



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1285/1999

ATAS/893/2004

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 4 novembre 2004

3^{ème} Chambre

En la cause

**CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'ASSURANCE
VIEILLESSE ET SURVIVANTS DE LA FEDERATION DES
ENTREPRISES ROMANDES**, 98, rue de Saint-Jean, 1201 Genève

demanderesse

contre

Monsieur J_____

défendeurs

ex-administrateur

Monsieur C_____

ex-administrateur

Monsieur H_____, comparant par Me Hervé CRAUSAZ,
en l'Etude duquel il élit domicile

ex-administrateur-
président

de la société

X_____ (faillie)

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,

Mesdames Juliana BALDE et Doris WANGELER, juges.

EN FAIT

1. La société X_____ SA (ci-après : la société), auparavant dénommée Y_____ SA, a été inscrite au Registre du commerce de Genève (ci-après : RC) le 18 juin 1993, dans le but de reprendre l'activité d'exploitation de la société X_____ SA. La société s'est affiliée à la Caisse interprofessionnelle d'assurance vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux (devenue depuis lors la Caisse interprofessionnelle d'assurance vieillesse et survivants de la Fédération des entreprises romandes [ci-après : la caisse]).
2. Au 31 mai 1993, les comptes de la société X_____ SA accusaient une perte de Fr. 293'468.74 et le rapport de l'organe de révision, établi par M. C_____, indiquait l'existence d'un surendettement dont le juge devait être informé conformément à la loi.
3. En juin 1993, X_____ SA a repris les actifs et les dettes d'X_____ SA. Les actifs étaient estimés à plus de Fr. 620'000.--. Les dettes s'élevaient quant à elles à plus de Fr. 475'000.-- ; les dettes de la société envers le fonds de prévoyance, l'assurance-vieillesse et survivants et l'impôt à la source (plus de Fr. 380'000.--) n'étaient pas concernées par la reprise.
4. M. C_____ a été l'administrateur de X_____ SA du 18 juin 1993 au 15 novembre 1994, date à laquelle M. J_____ l'a remplacé. M. H_____ a été inscrit en tant qu'administrateur président le 30 novembre 1995. M. D_____ a également été administrateur du 20 juillet 1993 au 15 novembre 1994. M. P_____ l'a été dès le 30 novembre 1995. A l'exception de M. P_____, qui disposait d'une signature collective à deux, tous étaient au bénéfice d'une signature individuelle.
5. Dès le mois de janvier 1994, la société a accusé des retards dans le paiement des charges sociales. M. H_____, alors directeur, a pris contact avec la caisse pour négocier des arrangements de paiement.
6. Le 30 juin 1994, la caisse a fixé à la société un ultime délai de 10 jours pour s'acquitter des cotisations dues pour les mois de janvier à avril 1994.
7. Le 8 août 1994, elle a informé Messieurs C_____ et D_____, en leur qualité d'administrateurs de la société, que la situation était grave et qu'une plainte pénale serait déposée si un paiement n'intervenait pas dans les quinze jours.
8. Par courrier du 16 août 1994, la société a répondu à la caisse, sous la plume de MM. H_____ et C_____, que la facture de juillet 1994 serait réglée

dans les délais et que l'arriéré serait remboursé à raison de Fr. 9'739.80 d'ici le 30 août 1999 puis de Fr. 2'200.— par mois jusqu'à extinction du solde.

9. Les échéances prévues n'ayant pas été respectées, la caisse a dénoncé les faits au Procureur général en date du 28 septembre 1994, indiquant que le découvert concernant les cotisations paritaires s'élevait à Fr. 45'815.--.
10. Par télécopie du 7 octobre 1994, la société a informé la caisse qu'elle avait versé le reliquat de la part pénale (Fr. 12'753.65) et lui demandait de bien vouloir retirer sa plainte, ce que la caisse a fait par courrier du même jour.
11. Par courrier du 30 mars 1995, la Fédération des Syndicats Patronaux (FSP) a informé la société qu'elle serait exclue si elle ne régularisait pas sa situation dans un délai fixé au 14 juillet 1995. La FSP a fait valoir qu'il n'était pas acceptable que la société affiche en permanence un solde débiteur obligeant l'institution à recourir systématiquement au service du contentieux.
12. La société a répondu le 10 avril 1995 qu'elle s'engageait à rembourser le reliquat en 24 échéances et que les cotisations futures seraient réglées normalement.
13. Le 9 mai 1995, la caisse a à nouveau fixé un ultime délai de 10 jours à la société avant de dénoncer une soustraction de cotisations (portant sur les mois d'août 1994 et ceux d'octobre 1994 à février 1995) au Procureur général. Au total, le découvert se montait à Fr. 83'652.65 à la fin du mois de mars 1995.
14. Par courrier du 10 mai 1995, la société a demandé à pouvoir bénéficier d'un délai supplémentaire. La caisse a accepté un paiement mensuel de Fr. 6'200.-- jusqu'à extinction de sa créance si les cotisations courantes étaient payées dans les délais légaux.
15. Le 31 juillet 1995, la caisse a avisé la société qu'une plainte serait déposée, faute de paiement dans un délai de trois semaines.
16. Constatant que la société n'avait pas pris les mesures nécessaires pour mettre sa situation à jour, la FSP l'a exclue par courrier du 15 août 1995 et la caisse l'a informée, par courrier du 21 août 1995, que par voie de conséquence, son affiliation ne serait pas maintenue au-delà du 31 décembre 1995.
17. Le 27 septembre 1995, la caisse a en outre déposé plainte pénale contre M. J_____ pour soustractions de cotisations concernant les mois d'août 1994, octobre 1994 à février 1995 et mai à juillet 1995. Les cotisations dues s'élevaient à plus de Fr. 84'000.--.
18. Par courriers des 15 avril, 9 mai et 18 juin 1996, la caisse a fixé des délais de paiement à la société ainsi qu'à MM. J_____ et H_____ pour s'acquitter des cotisations dues pour les mois d'août à décembre 1995.

-
19. Le 26 juin 1996, la faillite de la société a été prononcée par le Tribunal de première instance. Sa dissolution a été inscrite au RC le 18 juillet 1996.
 20. Les arrangements prévus entre les parties n'ayant pas été respectés, la caisse a dénoncé le comportement de MM. H _____ et J _____ au Procureur général le 19 mars 1997.
 21. La production de la caisse dans la faillite a été admise en 2^{ème} classe pour la somme de Fr. 107'759.95. Par courrier du 20 octobre 1998, la caisse a corrigé sa production à la hausse (Fr. 112'273.15).
 22. Par décisions du 1^{er} septembre 1999, la caisse a réclamé à MM. J _____, et H _____ la somme de Fr. 91'910.60 et à M. C _____ la somme de Fr. 16'073.45 à titre de cotisations paritaires impayées.
 23. Par courrier du 10 septembre 1999, M. J _____ a fait opposition à cette décision.
 24. Le 30 septembre 1999, M. C _____ a formé opposition à son tour, alléguant que sa responsabilité était limitée par une convention signée avec M. D _____, administrateur de fait de la société. Il avait été difficile de tenir la comptabilité, de sorte que la connaissance de la situation financière exacte de la société en avait été retardée. Il avait toutefois informé M. H _____ que la situation devait être annoncée au juge en novembre 1994, un mois après la connaissance des résultats. Vu cet état de fait, son mandat d'administrateur avait été révoqué et il avait été définitivement radié du RC en novembre 1994. Ayant pris toutes les dispositions et décisions qui s'imposaient dans un tel cas, il estimait ne pas pouvoir être poursuivi en réparation du dommage.
 25. Le même jour, M. H _____ a également fait opposition à la décision de la caisse, relevant qu'il n'avait été administrateur que pour la période de décembre 1995 à mai 1996. Pour la période antérieure, il ne disposait d'aucun statut pour représenter la société, de sorte que les personnes inscrites pour les périodes considérées devaient assumer leurs responsabilités.
 26. Le 6 octobre 1999, la caisse a déposé une action en mainlevée des oppositions de MM. J _____, C _____ et H _____ devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants. Il ressortait de l'état de collocation de la faillite de la société X _____ SA qu'aucun dividende ne pouvait être versé aux créanciers de 2^{ème} classe dont la caisse faisait partie. Les trois intimés étaient administrateurs de la société faillie et étaient en conséquence tenus à réparation. S'agissant de M. H _____, il était à la tête de la société depuis le printemps 1994 en qualité d'actionnaire et d'organe de fait, de sorte qu'il ne pouvait ignorer les questions touchant à l'arriéré de cotisations sociales, dont un nouvel administrateur répond en principe également. M. J _____ avait fait preuve de négligence grave, alors qu'il connaissait
-

pertinemment la situation financière de la société. Enfin, M. C_____, en sa qualité d'expert fiscal diplômé, se devait d'informer immédiatement le juge de la situation de la société. Pour le surplus, son argument indiquant que la société était dirigée dans les faits par d'autres personnes ne diminuait pas sa responsabilité.

27. Dans sa détermination du 12 novembre 1999, M. C_____ a fait valoir qu'il avait veillé à verser les cotisations dans la limite des liquidités disponibles de la société. Pour le surplus, les cotisations concernant les mois durant lesquels il était administrateur et qui lui étaient réclamées par la caisse avaient été partiellement payées. Enfin, aucune négligence grave ne pouvait lui être reprochée, au vu de son comportement jusqu'à la révocation de son mandat.
28. Par courrier du 23 décembre 1999, M. C_____ a encore invoqué la prescription de la créance.
29. En date du 31 janvier 2000, M. H_____ a indiqué qu'il n'avait eu aucune fonction officielle en 1994 et 1995 et qu'il ne pouvait être employeur. Son intervention au sein de la société s'inscrivait dans le cadre de sa mission de négociateur pour un groupe d'investisseurs. Selon lui, les documents signés par lui ne sauraient engager sa responsabilité, car ils n'observaient pas la forme authentique et si une dette existait, il y avait lieu de la réclamer à MM. C_____, J_____ et D_____.
30. Le 8 juin 2004, le Tribunal cantonal des assurances sociales, à qui la cause avait été transmise le 1^{er} août 2003, a communiqué à la caisse les écritures de MM. C_____ et H_____ et a également communiqué aux défendeurs les pièces qui avaient été produites par la caisse. Les parties étaient invitées à faire valoir leur éventuelles observations complémentaires.
31. Par courrier du 25 juin 2004, la caisse a transmis diverses pièces au Tribunal, notamment un arrêt du Tribunal fédéral du 9 mai 2001 dans la cause C_____ c/Procureur Général du canton de Genève. Selon elle, il apparaissait que M. H_____ était propriétaire de la société, qu'il la dirigeait et la gérât seul depuis le mois de novembre 1994, date à laquelle il avait révoqué le mandat d'administrateur de M. C_____. La caisse maintenait ses prétentions à l'égard de M. H_____, animateur principal de la société et disposant de toutes les signatures nécessaires. Par ailleurs, la caisse a contesté que sa créance en réparation du dommage soit prescrite. S'agissant du montant réclamé à M. C_____, il correspondait au solde de cotisations et accessoires de juillet et août 1994 et était réduit à Fr. 6'468.75. Enfin, la caisse a allégué que M. J_____, nommé administrateur lors de l'assemblée du 9 novembre 1994, était manifestement un homme de paille.
32. Aucun des défendeurs ne s'étant déterminé dans les délais impartis, la cause a été gardée à juger par le Tribunal de céans.

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.

Statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 1er juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (ATF 130 I 226).

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'assurance-vieillesse et survivants (cf. art. 56 V 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 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 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (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. Le cas d'espèce reste 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. a. Aux termes de l'art. 82 al. 1^{er} 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 l'année après qu'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 113 V 181 = RCC 1987, p. 607, ATF 112 V 8, consid. 4 c = RCC 1986, p. 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).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (TFA), la caisse de compensation a connaissance du dommage au moment où elle doit savoir, en usant de l'attention qu'on est en droit d'attendre d'elle, que les circonstances ne lui permettent plus d'exiger le paiement des cotisations, mais peuvent entraîner l'obligation de réparer le dommage (ATF 128 V 17 consid. 2a, 126 V 444 consid. 3a, 452 consid. 2a, 121 III 388 consid. 3b et les références). C'est à ce moment que le délai de péremption d'une année commence à courir.

Le délai de péremption de cinq ans débute en revanche au moment où survient le dommage. Le dommage survient dès que l'on doit admettre que les cotisations dues ne peuvent plus être recouvrées pour des motifs juridiques ou des motifs de fait (ATF 126 V 444 consid. 3a, 121 III 384 consid. 3bb, 388 consid. 3a). Ainsi 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 le jour de la faillite; le jour de la survenance du dommage marque celui de la naissance de la créance en réparation (ATF 123 V 16 consid. 5c) et la date à partir de laquelle court le délai de 5 ans de l'art. 82 al. 1 in fine RAVS (fait dommageable).

La précision apportée à l'ATF 123 V 16 consid. 5c, sur la date à laquelle le dommage est réputé survenir en cas de faillite, n'a pas modifié les règles dégagées par la jurisprudence sur les conditions de l'action en réparation du dommage: le délai de péremption d'une année ne commence à courir qu'à partir du moment où la caisse a ou doit avoir, en usant de l'attention qu'on est en droit d'attendre d'elle, une connaissance suffisante de son dommage.

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 ; 108 V 196 consid. 3a ; VSI 1995, p. 169-170, consid. 2 ; ATF 116 II 161, consid. 4a ; 116 V 75, consid. 3b = RCC 1990, p. 415).

Les termes « en général » signifient que, en principe, la caisse de compensation est en mesure d'estimer suffisamment l'étendue de son dommage au moment du

dépôt de l'état de collocation. Il se peut toutefois que cette estimation ne soit possible que dans une phase ultérieure de la liquidation, par exemple parce que le montant des actifs dépend du produit de la vente de biens immobiliers et que l'administration de la faillite ne peut fournir aucune indication à propos du dividende prévisible (RCC 1992, p. 266, consid. 5c ; NUSSBAUMER, Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS, RCC 1991, p. 406). Inversement, la partie lésée peut exceptionnellement, en raison de circonstances spéciales, acquérir la connaissance nécessaire avant le dépôt de l'état de collocation ; c'est en particulier le cas lorsqu'elle apprend de l'administration de la faillite, à l'occasion d'une assemblée des créanciers, qu'aucun dividende ne pourra être distribué aux créanciers de la caisse. L'existence de telles circonstances ne sera cependant admise qu'avec retenue : de simples rumeurs ou des renseignements provenant de personnes non autorisées ne permettent pas encore de fonder et de motiver une demande en justice (ATF 118 V 196 consid. 3b).

Par ailleurs, s'il faut, à juste titre, se montrer sévère dans l'appréciation de la responsabilité d'un employeur – et, par extension, de celle de ses organes s'il s'agit d'une personne morale – qui occasionne un dommage à la caisse de compensation en n'observant pas, intentionnellement ou par négligence grave, des prescriptions de la LAVS (ATF 114 V 220ss), il faut de même se montrer exigeant à l'égard de l'administration en ce qui concerne le respect des conditions formelles de l'action en responsabilité fondée sur l'art. 52 LAVS (ATF 119 V 96 = VSI 1993 p. 110).

b. En l'espèce, il résulte des pièces du dossier que la faillite de la société a été prononcée le 26 juin 1996. C'est en date du 9 septembre 1998 que la caisse a été informée par un avis de l'office des poursuites et des faillites que l'état de collocation de la faillite était déposé en ses bureaux, que sa production était admise pour la somme de Fr. 107'759.95 et qu'aucun dividende n'était prévu pour les créanciers chirographaires. C'est par conséquent à ce moment-là, eu égard aux montants inventoriés et à l'avis reçu de l'autorité compétente, que la caisse a pu se rendre compte qu'elle subirait incontestablement un dommage. En notifiant ses décisions en réparation du dommage le 1^{er} septembre 1999, elle a donc agi dans le délai péremptoire d'un an prescrit par l'art. 82 al. 1 RAVS.

Les oppositions, formées le 10, respectivement le 30 septembre 1999, sont également intervenues en temps utile et recevables à la forme.

Enfin, la requête en mainlevée déposée le 6 octobre 1999 respecte le délai de 30 jours prescrit par la loi.

S'agissant de la question du délai de prescription absolu de cinq ans à compter du fait dommageable, dont se prévaut l'un des défendeurs (art. 82 al. 2 RAVS), on ne

peut que constater qu'il a été respecté par la caisse, à la lecture de la jurisprudence précitée.

En effet, la décision de réparation du dommage du 1^{er} septembre 1999 a été prise un peu plus de trois ans après le prononcé de la faillite de la société le 26 juin 1996 ; la date de la faillite étant à cet égard déterminante concernant la survenance du fait dommageable. En ce sens, le droit de demander la réparation du dommage n'était donc pas prescrit lors de la prise de décision par la caisse.

Il s'ensuit que tant les oppositions que la requête en mainlevée sont recevables.

5. a. Aux termes de l'art. 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'art. 52 LAVS est une disposition spéciale (RCC 1989 p. 117).

En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse en raison de la faillite de la société, soit Fr. 91'910.60. En effet, la caisse produit à l'appui de sa demande un avis spécial concernant le dépôt du tableau de distribution, lequel l'informe qu'elle ne percevra aucun dividende sur sa créance.

b. L'art. 14 al. 1^{er} LAVS en corrélation avec les art. 34ss RAVS, prescrit l'obligation pour l'employeur de déduire sur chaque salaire la cotisation du salarié et de verser celle-ci à la caisse de compensation avec sa propre cotisation. Les employeurs doivent envoyer aux caisses, périodiquement, les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs salariés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions.

L'obligation de payer les cotisations et de fournir les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances 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 la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 195 ; 111 V 173, consid. 2).

c. 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 (n° 6003 des directives de l'Office fédéral des assurances sociales sur la perception des cotisations [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 (n° 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société

anonyme, le TFA s'est toujours référé à l'art. 754 al. 1^{er} CO, en corrélation avec l'art. 759 al 1^{er} CO. Conformément à ces articles, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle, répondent, à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'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. 209ss).

Ainsi, les critères d'ordre formel ne sont, à eux seuls, pas décisifs et la qualité d'organe s'étend aux personnes qui ont pris des décisions réservées aux organes ou se sont chargées de la gestion proprement dite, participant ainsi de manière déterminante à la formation de la volonté de la société (ATF 119 II 255, 117 II 571 consid. 3, 441 consid. 2b, 114 V 214ss consid. 4). La qualité d'organe est donc réservée aux personnes exécutant leurs obligations au sein de la société ou à l'égard des tiers en vertu de leur propre pouvoir de décision. Le fait qu'une personne est inscrite au registre du commerce avec droit de signature n'est, à lui seul, pas déterminant. La préparation de décisions par une collaboration technique, commerciale ou juridique ne suffit pas à conférer la qualité d'organe au sens matériel. En d'autres termes, la responsabilité liée à la qualité d'organe présuppose que l'intéressé ait eu des compétences allant nettement au-delà d'un travail préparatoire et de la création des bases de décisions, pour se concentrer sur la participation, comme telle, à la formation de la volonté de la société. La responsabilité pour la gestion ne vise ainsi que la direction supérieure de la société, au plus haut niveau de sa hiérarchie (sur ces divers points, voir ATF 117 II 572ss).

d. 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).

-
6. a. En l'espèce, les défendeurs ont tous été inscrits au RC en qualité d'administrateurs, mais pour des périodes différentes. M. C _____ a été inscrit du 18 juin 1993 au 15 novembre 1994, M. J _____ dès le 15 novembre 1994 et M. H _____ dès le 30 novembre 1995. Leur qualité d'organe ne fait donc aucun doute. Reste à examiner s'ils peuvent être tenus responsables pour les cotisations réclamées.

b. En préambule, et pour écarter d'emblée une partie des griefs formulés par certains défendeurs, on relèvera que l'art. 52 LAVS institue une responsabilité solidaire, de sorte que la caisse jouit d'un concours d'actions en cas de pluralité de responsables. Autrement dit, elle peut rechercher tous les débiteurs, quelques-uns ou un seul d'entre eux, à son choix (ATF 119 V 87 consid. 5a, 112 V 262 consid. 2b).

Selon la jurisprudence, le juge des assurances sociales saisi d'une action en réparation du dommage au sens de l'art. 52 LAVS devrait en principe inviter à participer à la procédure, à titre de co-intéressées, les personnes dont la responsabilité solidaire pour le dommage subi par la caisse entre raisonnablement en considération. Il rend à cet effet, d'office ou sur demande, une décision procédurale invitant le tiers intéressé à participer au procès, sauf si celui-ci ne s'est pas vu adresser de décision de réparation du dommage ou si la caisse a renoncé à ouvrir contre lui une action en réparation du dommage. En revanche, devra au besoin être appelé en cause le responsable qui n'a pas fait opposition à la décision en réparation du dommage (ATFA du 3 novembre 2000 en la cause H 134/00).

En l'espèce, le Tribunal peut donc examiner la responsabilité des trois administrateurs que la caisse a décidé de poursuivre, sans qu'il soit nécessaire d'appeler des tiers à la procédure.

c. Les cotisations impayées à la base de la décision en réparation du dommage concernent les mois de juillet à août et octobre à décembre 1994, janvier, février et mai à novembre 1995, ainsi qu'un solde de frais sur la période décembre 1995. Le Tribunal examinera donc successivement la responsabilité des administrateurs concernés, selon leur ordre d'inscription au RC en tant qu'administrateur.

7. Monsieur C _____ a été inscrit du 18 juin 1993 au 15 novembre 1994. La caisse lui réclame la somme de Fr. 16'073.45 à titre de cotisations paritaires dues pour les mois de juillet, août et octobre 1994.

Dans son écriture complémentaire du 25 juin 2004, tenant compte des arguments de ce défendeur, la caisse a réduit sa créance envers ce dernier pour ne plus tenir compte que du solde de cotisations et accessoires pour les mois de juillet et août 1994, soit Fr. 6'468.75.

Le défendeur fait également valoir qu'il a veillé à verser les cotisations dans la limite des liquidités disponibles de la société et que sa responsabilité était limitée

par une convention signée avec M. D_____, administrateur de fait de la société. Par ailleurs, il allègue qu'il a été difficile de tenir la comptabilité, de sorte que la connaissance de la situation financière exacte de la société a été retardée.

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. 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).

En l'occurrence, force est de constater que dès le début de ses fonctions d'administrateur, le défendeur savait que la société se trouvait dans une situation difficile, puisqu'elle avait repris les dettes d'une autre société (que le défendeur connaissait très bien puisqu'il en tenait les comptes) et qu'elle a très rapidement eu des problèmes à s'acquitter des charges sociales. En ce sens, les difficultés financières de la société sont apparues très clairement dès le début de l'année 1994 déjà.

Le défendeur ne peut pas non plus se disculper en affirmant avoir accepté d'assumer la charge d'administrateur dans le seul but de rendre service à une personne ne disposant pas de la nationalité suisse, mais qui exerçait en réalité la fonction d'administrateur de fait. A ce propos, l'art. 716a al. 1 CO (en vigueur depuis le 1er juillet 1992) énumère les attributions intransmissibles et inaliénables des membres du conseil d'administration dont découle notamment le devoir de prendre les mesures appropriées lorsqu'il a ou devrait avoir connaissance d'irrégularités commises dans la gestion de la société. De plus, un administrateur ne peut se libérer de cette responsabilité en se bornant à soutenir qu'il n'a jamais participé à la gestion de l'entreprise, qu'il n'a participé à la fondation de cette dernière qu'à titre fiduciaire ou qu'il n'a jamais perçu de rémunération, car cela constitue déjà en soi un cas de négligence grave. Cela est d'autant plus vrai qu'en raison de sa profession d'expert fiscal diplômé, le défendeur devait se rendre compte que la société ne pouvait plus faire face à ses dettes, cela alors même que la situation financière exacte de la société n'avait pas encore pu être arrêtée. Que l'administrateur ne soit pas en mesure d'exercer ses fonctions, parce que la société est dirigée en fait par d'autres personnes, ou qu'il ait accepté son mandat à titre fiduciaire dans le seul but de permettre au conseil d'administration de satisfaire

aux exigences de l'art. 708 al. 1 CO n'est pas un motif de suppression ou d'atténuation de la faute commise.

Le comportement du recourant, de surcroît, est en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage. En effet, s'il avait correctement exécuté son mandat, il aurait pu veiller au paiement des cotisations sociales, conformément aux obligations légales de la société. Ainsi qu'il le souligne lui-même, la situation de la société aurait dû être annoncée au juge, ce qu'il s'est pourtant abstenu de faire.

La mainlevée de l'opposition de M. C _____ est donc admise à hauteur de 6'468 fr. 75.

8. Monsieur J _____ ne s'est pas déterminé dans le cadre de la présente procédure et n'a également donné aucun argument à sa décharge dans son opposition à la décision de la caisse.

Nommé dès le 15 novembre 1994, il est l'administrateur ayant exercé cette fonction le plus longtemps dans la société, soit jusqu'à sa faillite en juin 1996. La caisse lui réclame la somme de Fr. 91'910.60 à titre de cotisations paritaires dues pour les mois de juillet à août et octobre à décembre 1994, janvier à février et mai à novembre 1995 et un solde de frais sur la période décembre 1995.

En sa qualité d'administrateur de la société faillie, le défendeur devait s'assurer que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés soient effectivement payées à la caisse de compensation, conformément aux obligations légales de la société. Il faut ainsi admettre qu'il a sans conteste violé ses devoirs d'administrateur en exerçant ce mandat sans contrôler l'activité des personnes chargées de la gestion et en ne se souciant pas des relations de la société avec les organes de l'AVS, en dépit d'une situation financière précaire. Il ne ressort du dossier absolument aucune intervention concrète de sa part. Par son comportement, le défendeur a commis une négligence qui, sous l'angle de l'art. 52 LAVS, doit être qualifiée de grave (ATF 112 V 3 consid. 2b).

Sa passivité, de surcroît, est en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage. En effet, s'il avait correctement exécuté son mandat, il aurait pu veiller au paiement des cotisations sociales ou, à tout moins, aurait pu constater que les cotisations étaient impayées et prendre les mesures qui s'imposaient. S'il se trouvait dans l'incapacité de prendre ces mesures en raison de l'opposition des organes qui dirigeaient de fait la société, il devait alors démissionner de ses fonctions ou révoquer les directeurs défaillants (art. 726 al. 1 CO).

La mainlevée de l'opposition de M. J _____ est par conséquent également admise.

9. Monsieur H _____ a été nommé administrateur le 15 décembre 1995. La demanderesse lui réclame également la somme de Fr. 91'910.60 à titre de cotisations paritaires dues pour les mois de juillet à août et octobre à décembre

1994, janvier à février et mai à novembre 1995 et un solde de frais pour décembre 1995.

Selon la jurisprudence, le nouvel administrateur a le devoir de veiller tant au versement des cotisations courantes qu'à l'acquittement des cotisations arriérées, dues pour la période pour laquelle il ne faisait pas encore partie du conseil d'administration, car il y a dans les deux cas un lien de cause à effet entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations (ATF 119 V 407 consid. 4c; RCC 1992 p. 269 ad consid. 7b). Toutefois, la causalité adéquate entre la violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions et la survenance du dommage doit être niée lorsque la société anonyme était déjà insolvable au moment de l'entrée en fonction du nouvel administrateur; en pareille hypothèse, ce dernier ne répond pas du dommage déjà survenu à ce moment (ATF 119 V 406 consid. 4b).

En l'espèce, il est vrai que la société était déjà en état de surendettement au moment où le défendeur en a été nommé administrateur. Toutefois, il ressort des pièces du dossier que le défendeur occupait la position d'organe de fait depuis 1994 déjà. On remarque ainsi que c'est lui qui a négocié, pratiquement seul, des plans de paiement et négocié des délais et échéanciers avec la caisse. Il gère toutes les affaires courantes et signait tous les courriers en tant que directeur de la société. C'est également lui qui a insisté pour ne pas annoncer la situation de surendettement au juge, bien que la situation catastrophique de la société lui ait été connue depuis longtemps. En ce sens, le défendeur ne peut donc se prévaloir du fait que la société était déjà en état de surendettement lorsqu'il a pris ses fonctions d'administrateur pour échapper à sa responsabilité, dans la mesure où il était en réalité organe de fait depuis 1994. C'est à ce titre que sa responsabilité est engagée.

On comprend par ailleurs des courriers qu'il a envoyés à la caisse en 1994 et 1995 qu'il a retenu le paiement de cotisations paritaires pour maintenir son entreprise en vie et favoriser d'autres créanciers, ne voulant pas reconnaître que les difficultés traversées n'étaient pas de simples problèmes de trésorerie et qu'il lui serait vraisemblablement impossible d'en sortir. Il n'invoque pourtant aucune raison sérieuse et objective qui lui aurait permis de penser qu'en différant le paiement des cotisations, il aurait été à même d'assainir la situation.

Le tribunal rappelle que le fait de négocier avec les créanciers ou encore de tabler sur la promesse d'un actionnaire majoritaire, voire sur un hypothétique apport de nouveaux fonds ne sont pas des circonstances qui feraient apparaître comme légitime ou non fautive l'inobservation par un administrateur des prescriptions en matière d'AVS (cf. ATF 108 V 186 consid. 1b, 193 consid. 2b; RCC 1985 p. 603 consid. 2 et 647 consid. 3a).

Le comportement ainsi adopté étant constitutif d'une faute qualifiée, il est propre à entraîner la responsabilité du défendeur.

La demande de mainlevée de l'opposition de M. H _____ est donc admise, pour la totalité de la somme réclamée par la caisse, vu sa qualité d'organe de fait depuis 1994, soit avant la survenance du dommage.

**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 les requêtes de la Caisse interprofessionnelle d'assurance vieillesse et survivants de la Fédération des entreprises romandes visant à obtenir la mainlevée des oppositions formées par Messieurs C _____, J _____ et H _____ contre ses décisions du 1^{er} septembre 1999.

Au fond :

2. Prononce la mainlevée des oppositions formées par Messieurs J _____ et H _____ à concurrence du montant de 91'910 fr. 60;
3. Prononce la mainlevée de l'opposition formée par Monsieur C _____ à concurrence du montant de 6'468 fr. 75 ;
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 qu'elle 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 :

Janine BOFFI

La Présidente :

Karine STECK

Le secrétaire-juriste : Marius HAEMMIG

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