RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1036/04/2/LAVS **ATAS/130/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

2ème chambre

du 22 février 2005

En la cause

Messieurs H_____ et R_____, recourants

(en leur qualité d'anciens organes de la société Z_____ SA, faillie)

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, rte de Chêne 54 à Genève intimée

Siégeant : Mme Isabelle Dubois, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Valérie MONTANI, juges.

EN FAIT

1. La société Z_____ SA (ci-après la société) a été inscrite au registre du commerce du canton de Genève en 1987 avec comme but la conception, l'organisation, le développement, la vente de matériels et logiciels dans les domaines de l'informatique et de l'organisation d'entreprises; la recherche, la formation et le placement de personnel; la participation dans des entreprises se rapportant à l'activité déployée par la société.

   Dès 1987, Monsieur H_____ en a été administrateur-vice-président, et Monsieur R_____ administrateur-secrétaire, tous deux avec signature collective à deux. Dès 1997, Monsieur H_____ en est devenu administrateur-président et Monsieur C_____ directeur, également avec signature collective à deux.

2. La société a été affiliée dès sa création auprès de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION (ci-après la caisse) pour son personnel salarié.

   A partir de 1998, la société a eu du retard dans le paiement des cotisations. Il ressort du dossier que la société s'est acquittée des montants suivants en 1998 : 6'436 fr. 55 le 15 juin, 7'205 fr. 85 le 13 juillet, 7'688 fr. 35 le 23 septembre, 8'149 fr. 65 le 21 décembre 1998 ; les 50 fr. de frais divers pour 1998 ont été versés en date du 6 juillet 1999. Le 19 juillet 1999, la caisse a adressé une sommation à la société pour le versement des cotisations d'avril à juin 1999, et le 18 octobre, pour les cotisations de juillet à septembre 1999. En date du 26 août 1999, la caisse a adressé à la société le décompte relatif à l'année 1998, faisant état d'un solde de 1 fr. en faveur de la société. La société s'est acquittée des montants suivants en 1999 : 9'035 fr. 05 le 1er avril, 8'204 fr. 10 le 20 août, 8'615 fr. 10 le 26 octobre. 9'871 fr. 60 ont été payés le 1er février 2000, et, selon le décompte de la caisse du 6 septembre 2000, le solde dû à ce jour était de 443, fr. 05, correspondant aux frais divers, montant qui a été acquitté en date du 19 octobre 2000. S'agissant des cotisations 2000, la caisse a adressé une sommation pour les cotisations de janvier à mars le 19 avril 2000, puis un prononcé d'amende et une taxation d'office le 8 novembre 2000. La caisse a procédé de même pour les cotisations d'avril à juin (sommation le 20 juillet 2000, et prononcé d'amende et taxation d'office le 8 novembre 2000), puis pour les cotisations de juillet à septembre (sommation le 18 octobre 2000, et prononcé d'amende et taxation d'office le 8 novembre 2000). Le décompte pour les cotisations de 2000, établi le 19 mars 2001, fait état d'un montant dû à titre de cotisations et frais divers de 28'215 fr. 25. Le 31 mai 2001, la caisse a adressé à la société un décompte complémentaire pour 1998, 1999 et 2000 de 5'029 fr. Enfin, la société s'est acquittée de la part « employés » due pour 2000 et les 6 premiers mois de 2001, en deux versements de 15'234 fr. 90 le 23 mai et 305 fr. le 26 juillet 2001.

3. La faillite de la société a été prononcée par jugement du Tribunal de première instance le 12 décembre 2001. La caisse a produit dans la faillite pour un montant de 24'129 fr. 40. En date du 20 novembre 2002 l'état de collocation a été publié, et, le 31 janvier 2003, la caisse a reçu un acte de défaut de biens après faillite du montant de sa créance.

4. Par décisions datées du 23 octobre 2003, la caisse a réclamé la réparation de son dommage à Messieurs H_____, R_____ et C_____, pour un montant de 23'688 fr. 50, correspondant au solde des cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC dues pour 1998 (2'081 fr. 05), 1999 (2'427 fr. 70), 2000 (15'879 fr. 10) et 2001 (3'300 fr. 35) y compris les intérêts moratoires, frais de poursuite et taxes de sommation.

5. Monsieur H_____ a fait opposition en date du 24 novembre 2003, par l'intermédiaire de Me MAGNIN, Monsieur C_____ a fait opposition en date du 25 novembre et Monsieur R_____ en date du 28 novembre.

6. Par décisions sur opposition du 15 avril 2004, la caisse a admis l'opposition de Monsieur C_____, considérant qu'il avait amené la preuve que sa fonction n'impliquait pas la gestion administrative de la société. S'agissant de Monsieur R_____, la caisse a déclaré l'opposition recevable alors même qu'elle paraissait tardive. Elle a rejeté les oppositions de Messieurs H_____ et R_____, considérant qu'ils avaient engagé leur responsabilité en ne prenant pas toutes mesures utiles pour éviter le dommage de la caisse. Elle rappelle que le retard dans le paiement s'est produit plusieurs années de suite, et que pour l'année 2000 près de la moitié des cotisations est restée impayée.

7. Par plis séparés du 14 mai 2004, Messieurs H_____ et R_____ ont recouru contre cette décision. Ils contestent toute intention ou négligence grave.

   Ils expliquent qu'en mai 2000 la société Y_____ a rompu le contrat de développement qui liait les deux sociétés, sans raison. Or, le chiffre d'affaire réalisé annuellement avec Y_____ était de 343'600 fr. en 1998, 408'300 fr. en 1999, et 74'375 fr. en 2000, dont 56'000 d'impayé. Les difficultés ont donc été immédiates, de même que les mesures prises : en octobre 2000 la société a résilié son contrat de bail pour son échéance de mai 2001, les frais généraux ont été diminués, passant de 732'292 fr. en 1999 à 561'944 fr. en 2000 puis 141'054 fr. en 2001. Les produits ont diminué dans la même proportion : le chiffre d'affaire a passé de 778'032 fr. en 1999 à 412'650 fr. en 2000 et 115'127 fr. en 2001. Le but était de sauvegarder la maintenance du logiciel ADELIA avec la société X_____, partenaire fiable, pour assurer la survie de la société. Pratiquement tous les frais généraux ont été supprimés entre mai 2000 et mai 2001, une partie du personnel a été replacé, et de nouveaux locaux avaient été trouvés pour le mois de juin 2001, pour un loyer mensuel de seulement 300 fr. par mois. Cependant, le bailleur du matériel de la société a fait procéder à la saisie en vertu de son droit de rétention, à fin mai 2001. Tout le matériel de travail (ordinateur, programmes,

fichiers) a donc été saisi à cette occasion. Les liquidités existant à la faillite, environ 16'500 fr., ont servi aux frais de l'office, et les montants recouvrables d'environ 23'000 fr. n'ont pas été encaissés par l'office. En revanche, une créance, contestée, produite par Y_____ à hauteur de 800'000 fr., a été colloquée. En conclusion, ils estiment avoir agi rapidement face à des évènements imprévisibles, et demandent que les décisions soient annulées.

8. Les recours ont été inscrits sous les causes A/1036/04 et A/1039/04.

9. Dans sa réponse du 15 juin 2004, la caisse conclut au rejet des recours. Elle conteste que les arguments avancés permettent aux recourants de se disculper, car des soldes de cotisations sont restés impayés pour 1998 et 1999 déjà. La société n'a pas respecté les délais de paiement, en 1998, car le premier versement est intervenu en juin. Certes à fin décembre 1998 les cotisations correspondant à l'attestation de salaire annuelle étaient soldées, mais lors d'un contrôle, effectué en 2001, il est apparu qu'un complément était encore dû pour 1998 comme pour 1999.

10. Par ordonnance du 21 juin 2004, le Tribunal de céans a ordonné la jonction des causes sous la cause A/1036/04, et invité les recourants à consulter les pièces produites. Un délai pour produire toutes pièces utiles leur a été fixé au 15 août 2004, la cause devant être convoquée en comparution personnelle en automne.

11. Le Tribunal a procédé à l'audition des parties en date du 19 octobre 2004.

    S'agissant de son opposition tardive, Monsieur R_____ a expliqué qu'il avait cru que l'opposition de Me MAGNIN valait également pour lui, et, lorsqu'il a compris que ce n'était pas le cas, il a immédiatement appelé la caisse pour former opposition. La caisse a confirmé que les cotisations 1998 et 1999 avaient été totalement réglées, le solde correspondant à une reprise de cotisations suite au contrôle effectué en 2001, qui avait révélé des frais déduits supérieurs aux frais admissibles. Monsieur H_____ a alors expliqué que la reprise provenait du fait qu'en raison des difficultés de la société les salaires de Messieurs R_____ et C_____ avaient été réduits, mais non les indemnités qui s'y ajoutaient.

    Les recourants se sont expliqué concernant la société Y_____. Il s'agissait du plus gros client de la société, un courtier en assurances, pour lequel la société avait le mandat de développer un programme de gestion. Dès janvier 1998, cela a occupé toutes les forces de la société, jusqu'en mars 2000 environ où, suite à un changement de direction, Y_____ a mis fin du jour au lendemain au mandat. A ce moment Y_____ lui devait 56'000 fr., mais a attaqué la société par un commandement de payer de 800'000 fr. Y_____ n'a pas poursuivi son action, après l'opposition faite par les recourants, l'office a colloqué cette créance lors de la faillite.

    La société était également représentant pour la Suisse d'un produit informatique, ADELIA, pour la société X_____, pour lequel elle avait l'exclusivité et qui générait des revenus mensuels. Au moment de la faillite, X_____ lui devait

environ 19'000 fr. que l'office n'a pas cherché à recouvrir. Les recourants ont rappelé les mesures prises immédiatement dès l'affaire Y_____, en ajoutant que les salaires avaient été réduits et une employée à plein temps licenciée.

A l'issue de l'audience, un délai a été fixé aux parties pour production de pièces, une nouvelle audience devant être fixée ultérieurement.

12. La caisse a produit l'attestation de salaire (ci-après ASA) 1999 qui manquait au dossier, ainsi que copie de l'état de collocation. Les recourants ont produit une correspondance relative aux relations avec Y_____ et à leur fin, ainsi que la résiliation du bail, en date du 29 novembre 2000. Il sera revenu à ces pièces ultérieurement.

13. Une nouvelle comparution des parties s'est tenue en date du 14 décembre 2004. Monsieur H_____ a précisé que les montants déclarés dans les ASA 2000 et 2001 sont les montants réduits de leurs salaires, qui ont été versés. Si la société n'a pas demandé de plan de paiement en 2000 c'est parce que les recourants n'étaient pas sûrs de pouvoir le tenir, ignorant de quoi l'avenir serait fait. La société n'avait plus de liquidités. Aucun versement n'a donc été fait, à personne. La société n'avait d'ailleurs pas de fournisseurs, c'est pour cela que sur l'état de collocation ne figurent que les institutions d'assurances et l'employée.

A l'issue de l'audience, un dernier délai a été fixé aux parties pour production éventuelle de pièces complémentaires au 15 janvier 2005, après quoi la cause serait gardée à juger.

EN DROIT

1. 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, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch.1 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (ci-après LAVS) et son règlement (ci-après RAVS).

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

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (ci-après LPGA), du 6 octobre 2000, est entrée en vigueur le 1er janvier 2003. Les nouvelles dispositions légales ont notamment remplacé la procédure de la décision administrative, suivie, en cas d'opposition, d'une action de la caisse en réparation du dommage (ancien art. 81 RAVS), par une procédure de décision, de décision sur opposition et de recours de droit administratif (art. 52 al. 2 LAVS, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2003, art. 52 et 56 LPGA). C'est cette nouvelle procédure qui est applicable en l'espèce, dès lors que la LPGA était en vigueur au moment où la caisse a réclamé réparation de son dommage (cf. ATF 130 V 1).

   En revanche, c'est l'art. 52 al. 1 LAVS, tel qu'en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, et non le nouvel art. 52 LAVS modifié au 1er janvier 2003, qui s'appliquera à l'examen de la responsabilité des recourants, dès lors que selon la jurisprudence, en cas de changement de règles de droit et en l'absence de réglementation transitoire, le droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits est pertinent (ATF 127 V 467 consid. 1). Au demeurant, l'art. 52 al. 1 LAVS en vigueur depuis le 1er janvier 2003 reprend l'ancien art. 52 LAVS quasiment sans modification. Les termes «caisse de compensation» sont remplacés par «assurance» (en allemand : remplacement de «Ausgleichkasse» par «Versicherung»; en italien : suppression de «cassa di compensazione»), sans que cela entraîne un changement quant aux conditions de la responsabilité de l'employeur (cf. ATF 129 V 13 sv. consid. 3.5 et arrêt non publié du Tribunal fédéral des assurances (ci-après TFA) du 30 novembre 2004 en la cause H/96/03).

4. L'ancien art. 82 RAVS, qui régissait les effets du temps sur une créance en réparation du dommage, a été abrogé à la suite de l'entrée en vigueur de la LPGA, le 1er janvier 2003. La question est désormais réglée par l'art. 52 al. 3 LAVS, qui prévoit, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2003, que le droit à réparation est prescrit («verjährt»; «si prescrive») deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus et l'employeur peut renoncer à s'en prévaloir. Il s'agit de délais de prescription, non de péremption (contrairement au délai de l'art. 82 RAVS) comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (FF 1994 V p. 964 sv., 1999 p. 4422), et comme le TFA l'a confirmé (cf. arrêt non publié du 30 novembre 2004 en la cause H/96/03).

   Le dommage au sens de l'art. 52 LAVS 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 (ATF 129 V 195

consid. 2.2, 123 V 16 consid. 5c). En ce qui concerne le moment de la connaissance du dommage en cas de faillite, en revanche, la jurisprudence retient généralement celui du dépôt de l'état de collocation, ou celui de la publication de la liquidation de la faillite faute d'actifs (ATF 129 V 195 sv. consid. 2.3).

En l'espèce, la faillite a été prononcée le 12 décembre 2001, l'état de collocation a été publié le 20 novembre 2002 et les décisions de la caisse datent du 23 octobre 2003, de sorte que la caisse a respecté tant le délai de 2 ans que celui de 5 ans.

5. Selon l'art. 52 LPGA, les décisions peuvent être attaquées dans les trente jours par voie d'opposition auprès de la caisse qui les a rendues.

   En l'espèce, les décisions ont été notifiées par pli recommandé le 23 octobre 2003. L'opposition de Monsieur H_____ a été faite dans le délai légal. En revanche, il ressort du dossier que la décision a été reçue par Monsieur R_____ en date du 25 octobre. Le délai partait donc du lendemain et échéait le lundi 24 novembre. En téléphonant pour faire opposition en date du 28 novembre, Monsieur R_____ a agi tardivement, de sorte que son opposition est irrecevable. La lecture du dossier montre, en effet, qu'il n'était pas possible d'interpréter l'opposition faite par Me MAGNIN pour le compte de Monsieur H_____ comme valant également pour lui, et qu'en outre il n'avait pas mandaté cet avocat à cet effet. En conséquence, la décision de la caisse entrera en force concernant Monsieur R_____.

   Par ailleurs, les recourants ont saisi le Tribunal de céans en date du 14 mai 2004, soit dans les trente jours dès la notification de la décision sur opposition, du 15 avril 2004, de sorte que les recours sont recevables (art. 56 et 60 LPGA).

6. Aux termes de l'article 52 LAVS, l'employeur doit couvrir le dommage qu'il a causé en violant les prescriptions intentionnellement ou par négligence grave. Il sied de rappeler que l'article 52 LAVS est une disposition spéciale (cf. RCC 1989, page 117).

   En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la Caisse, en raison de l'insolvabilité de la société, pour un montant de 23'688 fr. 50, représentant le solde des cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC dues pour 1998 (2'081 fr. 05), 1999 (2'427 fr. 70), 2000 (15'879 fr. 10) et 2001 (3'300 fr. 35) y compris les intérêts moratoires, frais de poursuite et taxes de sommation.

   L'article 14, alinéa 1 LAVS en corrélation avec les articles 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 TFA a déclaré, à réitérées reprises, que la responsabilité de l'employeur au sens de l'article 52 LAVS est liée au statut de droit public (ATF 112 V 155, consid. 5; RCC 1987, page 220). L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'article 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (ATF 111 V 173, consid. 2; 180 V 186, consid. 1a, 192 consid. 2a; RCC 1985, page 646, consid. 3a).

Le TFA a affirmé expressément que l'obligation légale de réparer le dommage ne doit être reconnue que dans les cas où le dommage est dû à une violation intentionnelle ou par négligence grave, par l'employeur, des prescriptions régissant l'AVS (RCC 1978, page 259; RCC 1972, page 687). La caisse de compensation qui constate qu'elle a subi un dommage par suite de la non-observation de prescriptions peut admettre que l'employeur a violé celles-ci intentionnellement ou du moins par négligence grave, dans la mesure où il n'existe pas d'indice faisant croire à la légitimité de son comportement ou à l'absence d'une faute (cf. ATFA du 28 juin 1982, RCC 1983, page 101).

Lorsque l'employeur est une personne morale, ses organes répondent solidairement, à titre subsidiaire, du dommage causé par celui-ci, notamment quand la personne morale n'existe plus au moment où la responsabilité est engagée (cf. No 6003 des directives de l'OFAS sur la perception des cotisations - DP; ATF 114 V 79, consid. 3; 113 V 256, consid. 3c; RCC 1988, page 136, consid. 3c; ATF 111 V 173, RCC 1985, page 649, consid. 2.).

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 (cf. no 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le TFA s'est toujours référé à l'article 754, 1er alinéa, en corrélation avec l'article 759, 1er alinéa du 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'elle leur cause 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'article 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 du 21 avril 1988 en la cause A; Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., pages 209 et ss).

En l'espèce, les recourants étaient inscrits au Registre du commerce en qualité d'administrateur-président et d'administrateur-secrétaire avec signature collective à

deux. Ils avaient donc indiscutablement la qualité d'organe de la société, ce qu'ils ne contestent au demeurant pas (article 754 alinéa 1 CO).

De jurisprudence constante, le TFA a reconnu qu'il y a négligence grave lorsque l'employeur ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement, dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (cf. RCC 1972 p. 690). La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard doit donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité et de gestion, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé. Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (cf. ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985 p. 51 consid. 2a et p. 648 consid. 3b). Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, on peut par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions (cf. RCC 1972 p. 690; RCC 1978 p. 261). Cela étant, un employeur peut causer intentionnellement un préjudice à la caisse sans toutefois devoir le réparer, mais uniquement s'il retarde le paiement des cotisations pour maintenir son entreprise en vie, lors d'une passe de trésorerie difficile, et pour autant qu'il ait eu des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter de sa dette dans un délai raisonnable (cf. RCC 1992 p. 261 et jurisprudence citée).

7. En l'espèce, une analyse attentive du déroulement des faits conduit le Tribunal à considérer qu'aucune faute ne peut être imputée à Monsieur H_____ (dont seule la responsabilité doit être examinée ici, puisque la décision entre en force s'agissant de Monsieur R_____). On verra ci-dessous, en effet, qu'il a pris, rapidement, des mesures adéquates, susceptibles de maintenir la société en vie jusqu'à ce qu'elle retrouve un ou plusieurs clients en remplacement de la société Y_____, et que seule la saisie des outils de travail de la société à la faveur d'un droit de rétention, a brutalement mis fin à ses légitimes espoirs.

   Tout d'abord, il faut rappeler que, dès l'apparition de difficultés et déjà avant l'affaire Y_____, la société a réduit les salaires de ses dirigeants, comme cela ressort des ASA. S'il est exact que les premiers versements pour 1998 ne sont intervenus qu'en juin (et non à fin mars ou début avril), la société a régulièrement payé les cotisations 1998 et 1999, comme cela ressort de la partie en fait. Quant à la reprise de cotisation, elle résulte des mesures prises au moment de l'apparition des difficultés, puisque les administrateurs ont rapidement baissé les salaires, sans toutefois réduire les indemnités y relatives. Or, au moment de la décision de reprise, en mai 2001, la société n'était plus en mesure de s'en acquitter. Il est donc inexact de dire que les retards et non-paiements de cotisations se sont étalés sur plusieurs années comme l'allègue la caisse.

   Il ressort également du dossier, en particulier du courrier de l'avocat de la société à celui de Y_____ du 18 avril 2000, qu'avant de couper toute relation avec la société, Y_____, dès le début 2000 en tous cas, ne s'acquittait plus du montant des factures relatives aux interventions de la société chez elle. Cela ressort

également des chiffres communiqués par Monsieur H_____, et non contestés. C'est donc dès le début de l'année 2000 que des difficultés de trésorerie sont survenues. Puis, en mai 2000, le mandat a été retiré à la société. Les recourants ont alors décidé de diminuer au plus les charges, en diminuant fortement les frais généraux, en réduisant les salaires, en licenciant ou déplaçant du personnel, puis en résiliant le bail des locaux pour son échéance, et en trouvant des bureaux moins chers, prêts à accueillir la société lorsqu'elle redémarrerait.

Au moment où ces mesures sont prises, elles apparaissent comme les seules adaptées, et rien ne permet de penser qu'elles seront vaines. Il faut garder à l'esprit, en effet, que la société crée, vend et installe des programmes informatiques. Elle n'a donc pas de fournisseurs, ni de stock. Elle a par ailleurs un autre client, qui justifie qu'elle continue son activité, au moins pour le maintien du produit ADELIA concerné. C'est en raison de ces circonstances, et non en raison d'une mauvaise gestion, que la société ne s'acquitte pas des cotisations 2000. Elle n'a plus de liquidités, et n'a donc pas privilégié d'autres créanciers. Lorsque la saisie du matériel a lieu sur ordre du bailleur, détenteur d'un droit de rétention, la société perd ses outils de travail. Cet événement n'est pas imprévisible en tant que tel, puisqu'il doit avoir été précédé d'une poursuite en réalisation du gage, au sens des art. 151 et ss de la loi fédérale sur la poursuite pour dette et la faillite (ci-après LP). En revanche, sa date d'exécution est imprévisible, et la procédure peut être très rapide, puisque le commandement de payer prévoit dans un tel cas un délai de paiement d'un mois (cf. art. 152 al. 1 ch. 1 LP). Cet événement survient à la fin du mois de mai 2001, et précipite la société dans la faillite. Il confirme, si besoin était, que la société n'avait plus de liquidités et n'a privilégié personne car il est certain que la société aurait payé son créancier pour sauver son outil de travail, si elle avait pu.

Certes, rétrospectivement, la durée pendant laquelle les cotisations ont été impayées est assez longue, puisque le dernier versement (exceptée la part pénale acquittée en mai et juin 2001) date de février 2000. Mais le versement de février solde les cotisations 1999, et dès ce moment les difficultés sont apparues, empêchant tout versement pour 2000. L'absence de liquidités en est seule responsable, et, à ce moment-là, la société avait des raisons objectives et sérieuses de penser pouvoir s'acquitter des cotisations ultérieurement. Seule la saisie du matériel en mai 2001 a rendu cette espérance vaine.

8. En conclusion, et vu de ce qui précède, aucune responsabilité ne peut être imputée à Monsieur H_____, de sorte que la caisse sera déboutée de ses conclusions à son endroit, et la décision en réparation du dommage annulée.

*****

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 les recours recevables.

Au fond :

2. Annule les décisions sur opposition du 15 avril 2004.
3. Constate que l'opposition de Monsieur R_____ est irrecevable pour cause de tardiveté.
4. Rejette le recours de Monsieur R_____.
5. Dit en ce qui le concerne que la décision en réparation du dommage du 23 octobre 2003 entre en force.
6. Admet le recours de Monsieur H_____.
7. Annule la décision en réparation du dommage notifiée le 23 octobre 2003 à Monsieur H_____.
8. Déboute les parties de toutes autres conclusions.
9. Dit que la procédure est gratuite.
10. 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).

Le greffier:

Pierre Ries

La Présidente :

Isabelle Dubois

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