

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1121/2007

ATAS/535/2008

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 2

du 6 mai 2008

En la cause

Monsieur E _____, domicilié à ANNEMASSE, France

recourants

Monsieur F _____, domicilié p.a. F _____, MADRID,
Espagne

contre

FER CIAM 106.1, sise rue de St-Jean 98, GENEVE

intimée

Siégeant : Isabelle DUBOIS , Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et Bertrand REICH, Juges assesseurs

EN FAIT

1. La société X_____ SERVICES SA (ci-après : la société) a été inscrite au Registre du commerce (ci-après : RC) du canton de Genève en automne 1997. Elle a pour but l'exploitation de garages et l'activité commerciale liée à l'exploitation d'un garage, la prise de participation et des opérations financières. Monsieur E_____ (ci-après le directeur ou le recourant) a été inscrit en tant que directeur avec signature collective à deux dès l'origine; Monsieur Antonio F_____ (ci-après l'administrateur ou le recourant) en a été administrateur avec signature individuelle dès le mois d'août 1999. La société a été affiliée à la FER CIAM 106.1 (ci-après : la caisse ou l'intimée) pour son personnel salarié.
2. La société s'est acquittée très régulièrement des factures mensuelles de cotisations jusqu'au mois de juillet 2001 ; les factures d'août et de septembre 2001 ont été payées au mois de décembre de la même année ; les factures mensuelles ont ensuite été payées dans un délai de trois mois, jusqu'au mois de décembre 2001, dont la facture n'a été payée qu'à 50 % au mois de juillet 2002. Les factures mensuelles des mois de janvier, février, mars et avril 2002 ont été réglées à hauteur de 50 % au mois de novembre 2002.
3. Les attestations de salaires annuelles déclarent, pour l'année 2000, quatre personnes salariées au mois de janvier ; trois personnes ont été engagées au printemps, deux personnes supplémentaires au mois d'octobre et trois personnes supplémentaire au mois de décembre 2000. La masse salariale s'est montée à quelque 340'000 fr. pour l'an 2000. Pour l'année 2001, 11 salariés sont annoncés au mois de janvier ; deux démissions et deux licenciements auront lieu au cours d'année, un engagement au mois de mai, un engagement au mois d'août, un engagement au mois d'octobre, un au mois de novembre, deux au mois de décembre, de sorte que la société a employé 13 personnes salariées en tout dans l'année. La masse salariale s'est montée à quelque 572'000 fr. pour l'an 2001. Pour l'année 2002, 10 salariés sont annoncés en janvier, quatre à la fin du mois de juin, les autres ayant été licenciés pour la fin janvier, fin février et fin mai 2002. La masse salariale s'est montée à quelque 160'000 fr. pour cette dernière année. Les recourants ne figurent pas comme salariés sur les attestations de salaires annuelles.
4. La société a été déclarée en faillite par jugement du Tribunal de première instance du 10 juin 2002. L'état de collocation, comprenant une créance de la caisse en deuxième classe de 40'200 fr., a été publié dans la feuille d'avis officielle le 13 octobre 2004.
5. En date du 29 novembre 2005, la Caisse a notifié une décision en réparation du dommage aux deux recourants, pour la somme de 4'192 fr. 30 et 29'403 fr. 75 correspondant aux cotisations dues par le siège et la succursale pour la période de

décembre 2001, janvier à mai 2002, ainsi qu'un complément 2001 et un solde de frais pour la période d'août et septembre 2001. Les intéressés ont fait opposition à cette décision, dans les délais légaux.

6. Par décision sur opposition du 26 février 2007, la caisse a rejeté les oppositions des recourants, considérant, en substance, qu'ils n'ont pas pris les mesures nécessaires pour que les cotisations soient payées en même temps que les salaires. En particulier, la masse salariale a beaucoup évolué entre l'an 2000 et 2001, de sorte que les factures mensuelles pour cette deuxième année n'étaient pas proportionnelles à la masse salariale et que lorsque le complément de cotisations a été réclamé à la société, en mars 2002, celle-ci n'était plus en mesure de régler la facture. Les organes se devaient, pour l'un d'informer la caisse de l'augmentation de la masse salariale à temps pour éviter le dommage qui précisément a été causé à la faillite de la société, pour l'autre de surveiller que l'information y relative soit donnée à la caisse.
7. Par acte du 16 mars 2007, le directeur a interjeté recours contre cette décision par-devant le Tribunal de céans, concluant implicitement à ce qu'elle soit annulée et qu'il soit dit qu'il n'est pas débiteur des montants réclamés. Il explique que la société était au bénéfice d'une franchise de Y_____ en France depuis 1988 et devait développer cette franchise en Suisse pour le compte d'un investisseur, M. G_____. Or, ce dernier s'est soudain désintéressé de la société dans le courant de l'année 2001. De graves difficultés s'en sont suivies, et il a lui-même été obligé de démissionner, ce qu'il a fait au mois de mars 2002 pour la fin du mois de mai 2002. Il a toujours tenu la comptabilité avec exactitude et de façon scrupuleuse. Les pièces comptables sont en main de l'administrateur.
8. Par acte daté du 26 mars 2007 mais reçu le 11 avril 2007, adressé à l'ancienne commission cantonale de recours, l'administrateur a interjeté recours contre cette décision, concluant au rejet de la demande de mainlevée. Il conteste avoir commis une négligence grave. Il explique qu'un procès était en cours avec la société Z_____ SA, dont les créanciers ont attaqué la société et l'ont ainsi mise en péril à la fin de l'année 2001. À la fin du premier trimestre 2002, les partenaires ont décidé de renoncer aux nombreuses démarches d'assainissement mises en place, tels que diminution du personnel, et recherche de nouveaux investisseurs. Il n'est pas exigible d'un conseil d'administration qu'il licencie massivement le personnel dès l'apparition des premières difficultés, en l'espèce à la fin 2001, ou qu'il renonce à vendre les centres en exploitation ; une analyse a posteriori est aisée.
9. Par ordonnance du 30 avril 2007, les deux recours ont été joints sous la même cause.
10. Dans sa réponse du 8 mai 2007, la caisse indique maintenir ses décisions, et conclut au rejet des recours, préalablement à l'irrecevabilité du recours de l'administrateur

pour cause de tardiveté, la décision litigieuse ayant été retirée, selon un avis postal que produit la caisse, le 28 février 2007. S'agissant du directeur, elle maintient que le sauvetage de la société aurait dû être mis en place plutôt. Elle relève que la société versait une redevance à une autre société (XX_____ SARL) également gérée par le directeur, selon contrats de gestion du 22 juillet 1998, et du 1er octobre 2000, pour les sommes respectives de 6'000 fr. et 12'000 fr. par mois. Elle s'interroge sur la question de savoir si cette redevance a été payée et jusqu'à quand.

11. Une première audience de comparution personnelle des parties s'est tenue le 3 juillet 2007, à laquelle l'administrateur était absent mais excusé. À cette occasion, les parties ont déclaré ce qui suit :

"Monsieur E _____ : Je signale une erreur qui a eu lieu selon moi dès l'origine, c'est que des cotisations sociales ont été réclamées pour le siège où il n'y avait aucun salarié. Elles ont été réclamées pour Monsieur H _____, qui est un mécanicien qui était actif dans une des succursales. De mon point de vue, les 4'192 fr. 30 réclamés pour le siège ne sont donc pas dus.

Madame SASSÒLI : Nous avons réclamé des cotisations pour le siège sur la base de déclarations de Monsieur F _____, en tout cas Monsieur H _____ n'a pas été déclaré deux fois, mais je vérifierai ce qu'il en est pour la prochaine audience.

Monsieur E _____ : J'explique que j'étais franchisé pour Y _____ en France, je gérais plusieurs centres. Un investisseur s'est montré intéressé à développer cette activité en Suisse, Monsieur G _____; nous nous sommes mis d'accord et c'est là que nous avons constitué la société X _____ SERVICES SA. J'en suis devenu le directeur. Monsieur F _____, expert comptable de formation, travaillait dans la fiduciaire qui s'occupait de notre société et c'est lui qui gérait nos dossiers. Il a ensuite quitté la société pour ouvrir son propre cabinet; il est resté notre expert comptable et en 1999, est devenu administrateur de la société. C'est moi-même qui m'occupais de la comptabilité de la société et des rapports avec la caisse. La société a ouvert d'abord un centre à Crissier, puis un deuxième centre dans la ville Lausanne, puis un troisième centre à Conthey, ceci dans les deux ans de sa création.

En résumé, j'explique que monsieur G _____ était un homme extrêmement fortuné et que nous avons convenu ensemble d'un projet ambitieux contenant une dizaine de projets, tous avalisés par Monsieur G _____. Au début, il a bien sûr mis beaucoup de capitaux, mais ensuite, lorsque je concrétisais nos projets par la location de baux par exemple, ça ne suivait pas. Chacun desdits projets réclamait entre 500'000 fr. et 1'000'000 fr. d'investissement. Nous avons par exemple obtenu un accord avec la YY _____, en particulier son centre de BALEXERT et lorsqu'il s'est agi de payer les 500'000 fr. prévus, je n'ai reçu de la part de Monsieur G _____ que 300'000 fr. et plus tard que prévu, de sorte que le projet m'est passé

sous le nez. Je devais sans cesse tenter de le joindre et le relancer. A un certain moment, il s'est désintéressé du projet, rendant les choses très difficiles. Lorsque je me suis rendu compte de ce désintéret, j'ai eu l'idée de faire reprendre la société par Y_____ France. Un déjeuner de travail a eu lieu mi 2001 et un accord était pressenti. Toutefois, en raison d'une mésentente entre Monsieur G_____ et l'avocat de Y_____, l'affaire ne s'est pas conclue comme cela était prévu lors d'une convention au Maroc deux-trois mois plus tard.

A mon avis, en sa qualité d'expert comptable, inscrit au registre du commerce comme administrateur, Monsieur F_____ a dû se couvrir auprès de Monsieur G_____, je ne vois pas qu'il ait accepté de se mettre personnellement en péril. J'ai essayé de joindre Monsieur F_____ à Anières où il a son cabinet et où il avait son domicile, je suis tombé sur une collaboratrice, mais je n'ai pas pu joindre Monsieur F_____ et j'ignorais qu'il habitait maintenant en Espagne.

Je n'ai jamais été salarié de la société, c'est ma société de gestion XX_____ Sàrl qui percevait les honoraires relatifs à mon activité à X_____ SERVICES SA.

A part les trois centres susmentionnés, nous avons encore des engagements pour l'ouverture de trois centres en tout cas, l'un à Morges, l'un également au centre de Lausanne. Ni l'un ni l'autre n'a pu être réalisé. Cela a engendré des frais administratifs, de notaires, de loyers payés à vide.

Vous me parlez d'un procès d'une société Z_____ SA. J'explique que nous avons eu un projet d'acquisition immobilière à Yverdon ou Payernes, il s'agissait de racheter un garage et une partie d'immeuble. La société Z_____ SA était une structure juridique qui devait se porter acquéreur de cet immeuble pour le compte de Monsieur G_____. Un compromis de vente avait été signé par devant notaire. Monsieur G_____ n'ayant pas rempli ses engagements, la vente n'a pas eu lieu. Il est dès lors possible qu'un procès s'en soit suivi, mais j'en ignore les tenants et aboutissants.

Madame SASSÒLI: Je n'ai pas de nouvelles de l'Office des faillites.

Monsieur E _____: A mon souvenir, la société devait des royalties aux franchiseurs, Y_____ Europe, il s'agissait du 5% du chiffre d'affaire. La société XXX_____ SA est le cabinet de Monsieur F_____.

Je ne suis pas en mesure de vous dire si j'ai touché mes honoraires jusqu'à la fin. Je vérifierai ce point et vous tiendrai au courant.

Madame SASSÒLI: J'explique que vérification faite, Monsieur H_____ Raphaël a été annoncé en juin 2002 par Monsieur F_____ sur le numéro

d'affilié du siège. Par conséquent, nous avons extourné celui-ci de la succursale le 2 juillet 2002 (annexe pièce 13 bis).

Monsieur E : Il serait utile de voir où en était la faillite; il y avait des actifs, en particulier l'outillage des différents centres ».

Sur quoi, il a été convenu d'accorder un délai au 28 août 2007 à Monsieur F_____ pour se déterminer sur le procès-verbal d'audience et produire toutes pièces utiles, et un délai au 28 août 2007 à Monsieur E_____ pour communiquer la date du dernier versement des honoraires versés par X_____ SERVICES SA et s'il couvrait la totalité des honoraires dus. Le Tribunal devait en outre s'enquérir de l'état de la faillite auprès de l'OPF, la suite de la procédure étant réservée.

12. Par courrier du 4 juillet 2007, le directeur a informé le Tribunal que les derniers honoraires qui ont été versés, à hauteur de 4'000 fr., l'ont été le 8 mars 2002. Le solde dû à cette date était de 12'715 fr. 90.
13. Par courrier du 10 juillet 2007, LA POSTE, a répondu, sur question du Tribunal, qu'un envoi recommandé daté du 4 avril 2007, adressé à la caisse cantonale genevoise de compensation, comprenait un autre pli recommandé, dont il est vraisemblable qu'il ait transité par deux offices postaux entre le 29 mars et le 3 avril 2007.
14. Par courrier du 13 août 2007, l'office des faillites a répondu que la faillite de la société était en cours de liquidation, de même que l'établissement du tableau de distribution, aucun dividende n'étant prévu pour les créanciers.
15. Par écriture du 14 août 2007, l'administrateur a fait valoir que la comptabilité et la gestion des salaires a été confiée dès l'origine et jusqu'à l'entrée en liquidation de la société au directeur et/ou à sa société de services, par le biais de laquelle il a été régulièrement rémunéré par la société, à hauteur d'environ 100'000 fr. suisses par an. La comptabilité des exercices 1997 à 2001 est en possession de l'Office des faillites. Le directeur a également assuré la gestion du personnel, la direction des centres d'exploitation et les participations détenues par le groupe. Il a pour sa part réglé la part pénale.
16. Une deuxième audience de comparution personnelle des parties s'est tenue le 23 octobre 2007, en présence de l'administrateur, le directeur étant excusé. Les parties ont déclaré que ce qui suit:

«Monsieur F : La société X_____ tire son nom de MM G_____ et E_____. Je suis entré en contact avec M. G_____ par l'entremise de la fiduciaire dans laquelle je travaillais et qui était organe de contrôle de la société, la fiduciaire G_____ était effectivement très aisé et il a libéré le capital de départ avec facilité. Pour moi, la principale difficulté est survenue lorsque la société

Z_____, juridiquement indépendante de X_____ et qui s'était engagé à se porter acquéreur d'un immeuble pour le compte de M. G_____, a décliné son engagement. Le vendeur a essayé de se faire régler par Z_____ qui a refusé, et s'en est pris alors à X_____ qui n'était pas redevable de cet argent, n'ayant rien à voir dans cette transaction. Or, le vendeur a fait notifier un commandement de payer à X_____, qui était alors domiciliée auprès de la fiduciaire. Cependant, j'avais moi-même quitté la fiduciaire en août 2001. Normalement, Monsieur Bruno E_____ passait une fois par semaine chercher le courrier, il n'y avait donc pas de problèmes. Ce qui s'est produit c'est que la fiduciaire a reçu et accepté le commandement de payer sans y faire opposition et sans nous le transmettre. Notre opposition tardive a été rejetée en mars 2002. J'ignore si c'est ce vendeur qui est à l'origine de notre faillite.

Jusqu'alors, M. G_____ assumait son engagement même s'il avait parfois un peu de retard dans les paiements vu ses très nombreux déplacements à l'étranger. Dès le mois de mars-avril 2002, Monsieur Bruno E_____ a été aux abonnés absents, c'est vrai qu'il avait démissionné mais pour la fin du mois de mai, il devait donc continuer de s'occuper du personnel, des salaires et de la comptabilité, ce qu'il n'a pas fait. Dès le mois de mars 2002, nous avons cherché un repreneur, tous y avaient intérêt, notamment Y_____ France et M. G_____. Nous avons rencontré successivement plusieurs repreneurs potentiels, en particulier le 25 mars 2002, au NOVOTEL, le 8 avril 2002 nous avons rencontré la société ZZZ_____ implantée en Allemagne, le 5 mai 2002 nous avons rencontré un nouvel intéressé qui s'est finalement porté acquéreur des centres Y_____ auprès de l'office des faillites pour une bouchée de pain. Le 15 mai 2002 nous avons encore eu un éventuel repreneur proposé par Y_____ France. A partir de là, je n'ai plu jamais pu contacter M. G_____. Encore en avril 2002, il nous avait indiqué qu'il souhaitait terminer proprement cette affaire et régler toutes les dettes de la société. Le 9 avril, je lui adressais la liste des paiements urgents. Je produis l'ensemble des documents en ma possession établissant ces faits.

Pour ma part, j'ai fais en sorte de régler les salaires impayés. Je n'ai pas été payé par X_____ pour ma fonction d'administrateur depuis août 1999, je mettais mes honoraires en compte, les premières années il s'agissait des honoraires annuels de 5'000 fr.- mais les derniers mois, j'ai travaillé à plein temps car j'ai dû remplacer Monsieur E_____.

Il est vrai que nous n'avons pas annoncé les modifications de personnel immédiatement à la caisse comme cela ressort du dossier mais les derniers mois, nous étions essentiellement occupés à la recherche d'un repreneur.

Je rappelle que le projet était d'envergure puisqu'il prévoyait la création d'une vingtaine de centres Y_____ en Suisse et qu'il s'agissait d'une licence

exclusive pour la Suisse, les investisseurs savaient qu'une durée de 3 à 5 ans était nécessaire avant tout retour sur investissement. Vous reprenez l'évolution de l'engagement des salariés selon nos déclarations, on voit bien qu'il s'agit d'une évolution progressive. S'agissant de l'année 2002, les premiers contrats qui se sont achevés en janvier-février et mars 2002 n'étaient pas liés aux difficultés de la société mais à des départs naturels. Ce n'est qu'au printemps 2002, en l'absence de tout repreneur, qu'il a été décidé de licencier le personnel. Sur question je confirme que jusqu'alors, les centres existants fonctionnaient normalement et ne justifiaient pas de licenciements.

Mme Beatrix SASSÒLI : Je rappelle que l'impayé comportait notamment un complément de cotisations pour 2001 qui était de l'ordre de 40'000 fr. et qui se monte aujourd'hui à 15'000 fr. compte tenu du paiement de la part pénale par Monsieur F_____. J'observe en outre que les cotisations des mois de janvier à mai n'ont pas été payées à l'exception des parts pénales qui ont été réglées en novembre 2002. Pour janvier à mai, la société n'a donc pas fait de versements alors qu'elle réglait mensuellement ses cotisations et de façon régulière jusqu'au mois de novembre 2001 compris.

Monsieur F_____ : J'ignore la raison précise de ce non-paiement, à l'époque Monsieur E_____ était encore à la direction, il faudrait lui poser la question, mais c'est vraisemblablement dû à l'attente d'un apport de fonds des investisseurs. C'est cette raison également qui avait causé un retard dans le versement des cotisations 2001. Je rappelle toutefois qu'en 2001 il y avait 6 centres en projet pour 110'000 fr. de frais encourus pour la mise en place des projets, la société suivait donc le droit fil du développement envisagé à l'origine. Sur question j'indique ignorer aujourd'hui à quand remonte le dernier versement de M. G_____, je vérifierai auprès de l'Office des faillites.

Vu l'attitude générale de M. G_____, je n'avais aucune raison de m'inquiéter, je n'ai donc pas demandé de garanties. Des documents que j'ai produits il ressort que la commination de faillite date du 6 décembre 2001 et ne nous a pas été transmise non plus; elle émane bien du vendeur en tractation avec Z_____. La publication de l'inscription du changement d'adresse date elle du 20 décembre 2001. Sur question, j'explique ne pas me souvenir d'avoir eu une conversation avec Monsieur Bruno E_____ concernant sa démission.

Mme Beatrix SASSÒLI : L'Office des faillites vient de nous confirmer que nous n'aurons pas de dividende.

Sur quoi, de nouveaux délais ont été accordés aux parties pour produire toutes pièces utiles.

17. Par fax du 5 novembre 2007, l'administrateur a indiqué que M. G_____ avait versé la somme de 450'000 fr. pendant l'exercice 2001.
18. Par courrier du 27 décembre 2007, le directeur a confirmé ce chiffre en mentionnant des versements du 7 mars, 6 avril, 27 juillet et 12 septembre 2001. Il réitère avoir lui-même beaucoup peiné pour contacter l'investisseur et n'avoir démissionné qu'en désespoir de cause, constatant que ses démarches étaient vaines.
19. Par courrier du 14 janvier 2008, le Tribunal a informé les parties que l'instruction du dossier était terminée. Un délai au 10 février 2008 a été accordé à la caisse pour ses écritures.
20. En date du 5 février 2008, la caisse a indiqué avoir réexaminé ce dossier, à la lumière des nouvelles pièces produites. Les raisons de l'arrêt brusque des paiements à la caisse ne sont pas claires. De plus la société a peut-être été poursuivie à tort par la société Z_____, mais elle devait bien des dommages et intérêts puisqu'elle n'a pas formé opposition dans les délais. Par ailleurs, le directeur a reçu un dernier paiement en mars 2002, ce qui signifie que des salaires et d'autres services ont encore été payés alors que les cotisations sociales ne l'étaient plus depuis le mois de décembre 2001. Les difficultés de la société ne sont d'ailleurs pas nouvelles puisque les administrateurs ont démissionné les uns après les autres, au dire même du directeur, courant 1999. La caisse persiste donc dans sa décision, considérant que les deux recourants ont commis une négligence grave en ne donnant pas la priorité au paiement des cotisations sociales et en n'ayant pas informé la caisse de l'augmentation importante de la masse salariale durant l'année 2001.
21. Un délai a été fixé aux recourants au 17 mars 2008 pour d'éventuelles écritures. Le directeur s'est déterminé par courrier du 21 février 2008. Il relève que sa société a cessé de facturer ses honoraires à la fin du mois de janvier 2002, d'où un manque à gagner de 24'000 fr. jusqu'au mois de mars 2002, ou de 48'000 fr. si l'on retient comme date butoir celle du mois de mai 2002. Il ne pouvait, pour sa part, pas prendre la décision de déposer le bilan, n'étant pas actionnaire de la société et ne pouvant plus communiquer avec lui. Il a dès lors démissionné, puisqu'il était dans l'impossibilité de remplir sa mission. L'absence des pièces comptables l'empêche, cela étant, de défendre certains points de façon plus précise. Par ailleurs la caisse n'a jamais rectifié l'erreur consistant à retenir un salaire de mécanicien pour le siège social. Des solutions ont été recherchées, à temps, ce que la correspondance produite atteste.
22. L'administrateur, pour sa part, n'a pas déposé d'écriture. Sur quoi, la cause a été gardée à juger le 27 mars 2008.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V 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 prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS).

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

2. La LPGA est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'article 52 LAVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur y est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les articles 81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (ci-après : RAVS) ont été abrogés. La LPGA s'appliquera au cas d'espèce, de même que les nouvelles dispositions en vigueur, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminant se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). In casu, la connaissance du dommage et toute la procédure qui a suivi sont postérieures au 1^{er} janvier 2003, la décision à l'origine du litige datant du 29 novembre 2005, de sorte que les dispositions légales seront citées dans leur nouvelle teneur.
3. a) L'ancien art. 82 al. 1 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. La question est désormais réglée par l'art. 52 al. 3 LAVS. Selon cette disposition, 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. Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (FF 1994 V p. 964 sv., 1999 p. 4422, cité in ATFA du 30 novembre 2004 en la cause H 96/03).

Le 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 (cf. ATF 116 V 75, consid. 3b ; 113 V 181, consid. 2 ; 112 V 8, consid. 4d ; RCC 1983, p. 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, deuxième édition page 112), d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

Selon la jurisprudence, le dommage est réputé survenu lorsque les cotisations dues ne peuvent plus être perçues, pour des motifs juridiques ou de fait (cf. RCC 1983, p. 477 ; RCC 1988, p. 137). Lorsque les cotisations demeurent impayées en raison de l'insolvabilité de l'employeur (personne morale), le dommage est réputé survenu au moment où les créances de cotisations sont irrécouvrables, c'est-à-dire au moment où, eu égard à l'insolvabilité de l'employeur, les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire. (cf. MAURER : Schweizerisches Sozialversicherungschreit, volume II, p. 69).

Ainsi, eu égard au principe de la subsidiarité de la responsabilité des organes de la personne morale, une caisse de compensation ne peut invoquer la réparation d'un dommage à l'encontre de ceux-ci que lorsque le débiteur des cotisations arriérées se trouve dans l'impossibilité, en raison de son insolvabilité, de verser les cotisations à sa charge. Dans le cas d'une faillite, le dommage est réputé suffisamment connu lors du dépôt de l'état de collocation (cf. VSI 1993 p. 110 ; ATF 119 V 92).

b) En l'espèce, l'état de collocation a été publié le 13 octobre 2004. C'est donc à ce moment que la caisse a eu connaissance du fait qu'elle allait subir un dommage, fait confirmé depuis puisque l'Office des faillites a indiqué qu'aucun dividende ne serait versé aux créanciers. La décision en réparation du dommage, notifiée le 29 novembre 2005, est par conséquent intervenue dans le délai péremptoire de deux ans prescrit par l'art. 52 al. 3 LAVS.

Par ailleurs, les oppositions comme les recours ont été déposés dans les délais légaux. Les recours sont dès lors recevables par la forme (art. 52 LAVS et 60 al. 1 LPGa). On relèvera à propos du recours de l'administrateur qu'il a été envoyé certes à une mauvaise adresse mais dans les délais légaux puisqu'il l'a été à la fin du mois de mars 2007 (la décision sur opposition a été reçue le 28 février), et a transité jusqu'au 3 avril 2007 entre deux offices postaux puis a été envoyé par recommandé le 4 avril 2007 à la caisse cantonale genevoise de compensation qui la elle-même acheminée au Tribunal de céans.

4. a) Aux termes de l'art. 52 al. 1^{er} LAVS, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation. Il sied de rappeler que cet article est une disposition spéciale (RCC 1989, p. 117).

La nouvelle teneur de l'art. 52 al. 1^{er} LAVS en vigueur depuis le 1^{er} 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 quand aux conditions de la responsabilité de l'employeur (ATF 129 13 sv. consid. 3.5). Le TF a ainsi déjà affirmé que l'on ne pouvait inférer ni du message du Conseil fédéral concernant la 11^{ème} 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) En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse, pour la somme de 4'192 fr. 30 et 29'403 fr. 75 correspondant aux cotisations dues par la société pour la période de décembre 2001, janvier à mai 2002, ainsi qu'un complément 2001 et un solde de frais pour la période d'août et septembre 2001. Le dommage total est donc de 33'596 fr. 05 (4'192 fr. 30 + 29'403 fr. 75). L'instruction a permis d'établir que le siège n'avait pas de salariés et que le salaire annoncé à tort pour le siège n'a pas été compté deux fois par la caisse.

5. a) L'art. 14 al. 1^{er} 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 TFA 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).

b) 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 (No 6003 des directives de l'Office fédéral des assurances sociales sur la perception des cotisations, ci-après : DP; ATF 114 V 79, consid. 3; 113 V 256, consid. 3c; RCC 1988, p. 136, consid. 3c; ATF 111 V 173, RCC 1985, p. 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 (no 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le TFA s'est toujours référé à l'art. 754 al. 1er CO, en corrélation avec l'art. 759 al 1er 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'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 du 21 avril 1988 en la cause A; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., p. 209 et ss).

c) Dans le cas d'espèce, M. F _____, ancien administrateur inscrit au RC, est à l'évidence un organe au sens des règles susmentionnées. Tel est également le cas de M. E _____, inscrit en qualité de directeur, qui était organe de fait de la société. L'instruction a en effet permis d'établir qu'il dirigeait celle-ci comme la sienne propre et était à même de prendre toutes les décisions relatives à sa gestion. Il ne conteste d'ailleurs pas sa qualité d'organe.

6. a) Reste à examiner si ces deux organes doivent être tenus pour responsable du dommage subi par la caisse.

b) 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'assurance-vieillesse et survivants (RCC 1978, p. 259; RCC 1972, p. 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 (ATFA du 28 juin 1982, RCC 1983, p. 101). 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-e. 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). 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. 2a et p. 648, consid. 3b).

On rappellera que celui qui entre dans le conseil d'administration d'une société a le devoir de veiller tant au versement des cotisations courantes qu'à l'acquittement des cotisations arriérées, pour une période pendant laquelle il n'était pas encore administrateur. En règle générale, un administrateur répond solidairement de tout le dommage subi par la caisse de compensation en cas de faillite de la société

(RCC 1992 p. 262, 268 sv. consid. 7b), à l'exception du cas dans lequel la société était déjà surendettée au moment où l'administrateur est entré en fonction. Par ailleurs, si les membres du conseil d'administration qui ne sont pas chargés de la gestion ne sont certes pas tenus de surveiller chaque affaire des personnes chargées de la gestion et de la représentation mais peuvent se limiter au contrôle de la direction et de la marche des affaires, ils doivent cependant, entre autres obligations, se mettre régulièrement au courant de la marche des affaires, exiger des rapports et les étudier minutieusement et, au besoin, demander des renseignements complémentaires et essayer de tirer au clair d'éventuelles erreurs (ATF 114 V 223 consid. 4a ; ATF non publié H 265/02 du 3 juillet 2003). Constitue une faute grave le fait d'accepter et de conserver un mandat d'administrateur sans exercer les pouvoirs et les devoirs qui sont attachés à cette charge, ou sans pouvoir la remplir consciencieusement, car dans un tel cas il doit démissionner (cf. ATF 122 III 200). S'accommoder, par passivité, du non-paiement des cotisations est constitutif d'une négligence grave (RCC 1989 p. 114). Enfin, lorsque les administrateurs sauvegardent leurs intérêts alors qu'aucune perspective d'assainissement n'est envisageable ni envisagée, leur responsabilité doit s'apprécier avec une extrême rigueur (cf. ATF 113 II 57). On peut, en effet, attendre des administrateurs propriétaires de l'entreprise qu'ils revoient à tout le moins la baisse leur rémunération à partir du moment où la mise en liquidation de la société est envisagée et que des dettes importantes de cotisation existent (cf. ATF non publié du 6 février 2006, cause H 174/05).

Dans certaines circonstances, un employeur peut causer intentionnellement un préjudice sans être dans l'obligation de le réparer, lorsqu'il retarde le paiement des cotisations pour maintenir son entreprise en vie, lors d'une passe de trésorerie difficile. Mais il faut alors 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 p. 261 et jurisprudences citées; ATFA 277/01 du 29 août 2002 consid. 2 ; ATF 108 V 188).

7. c) En l'espèce, les cotisations sociales ont été très régulièrement versées jusqu'au mois de novembre 2001 compris, les derniers mois avec un délai de trois mois. Les cotisations sont restées impayées depuis le mois de décembre 2001 jusqu'au mois de mai 2002, derniers mois d'activité de la société avant sa faillite le 10 juin. La période du non-paiement des cotisations est par conséquent relativement courte.

La caisse reproche essentiellement aux recourants de ne pas l'avoir immédiatement informée de l'augmentation de la masse salariale, ce qui a selon elle causé le dommage, puisque lorsque la caisse a eu connaissance des salaires versés en 2001 et qu'elle a notifié à un complément de cotisation, la société n'était plus en mesure de s'en acquitter. Il est exact qu'une importante augmentation de la masse salariale aurait dû être communiquée à la caisse en cours d'année. Toutefois, si l'on se réfère aux faits tels que décrits sous chiffre 3), on peut constater que l'augmentation de la masse salariale n'a pas été soudaine, que des changements dans le personnel, en

hausse et en baisse, sont survenus à intervalles plus ou moins réguliers, en tous les cas plusieurs fois par année, et qu'en nombre de salariés la société a passé de quatre personnes en janvier 2000, à 12 personnes au mois de décembre 2000, quatre salariés ayant été engagés au mois de décembre de l'année 2000. En l'an 2001 la société a eu jusqu'à 17 personnes salariées dont deux sont parties en cours d'année. Il en résulte qu'à la production de l'attestation de salaire annuelle 2000, faite au début du mois de février 2001, la caisse aurait pu réajuster le montant des factures de cotisation mensuelle. Par ailleurs, vu les mouvements réguliers de personnel il ne peut être reproché aux recourants de ne pas en avoir informé systématiquement la caisse.

Les difficultés de la société ont commencé avec le désintéressement soudain de l'actionnaire principal, vers le printemps 2001, mais à ce moment-là les cotisations pouvaient encore être payées puisqu'elles l'ont été jusqu'à la fin de l'année. À cela s'est ajouté les poursuites introduites par la société qui sera, finalement, responsable de sa faillite. Un concours de circonstances a fait que la société n'a pas été en mesure de faire opposition à ce commandement de payer. Dès la mi-2001, les recourants ont entrepris de trouver de nouveaux investisseurs. Plusieurs contacts, porteurs d'espoir, ont été concrétisés mais n'ont finalement pas abouti. Il a été envisagé de vendre les centres d'exploitation, démarche rendue difficile puisque la société était franchisée de Y_____ et devait donc obtenir son accord pour la vente. Au moment où ces mesures sont prises, elles apparaissent comme les seules adaptées, et rien ne permet de penser qu'elles seront vaines. Dès que les dernières démarches auprès d'investisseurs ont échoué, en mars 2002, la société a entrepris de licencier le personnel. En raison des délais de congé cela a prolongé l'activité de la société jusqu'à la fin du mois de mai 2002. On peine à voir comment la société aurait pu accélérer ses démarches, et la caisse, qui se contente de l'alléguer, ne donne pas d'indications concrètes à ce sujet.

La caisse allègue également que le fait que le directeur ait touché des honoraires encore au mois de mars 2002 serait de nature à démontrer que la société a privilégié d'autres paiements que celui des cotisations. Cet argument tombe à faux. D'une part l'instruction a permis d'établir que le montant versé au directeur en mars 2002 a été le dernier, d'un montant de 4000 fr., alors que le solde qui lui était dû à cette date était encore de 12'715 fr. Par ailleurs, il ne s'agit pas d'un versement fait à un fournisseur, mais d'un montant d'honoraire correspondant à une partie du salaire du directeur de la société. Lui-même est resté débiteur de celle-ci puisqu'il a cessé de facturer ses honoraires à la fin du mois de janvier 2002. Quant à l'administrateur, il n'a jamais été rémunéré. Les recourants n'ont par conséquent jamais privilégié leurs intérêts, au contraire.

d) Au vu de l'ensemble de ces éléments, le Tribunal considère qu'aucune négligence grave ne peut être reprochée, ni à l'administrateur, ni au directeur. Par conséquent, les recours seront admis, et les décisions en réparation du dommage annulées.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare les recours recevables.

Au fond :

2. Les admet, et annule les décisions du 29 novembre 2005 et décisions sur opposition du 26 février 2007.
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); 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

Yaël BENZ

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