -.

   b) Force est de constater que cette conclusion ne saurait lier le tribunal de céans, aux motifs suivants :

   - elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, et non ses motifs. L'autorité de la chose jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ; Knapp, Précis de droit administratif, 4ème édition, 1991, p. 248ss ; Habscheid, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313 et ss.).

   - l'autorité de la chose jugée ne vaut quoi qu'il en soit que pour les moyens que le tribunal pouvait examiner (cf. KNAPP, op. cit. p. 251). Or, il apparaît en l'espèce douteux que le TA devait, et même pouvait, à l'occasion d'un recours interjeté pour violation des droits politiques contre un arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de l'élection des juges assesseurs au TCAS, contrôler la constitutionnalité de la loi instituant cette juridiction.

   - une loi inconstitutionnelle ne saurait être déclarée nulle. Seul, l'acte pris en application de celle-ci est annulable (cf. Jean-François AUBERT, Bundesstaatsrecht der Schweiz, vol. I, 1991, p. 178, note 430). Il convient au surplus de relever qu'un tribunal se doit en règle générale d'agir avec retenue, plus particulièrement lorsque les conséquences de l'annulation bouleverseraient tout un régime juridique (ATF 112 Ia 313). Tel est manifestement le cas ici, dès lors que le considérant topique de l'arrêt du TA revient à nier l'existence d'une juridiction qui fonctionne depuis le 1er août 2003 déjà, et dont les juges titulaires, ainsi que les juges suppléants, ont été régulièrement élus.

   c) Le TCAS examine d'office sa compétence ; vu l'arrêt du TA du 30 mars 2004 niant jusqu'à son existence, il a également à vérifier la conformité à l'art. 131 Cst GE de la loi l'instituant.

   Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales -LPGA-,

entrée en vigueur le 1er janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

Selon l'art. 131 al. 1 Cst GE, « La loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales ; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence ». Lors de la création du TA en 1971, la disposition constitutionnelle a été complétée par un alinéa 2, libellé comme suit : «Un tribunal administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit ».

La Constitution s'interprète selon les mêmes principes que les lois ordinaires. Les règles d'interprétation permettant au juge de dégager le sens d'une disposition sont connues : ce dernier peut recourir à une interprétation littérale, historique, téléologique ou systématique de la norme. Le juge devra partir prioritairement du texte clair de la loi. Le TA, dans son arrêt du 30 mars 2004, a considéré que le texte de l'art. 131 al. 2 Cst GE ne laissait pas de place pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif ; il a interprété « un tribunal » comme signifiant « un seul tribunal ». Or, l'art. 131 al. 2 Cst GE précise que ce tribunal administratif est institué « dans les cas où la loi le prévoit ». C'est dire que nécessairement le reste du contentieux administratif relève d'autres juridictions. Ainsi l'interprétation littérale permet à elle seule de conclure que le terme « un » doit être qualifié, grammaticalement, d'article indéterminé.

Une telle analyse est du reste confirmée par les interprétations historique et téléologique. Il résulte des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil – MGC - 1970, p. 554 ss.) que le législateur en 1970 entendait créer, aux côtés des juridictions civiles et pénales existantes prévues à l'art. 131 al. 1 Cst GE, un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif. Ce tribunal était destiné à remplacer les autres autorités – Conseil d'Etat, commissions de recours, etc. qui avaient à connaître des recours contre les décisions des départements. Il n'était cependant pas question que ce remplacement soit général, raison pour laquelle ce tribunal s'était vu doté de compétences d'attribution. Il était évident que certaines commissions spéciales devaient subsister, notamment en raison de leur composition particulière (composition paritaire, experts, …). Selon le Mémorial du Grand Conseil, p. 557, « dans le système envisagé, le TA, le Conseil d'Etat et les commissions spécialisées dont le maintien aura été décidé, constitueront autant de juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

Dès le 1er janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d'une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de ces juridictions n'a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d'assurances sociales, jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l'occurrence.

Si l'on devait suivre l'interprétation du TA dans son arrêt du 30 mars 2004, non seulement le TCAS, mais également toutes les autres commissions de recours spéciales, y compris celles rattachées au TA lui-même seraient inconstitutionnels. Tel n'a manifestement pas été le but visé par le législateur.

Au vu de ce qui précède, la création du TCAS en application de la LPGA est conforme à la Constitution genevoise.

L'élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004, le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire permettant au TCAS de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

2. Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'AVS-AI (cf. art. 56V LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-vieillesse, notamment en ce qui concerne l'article 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS). Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'article 52 LAVS et les articles 81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) ont été abrogés. Le cas d'espèce demeure toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). Les dispositions légales seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.

4. Aux termes de l'art. 82 al. 1 RAVS, le droit de demander la réparation d'un dommage se prescrit lorsque la caisse de compensation ne le fait pas valoir par une décision de réparation dans un délai d'une année à compter du moment où elle a eu

connaissance du dommage et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du fait dommageable. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit en l'occurrence d'un délai de péremption à considérer d'office (ATF 112 V 8, consid. 4c ; RCC 1986 page 493). Lorsque ce droit dérive d'un acte punissable soumis par le code pénal à un délai de prescription de plus longue durée, ce délai est applicable (art. 82 al. 2 RAVS).

Le Tribunal fédéral des assurances (ci-après TFA) a posé le principe qu'une caisse de compensation a « connaissance du dommage » au sens de la disposition précitée, à partir du moment où elle doit reconnaître, en y prêtant l'attention qu'on est en droit d'attendre d'elle et en tenant compte de la pratique, que les circonstances ne lui permettent plus de recouvrer les cotisations, mais pourraient justifier une obligation de réparer le dommage (ATF 116 V 75,consid. 3b ; 113 V 181, consid. 2 ; 112 V 8, consid. 4d, 158 ; 108 V 52, consid. 5 ; RCC 1983, page 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a « rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer » (cf. FRITSCHE : « Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd., p. 112) d'où résulte la perte de la créance de la caisse.

En cas de faillite ou de concordat par abandon d'actifs, la caisse n'a pas nécessairement connaissance du dommage au moment seulement où elle peut consulter le tableau de distribution et le compte final établis par l'office des faillites ou le liquidateur, ou à la date à laquelle elle reçoit un acte de défaut de biens. En effet, celui qui subit une perte dans une faillite ou dans une procédure concordataire et veut intenter une action en dommages-intérêts a, en général, selon la pratique des tribunaux, déjà suffisamment connaissance du dommage, au moment où la collocation des créances lui est notifiée, ou à celui où l'état de collocation et l'inventaire ont été déposés et peuvent être consultés. A ce moment-là, le créancier est, ou devrait être en général, en mesure de connaître l'état des actifs, la collocation de sa créance et le dividende probable (ATF 119 V 92 consid.3 ; 118 V 196 consid. 3a ; VSI 1995, pages 169-170, consid. 2 ; ATF 116 II 161, consid. 4a; 116 V 75, consid. 3b; RCC 1990, page 415).

Dans le cas d'espèce, la caisse a eu connaissance du dommage le 21 janvier 1998, date à laquelle l'état de collocation a été déposé. En notifiant sa décision en réparation du dommage le 13 janvier 1999, elle a donc respecté le délai d'une année prescrit par l'art. 82 al. 1 RAVS.

L'opposition, formée le 11 février 1999, est également intervenue dans le délai légal (art. 81 al. 2 RAVS).

Enfin, la caisse a respecté le délai de 30 jours prévu par l'art. 81 al. 3 RAVS en portant le 11 mars 1999 auprès de la CRAVS son action en mainlevée de l'opposition.

5. a) Le litige porte sur la responsabilité de la défenderesse dans le préjudice subi par la demanderesse, aux conditions de l'art. 52 LAVS, lequel prévoit que l'employeur doit couvrir le dommage qu'il a causé en violant les prescriptions intentionnellement ou par négligence grave.

b) L'art. 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34ss RAVS, prescrit que l'employeur doit déduire, lors de chaque paie, la cotisation du salarié et verser celle-ci à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation. Les employeurs doivent remettre périodiquement aux caisses les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances a déclaré, à réitérées reprises, que celui qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 195 consid. 2a et les références, ATF non publié H 320/01 et H 333/01 du 8 octobre 2003 consid. 4).

c) 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). Le caractère subsidiaire de la responsabilité des organes d'une personne morale signifie que la caisse de compensation doit d'abord agir contre le débiteur des cotisations (employeur) (RCC 1988 p. 136).

En l'espèce, la faillite de la société est survenue le 9 octobre 1995, de sorte que la caisse était fondée à agir contre la défenderesse par décision du 13 janvier 1999, l'employeur ayant alors cessé d'exister.

d) Dans le cas d'une société anonyme, la notion d'organe responsable selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui ressort de l'art. 754 al. 1 CO. La responsabilité incombe aux membres du conseil d'administration, ainsi qu'à toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation, c'est-à-dire à celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 II 442 consid. 2b, 571 consid. 3, 107 II 353 consid. 5a). Il faut cependant, dans cette dernière éventualité, que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, c'est-à-dire d'exercer effectivement une influence sur la marche des affaires de la Société (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 II 442 consid. 2b, 111 II 84 consid. 2).

Dans le cas d'une société anonyme, la jurisprudence considère en effet que la notion d'organe responsable selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui

ressort de l'art. 754 al. 1 CO. La responsabilité incombe aux membres du conseil d'administration, ainsi qu'à toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation, c'est-à-dire à celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 V 441 consid. 2b, 571 consid. 3, 107 II 353 consid. 5a). Il faut cependant, dans cette dernière éventualité, que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, c'est-à-dire d'exercer effectivement une influence sur la marche des affaires de la société (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 V 442 consid. 2b, 111 II 84 consid. 2a).

Un directeur de société a généralement la qualité d'organe en raison de l'étendue des compétences que cette fonction suppose (ATF 104 II 197 consid. 3b; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, § 37, p. 443 note 17; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2e éd., note 1969 p. 1072). Mais il ne doit répondre que des actes ou des omissions qui relèvent de son domaine d'activités, ce qui, en d'autres termes, dépend de l'étendue des droits et des obligations qui découlent de ses rapports internes. Sinon, il serait amené à réparer un dommage dont il ne pouvait empêcher la survenance, faute de disposer des pouvoirs nécessaires (ATF 111 V 178 consid. 5a, FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, op. cit., § 37, p. 442 note 8).

e) En l'espèce, la défenderesse a été directrice de la société dès le 15 novembre 1988, soit peu de temps après sa constitution, intervenue le 10 mars 1988. Du seul fait que la défenderesse bénéficiait de la signature individuelle, il y a lieu d'en déduire qu'elle pouvait exercer une influence décisive sur le comportement de la société et d'en conclure qu'elle avait la qualité d'organe de celle-ci.

Pour ce qui relève de son domaine d'activités – et donc de l'étendue des droits et des obligations qui découlent des rapports internes à la société - il faut relever que la défenderesse traitait personnellement avec la caisse des questions liées au report des cotisations paritaires et des délais pour la restitution des formulaires d'attestation des salaires (cf. pièces 8 à 10 caisse) et qu'elle agissait à ce titre en tant qu'organe de la société. Elle s'est d'ailleurs personnellement engagée auprès du Procureur général, par courrier du 29 août 1996, à payer les cotisations paritaires dues. Ce faisant, elle a pris une décision réservée à un organe et démontré qu'elle participait de manière déterminante à la volonté sociale.

Au surplus, après la faillite de la société prononcée le 9 octobre 1995 et la démission en novembre 1994 du dernier administrateur de la société, Monsieur ME_____, radié du registre du commerce le 2 mai 1995, la défenderesse a géré seule la société, assumant ainsi les fonctions d'une liquidatrice, soit d'un organe de fait de cette dernière. C'est le lieu de relever que sa qualité d'organe

n'était pas affectée par le fait qu'elle percevait un salaire de la société ou qu'elle agissait sur ordre des actionnaires de celle-ci, ces différentes fonctions au sein de la société étant distinctes. Les arguments relatifs aux liens de la société avec Z_____ et à la gestion des comptes par la société Y_____ sont également sans pertinence dans la mesure où, à nouveau, ils n'affectent pas la qualité d'organe de la défenderesse.

Eu égard à ces considérations, la qualité d'organe de la défenderesse doit être reconnue. Reste à examiner si une faute peut lui être reprochée.

f) Selon la jurisprudence, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui manque de l'attention qu'un homme raisonnable aurait observée dans la même situation et dans les mêmes circonstances. La mesure de la diligence requise s'apprécie d'après le devoir de diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie que celle de l'intéressé. En présence d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions. Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a ; RCC 1985 p. 51 consid. 21 et p. 648 consid. 3b).

Selon le Tribunal fédéral des assurances, on peut envisager qu'un employeur cause intentionnellement un préjudice à la caisse de compensation, sans que cela entraîne pour autant une obligation de réparer celui-ci. Ainsi, il peut arriver qu'en retardant le paiement de cotisations, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie, par exemple lors d'une passe délicate de trésorerie. Mais il faut alors, pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'art. 52 LAVS, que l'on puisse admettre que l'employeur avait, au moment où il a pris sa décision, des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter de sa dette dans un délai raisonnable (ATF V 188, RCC 1983 p. 100 ; RCC 1985, p. 604, consid. 3a in fine).

A cet égard, il faut noter que le retard pris par la défenderesse pour s'acquitter des cotisations paritaires ne peut s'expliquer par l'espoir qu'elle aurait entretenu de sauver la société en attendant une meilleure conjoncture. En effet, près de quatre années se sont écoulées entre les premières mesure de restructuration (cf. pièces 8 à 10 Caisse) et la faillite de la société prononcée le 9 octobre 1995. Dès lors, il ne saurait être question dans le cas particulier de problèmes passagers de trésorerie au sens de la jurisprudence précitée (ATF V 188, RCC 1983 p. 100 ; RCC 1985, p. 604, consid. 3a in fine) qui justifieraient le non paiement des cotisations pour maintenir l'entreprise en vie. De plus, la conjoncture économique, notoirement difficile dans le courant des années 1990, ne laissait pas augurer une rapide reprise économique. La seule mesure concrète prise a été le licenciement du personnel. Celle-ci est cependant bien antérieure aux faits puisqu'elle date de 1992. Aucune

autre mesure n'a été prise depuis. La défenderesse doit donc être déclarée pleinement responsable du non paiement des cotisations durant cette période. Au vu de ce qui précède, force est de constater que la défenderesse est responsable du dommage causé à la demanderesse en application de l'art. 52 LAVS.

8. En conséquence, la demande de mainlevée sera admise à hauteur de Fr. 12'649.50.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant,

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare recevable le demande en mainlevée déposée le 13 janvier 1999 par la CIAM dirigée contre Madame C_____ ;

Au fond :

2. Accorde à la CIAM la levée de l'opposition formée par Madame C_____ à hauteur de 12'649 fr. 50 ;

3. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions ;

4. Dit que la procédure est gratuite ;

5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière : La présidente :

Janine BOFFI Karine STECK

Le secrétaire-juriste : Alain ACHER

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