RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1352/2001 **ATAS/527/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

5ème chambre

du 30 juin 2004

En la cause

FER CIAM, rue de Saint-Jean 98, case postale 5278, 1211 GENEVE 11 Demanderesse

contre

Monsieur H_____, comparant par Maître Hervé CRAUSAZ en l'étude duquel il élit domicile. Défendeurs

Monsieur G_____, comparant par Monsieur L_____ en l'étude duquel il élit domicile

Siégeant : Madame Maya CRAMER, Présidente, Mesdames Karine STECK et Isabelle DUBOIS, juges.

EN FAIT

1. Le avril 1984, X_____ SA a été inscrite au registre du commerce. Le 6 février 1996, la raison sociale de cette société a changé et celle-ci a adopté le nom Y_____SA (ci-après : la société). Son but social était désormais la création de programmes informatiques pour tous secteurs confondus, la distribution et la commercialisation de produits informatiques, ainsi que des prestations de services, conseils et formations dans le domaine informatique.

2. A la création d'X_____ SA étaient administrateurs de la société Monsieur S_____ et Madame S_____, avec signature individuelle, ainsi que Monsieur S_____, avec signature collective à deux. Le 8 février 1996, soit après le changement du nom de la société et de son but social, Monsieur B_____ leur a succédé jusqu'au 11 avril 1997, date à laquelle Monsieur G_____ est devenu administrateur avec signature individuelle.

3. L'organe de révision de la société était, du 8 février 1996 au 2 octobre 1997, Z_____ SA. Aucun autre organe de révision n'a été inscrit depuis cette dernière date au registre du commerce.

4. Selon le procès-verbal du 27 octobre 1997 de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de la société, Monsieur G_____ a démissionné de ses fonctions d'administrateur à cette date avec effet immédiat. Ses pouvoirs et fonctions d'administrateur unique ont dès lors été radiés. Aucun administrateur ne s'est présenté pour assumer ce mandat. L'assemblée générale s'est dès lors fixé l'objectif de désigner un administrateur avant le 15 novembre 1997. Il est également constaté dans ce procès-verbal que les actionnaires porteurs d'actions nominatives étaient tous présents ou représentés. Ce procès-verbal est signé par Monsieur G_____ en tant que président, ainsi que Monsieur GN_____, secrétaire ad hoc.

5. Depuis le 27 octobre 1997, la société n'a formellement plus eu d'administrateur. Toutefois, Monsieur G_____ n'a été radié au registre du commerce de cette fonction qu'en date du 12 mars 1998.

6. La société a annoncé du personnel et déclaré des salaires à partir du 1er avril 1997. Dès le départ, elle a rencontré toutefois des difficultés financières, de sorte que la Caisse interprofessionnelle d'assurance-vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux, aujourd'hui Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des entreprises romandes (ci-après : la caisse), a dû procéder à l'exécution forcée de ses créances. Seule la cotisation du mois d'avril 1997, y compris les intérêts et les frais, a été entièrement payée.

7. Le 5 décembre 1997, la société a sollicité un plan de payement.

8. Le 9 janvier 1998, la caisse a contacté Z_____ SA qui lui a alors communiqué qu'elle avait démissionné, dès lors que la société n'avait pas fourni la comptabilité et que l'administrateur avait renvoyé dix fois de suite les rendez-vous fixés.

9. Lors d'un appel téléphonique de la caisse à la société en date du 12 janvier 1998, Monsieur H_____ lui a répondu. Il a alors déclaré ne pas être actionnaire et ne pas connaître l'adresse de Monsieur G_____ (cf. pièce 10 de la caisse).

10. Par lettre du 9 janvier 1998, la caisse a communiqué à Monsieur H_____, en sa qualité d'organe de fait, qu'elle allait être dans l'obligation de le dénoncer au Procureur général, pour avoir soustrait les cotisations des mois d'avril à septembre 1997. Elle lui a accordé un dernier délai au 26 janvier 1997, pour s'acquitter de la dette de la société.

11. Dans sa réponse du 21 janvier 1998, Monsieur H_____ a fait savoir qu'il n'était pas concerné par cette affaire. Il avait proposé ses services à la société « pour tout ce qui a trait à l'administratif » et un mandat lui avait été octroyé jusqu'en octobre 1996. Depuis cette date, il avait toutefois gardé quelques contacts avec les personnes de cette société.

12. Le 9 février 1998, la caisse a accordé à la société le plan de payement sollicité. Celui-ci a toutefois dû être annulé en mai 1998, dès lors que les cotisations courantes n'étaient pas payées en parallèle.

13. Le 8 juin 1998, la caisse a déposé plainte pénale contre Messieurs G_____ et H_____ pour avoir omis de lui verser les cotisations sociales d'un montant de 4'380 fr. 90 afférentes aux mois de juillet 1997 à mars 1998 qui avaient été retenues sur les salaires payés aux employés de la société, ainsi que pour avoir éludé de payer les contributions en matière d'allocations familiales d'un montant de 1'549 fr. 35 pendant la même période. La totalité des cotisations paritaires dues s'élevait alors à 19'918 fr. 75.

14. Par courrier du 17 juin 1998, le Procureur général a communiqué à la caisse que la procédure était classée en ce qui concernait Monsieur G_____, dans la mesure où il était objectivement impossible de contacter ce dernier.

15. Le 26 février 1999, la caisse a dénoncé à nouveau Monsieur H_____ au Procureur général pour avoir retenu sur les salaires versés les cotisations concernant les mois d'avril à décembre 1998 d'un montant de 4'999 fr. 50, sans les avoir transférées à la caisse, et avoir éludé de payer les contributions en matière d'allocations familiales de 1'485 fr. pendant la même période, ainsi que pour ne pas avoir fourni les déclarations de salaire pour les trimestres avril à juin, juillet à septembre et octobre à décembre 1998.

16. Le 1er mars 1999, le Tribunal de première Instance a prononcé la faillite de la société.

17. Par lettre du 27 septembre 1999, Monsieur H_____ a communiqué à la caisse qu'il n'avait été que le représentant de l'un des actionnaires de la société qui avait détenu 50% des actions de celle-ci dont certaines nominatives. Son travail avait consisté à être présent lors des assemblées générales et à en rendre compte à l'actionnaire qu'il avait représenté. Il avait par ailleurs pris contact avec les actionnaires qui lui avaient demandé d'informer la caisse qu'ils allaient être en mesure de payer la somme pénale en souffrance.

18. La part pénale faisant l'objet de la dénonciation du 26 février 1999 de Monsieur H_____ ayant été payée, la procédure pénale concernant ce dernier a été classée. En ce qui concerne la dénonciation du 8 juin 1998, cette procédure a également été classée, mais semble-t-il par erreur, selon une communication téléphonique donnée par le Parquet à la caisse.

19. Par jugement du 30 mai 2000, publié le 14 juin 2000, le Tribunal de première instance a constaté le défaut d'actifs et a prononcé la suspension de la faillite.

20. Par décisions en réparation du dommage du 18 mai 2001, la caisse a réclamé à Monsieur H_____ la somme de 25'907 fr. 50 à titre de cotisations paritaires AVS-AI-APG et chômage, ainsi que de contributions d'allocations familiales, y compris les frais administratifs, intérêts moratoires, frais de poursuite et taxes de sommation, et à Monsieur G_____ la somme de 9'379 fr. 85 au même titre pour la période de mai à septembre 1997.

21. Monsieur H_____, par l'intermédiaire de son conseil, a formé opposition contre cette décision par lettre du 11 juin 2001, reçue le 15 juin 2001. Il y fait valoir qu'il n'était ni administrateur ni directeur de la société et ne disposait d'aucune signature sur les comptes de celle-ci. Il n'était non plus animateur et employeur de fait de la société. C'est uniquement lors de la liquidation de celle-ci, postérieurement à mai 1998, qu'il est intervenu pour le compte des actionnaires.

22. Monsieur G_____ a également fait opposition par courrier du 22 juin 2001, reçu le 25 juin 2001. Il allègue avoir été trompé par Monsieur H_____, lequel l'a sollicité, en tant que ressortissant suisse, pour donner provisoirement « un coup de main » à la société en qualité d'administrateur, le temps d'en trouver un nouveau. M. G_____ n'était alors âgé que de 23 ans, sortait d'un apprentissage et cherchait du travail. A aucun moment, il n'a participé d'une quelconque façon à la gestion de la société

23. Le 13 juillet 2001, la caisse a ouvert action en réparation du dommage contre Messieurs H_____ et G_____ devant la Commission cantonale de recours en matière d'AVS (ci-après : commission de recours AVS) pour le

payement des cotisations paritaires AVS-AI-APG-AC, et devant la Commission cantonale de recours en matière d'allocations familiales (ci-après : commission de recours AF) pour les payements des contributions d'allocations familiales. Dans ses demandes, elle conclut à la levée des oppositions formées par ces derniers. S'agissant de Monsieur G_____, elle fait essentiellement valoir que même s'il semble que celui-ci n'a pas eu conscience de la responsabilité incombant à un administrateur, lorsqu'il a accepté cette fonction, il ne pouvait ignorer que les cotisations n'avaient pas été payées, dans la mesure où tous les commandements de payer lui ont été notifiés et qu'il y a fait systématiquement opposition. Par ailleurs, le fait d'accepter et de conserver un mandat d'administrateur sans exercer les pouvoirs et les devoirs qui sont attachés à cette charge constituait une faute grave, selon la jurisprudence en la matière. Quant à Monsieur H_____, la caisse relève qu'il était l'animateur principal de la société, qu'il la dirigeait et influençait la marche de ses affaires. Dès lors il doit être considéré comme organe de fait de celle-ci, même s'il n'était pas inscrit au registre du commerce. Le fait de ne pas avoir veillé à ce que les cotisations paritaires soient transférées à la caisse devait être considéré dans ces circonstances comme faute grave.

24. Dans sa réponse du 28 septembre 2001, Monsieur H_____ conclut au rejet de la demande. Il fait valoir qu'il n'a jamais été inscrit au registre du commerce et n'a pas non plus été en possession d'une procuration ou d'un pouvoir de la société. Il conteste avoir été un animateur de la société et par conséquent un organe de fait de celle-ci. Il n'était qu'un simple consultant, activité qu'il exerçait aussi dans d'autres sociétés. Ce n'est que dès fin avril 1998, sur requête des actionnaires, qu'il est intervenu en vu de procéder à la liquidation de la société, soit après que Monsieur G_____ a fait inscrire sa démission en qualité d'administrateur au registre du commerce en date du 12 mars 1998. Par ailleurs, il n'a eu connaissance des difficultés de la société que lorsqu'il a reçu de la caisse une menace de dénonciation pénale, soit en mai 1999. Il allègue également, avec certificats médicaux à l'appui, qu'il était en incapacité de travail pour un grave état dépressif depuis le début de l'année 1999 au moins, de sorte qu'il n'était pas en mesure de défendre correctement ses intérêts. Rien n'indiquait qu'il avait la possibilité d'agir pour éviter que le dommage se produise et les seules déclarations de Monsieur G_____ étaient insuffisantes pour prouver le contraire.

25. Dans ses écritures du 20 mars 2002, Monsieur G_____, par l'intermédiaire de son conseil, conclut également au rejet de la demande et, reconventionnellement à ce que Monsieur H_____ soit condamné au payement de l'entier des cotisations d'un montant de 35'287 fr. 35, ainsi qu'au remboursement en ses mains de toute somme qu'il serait amené à payer à titre de dommage. Il conteste en premier lieu le décompte, selon lequel la somme de 9'379 fr. 85 serait due pour la période d'avril à septembre 1997. Selon ses calculs, le dommage ne s'élève qu'à 3'965 fr. 25. Il allègue en outre avoir été sollicité par Monsieur H_____, pour aider provisoirement la société, en acceptant de se faire inscrire en qualité

d'administrateur au registre du commerce de Genève, en attendant que la société trouve un nouvel administrateur. En contrepartie, Monsieur H_____ lui a promis un emploi fixe et bien rémunéré. Par ailleurs, Monsieur G_____ a été tenu dès le départ à l'écart de toutes les décisions prises dans la société, lesquelles étaient adoptées exclusivement par Monsieur H_____. Selon Monsieur G_____ ce dernier disposait par ailleurs de procurations sur les comptes de la société. Monsieur G_____ n'a ainsi jamais administré d'une quelconque manière celle-ci. Il admet toutefois que certains actes de poursuites lui ont été notifiés et qu'il avait reçu pour instructions de la part de Monsieur H_____ de former opposition à tous les commandements de payer. Par la suite, il les transmettait systématiquement à ce dernier, lequel lui assurait de faire le nécessaire pour le payement des cotisations. Monsieur G_____ avait également requis de Monsieur H_____ des justificatifs pour le règlement des créances en souffrance. Ne pouvant les obtenir, il a rapidement démissionné lors de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires de la société du 27 octobre 1997. Il était totalement inexpérimenté et n'avait pas conscience des conséquences de l'acceptation d'un mandat d'administrateur. Il n'avait enfin aucun accès à la comptabilité, de sorte qu'il aurait été dans l'impossibilité d'effectuer un quelconque payement pour les cotisations dues à la caisse. Dans ces conditions, il n'estime ne pas avoir commis de faute grave.

26. La première audience de comparution personnelle fixée pour le 19 novembre 2003 par le Tribunal de céans, auquel les présentes procédures en réparation de dommage ont été transmises à la suite de sa création et de son entrée en fonction en date du 1er août 2003, a été annulée à la demande du conseil de Monsieur G_____, dans la mesure où il devait assister un autre client à une audience à la même date.

27. Les parties ont ensuite été convoquées pour le 11 février 2004. Toutefois, dans la mesure où le conseil de Monsieur H_____ avait informé le Tribunal de céans que son mandant était chargé d'un mandat urgent de révision à Vevey durant la semaine en question et qu'il ne lui était dès lors pas possible de se présenter à l'audience de comparution personnelle, celle-ci a été également annulée.

28. Lors de la comparution personnelle des parties du 24 mars 2004, Monsieur H_____ n'a pas comparu et s'est fait représenter pas son conseil en invoquant un empêchement de dernière minute. Quant à Monsieur G_____, il a déclaré avoir terminé un apprentissage de vendeur, lorsque Monsieur H_____ l'a prié d'entrer provisoirement comme administrateur dans la société. Monsieur G_____ avait accepté ce mandat dès lors qu'il avait espéré l'ouverture d'un magasin d'informatique et qu'il avait été sans emploi à l'époque. Il avait fait la connaissance de Monsieur H_____ par l'intermédiaire de Monsieur F_____. Auparavant, il n'avait pas connu ce premier. Monsieur H_____ s'était occupé exclusivement et entièrement de la gestion de la société. Il lui avait par ailleurs précisé au départ qu'il n'y avait pas beaucoup de

choses à faire en tant qu'administrateur, si ce n'est que de signer des procurations pour des banques. Monsieur G_____ ne s'était rendu que très rarement au siège de la société et il ne connaissait pas les actionnaires. Il supposait toutefois que Monsieur GN_____ et Monsieur H_____ détenait des actions. Lors de l'assemblée générale extraordinaire du 27 octobre 1997, au cours de laquelle il avait démissionné, avaient été présents Monsieur F_____, Monsieur GN_____, Monsieur H_____ et lui-même. Outre les commandements de payer, il n'avait reçu que rarement des courriers pour la société.

Quant au mandataire de Monsieur H_____, il a précisé que son mandant avait été certes en contact avec les actionnaires, à savoir Monsieur F_____ et Monsieur GN_____, mais qu'il n'était intervenu pour la société qu'en tant que consultant.

Quant à l'intimée, elle a précisé qu'elle a eu connaissance du dommage que lors de la suspension de la faillite pour défaut d'actifs. En effet, n'étant pas dans la société, elle n'avait pas eu accès aux comptes.

29. Le 25 mars 2004, le Tribunal de céans a convoqué les parties, ainsi que Messieurs F_____ et GN_____ à une nouvelle audience de comparution personnelle des parties et d'enquêtes pour le 21 avril 2004. Par fax envoyé le 19 avril 2004 à 16h59, Monsieur H_____, par l'intermédiaire de son conseil, a informé le Tribunal de céans qu'il était dans l'impossibilité de comparaître à cette audience et a sollicité le renvoi de celle-ci à une date ultérieure. Le Tribunal de céans n'a pas donné suite à cette demande.

30. A cette audience, Monsieur F_____, entendu en tant que témoin, a déclaré que Monsieur H_____ avait acheté la société X_____ afin de créer Y_____ SA. Au départ, ce dernier était actionnaire unique de la totalité du capital-actions, à travers de la société XX_____ Ltd à Dublin qui était une société fantôme. En décembre 1996, Monsieur GN_____ et lui sont également devenus actionnaires de la société. A l'appui de ses dires, Monsieur F_____ a produit le procès-verbal du 19 décembre 1996 de la délibération des décisions du conseil d'administration de la société et la convention entre actionnaires conclue entre Messieurs F_____ et GN_____, ainsi que XX_____ Ltd. Monsieur F_____ a également produit le contrat relatif à la cession d'actions au porteur du 28 novembre 1997 et un chèque émis le 6 mai 1997 par la société et signée par Monsieur H_____. Celui-ci gérait seul la société et ses comptes et il était le seul à avoir la signature sur ceux-ci. A la connaissance de Monsieur F_____, Monsieur G_____ ne possédait pas la signature ou éventuellement seulement à deux. Monsieur H_____ lui faisait par ailleurs signer que des procurations et attestations standards. Il a en outre confirmé que Monsieur G_____ était entré dans la société par son intermédiaire et qu'il ne lui avait jamais expliqué en quoi consistait le travail d'un

administrateur d'une société anonyme, ce qu'il regrettait aujourd'hui. Monsieur G_____ n'avait en outre jamais travaillé pour la société, mais avait espéré pouvoir le faire comme vendeur dans un futur magasin d'informatique de celle-ci. Monsieur F_____ a également indiqué avoir été engagé en tant que directeur commercial de la société sans avoir une responsabilité dans la gestion administrative, laquelle a été assumée par Monsieur H_____ et sa femme. Il n'avait bénéficié que d'une signature collective à deux. Seul M. H_____ avait eu la signature individuelle. Monsieur F_____ a versé à la procédure également les originaux des deux exemplaires d'un contrat de travail entre lui et la société signés par Monsieur H_____, tout en attirant l'attention sur le fait que les signatures de ce dernier étaient différentes. Enfin, selon ce témoin, Monsieur G_____ n'avait gagné, en tant qu'administrateur, que quelques milliers de francs.

Ce dernier a précisé avoir reçu à titre d'honoraires environ deux mille francs, ainsi qu'un vieil ordinateur qu'il a rendu.

31. Monsieur GN_____, entendu également à titre de témoin, a déclaré avoir été actionnaire de la société et que Monsieur H_____ en avait été l'actionnaire majoritaire. Ce dernier s'était également occupé de la gestion administrative et s'était conduit en tant que chef de la société. C'est Monsieur H_____ lui-même qui avait dit à Monsieur GN_____ qu'il gérait la société à sa manière. Monsieur GN_____ avait eu également des échos de la société par Monsieur F_____, un ami proche, qui avait été malheureux en raison des problèmes que Monsieur H_____ lui avait causés. Monsieur GN_____ avait perdu avec la faillite de la société la somme de 40'000 fr. qu'il avait investie. Il n'avait rencontré Monsieur G_____ que trois fois au maximum et avait alors constaté que celui-ci ignorait tout ce qu'impliquait un mandat d'administrateur. Monsieur H_____ avait vanté à Monsieur G_____ les avantages de cette fonction et lui avait indiqué que la société se portait bien sur un plan financier.

    Enfin, Monsieur GN_____ a admis lors de cette audience avoir mangé avant celle-ci avec Monsieur F_____ et Monsieur G_____, tout en précisant ne pas avoir parlé du dossier de la présente cause lors de ce repas.

32. Dans sa détermination du 10 mai 2004, la caisse fait valoir que Monsieur G_____ est entré au conseil d'administration comme homme de paille, ce qui ne le décharge pas de sa responsabilité d'administrateur. Qu'il ne soit pas en mesure d'exercer ses fonctions parce que la société est dirigée en fait par une autre personne n'est pas un motif de suppression ou d'atténuation de la faute. Quant à Monsieur H_____, la caisse relève qu'il était le véritable gestionnaire de la société, de sorte que sa responsabilité est engagée en tant qu'organe de fait. De surcroît, la caisse souligne que l'absence de ressources financières de la société

n'apparaît pas avoir été passagère, de sorte que Monsieur H_____ ne pouvait pas compter sur celle-ci pour s'acquitter des cotisations dans un délai raisonnable.

33. Dans ses écritures du 10 mai 2004, Monsieur H_____ a persisté dans ses conclusions. Selon lui, il était évident que Messieurs F_____ et GN_____ ont eu des contacts réguliers avec Monsieur G_____ et offert un témoignage de complaisance. De surcroît, il a été choqué par les déclarations de ceux-ci, raison pour laquelle il a déposé plainte pénale à leur encontre. Cela étant, il a conclu, préalablement, à la suspension de la cause jusqu'à droit jugé au pénal. Pour le surplus, il a répété n'avoir été qu'un représentant-consultant des actionnaires majoritaires, à savoir, d'XX_____ Ltd qui avait détenu 60% des actions. Toutefois, dans la mesure où une partie des actions de cette société avait été entre les mains de Monsieur GN_____, à titre de gage, c'était en fait celui-ci qui avait eu la maîtrise effective de la société. Il a contesté qu'XX_____ Ltd était une société fantôme et a produit, à l'appui de ses dires, une copie d'un certificat d'incorporation. Il a également fait valoir que Monsieur F_____ avait assumé un rôle d'administrateur de fait, dès lors qu'il était établi qu'il avait été au bénéfice d'un contrat de travail du 1er février 1996 en qualité de directeur à 100%, puis du 17 avril 1997 au 15 septembre 1997 à 40%. De surcroît, ce contrat de travail avait été signé par l'ancien administrateur Monsieur B_____ et non pas par Monsieur H_____. Concernant le chèque produit par Monsieur F_____ lors de son audition, Monsieur H_____ s'est étonné que ce dernier fût en possession d'un chèque original de la société non encaissé, libellé en faveur de ce dernier. Il s'est dès lors demandé si ce chèque n'avait pas été créé de toute pièce par ce témoin. Il a produit également une procuration générale établie le 1er avril 1996 par Monsieur B_____ en faveur de Monsieur F_____ pour représenter seul la société et signer tous les documents administratifs liés à la gestion courante, document qui permettait également de conclure que celui-ci avait été l'administrateur véritable. Il n'était par ailleurs guère compréhensible qu'une telle procuration avait été établie en faveur d'un employé de la société, si Monsieur H_____ avait été l'administrateur de fait. Il paraissait par ailleurs logique que Monsieur G_____ essayait de faire passer ce dernier comme administrateur et non pas Monsieur F_____, dès lors qu'une amitié le liait à ce dernier.

34. Invité à se déterminer sur la requête en suspension de la cause, Monsieur G_____, par l'intermédiaire de son conseil, s'est opposé à celle-ci et la caisse a fait de même. Celle-ci a par ailleurs relevé que si effectivement certaines déclarations de salaires étaient signées par Monsieur F_____ d'autres l'étaient par Monsieur H_____, à savoir celles de juillet à septembre et octobre à décembre 1997, ainsi que la déclaration annuelle des salaires 1997, la déclaration de salaires janvier à mars 1998 et les courriers du 5 décembre 1997, 15 décembre 1997 et 21 janvier 1998. Ce dernier avait également contre-signé le procès-verbal de l'assemblée générale du 27 octobre 1997.

EN DROIT

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

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

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

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

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

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

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

Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales -LPGA-, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

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

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

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

juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

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

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

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

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

2. Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'AVS (cf. article 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 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'art. 52 LAVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'art. 52 LAVS et les art. 81 et 82 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 citée dans leur ancienne teneur.

4. Aux termes de l'art. 14 al. 1 LPA, lorsque le sort d'une procédure administrative dépend de la solution d'une question de nature civile, pénale ou administrative relevant de la compétence d'une autre autorité faisant l'objet d'une procédure pendante devant ladite autorité, la procédure administrative peut être suspendue jusqu'à droit connu sur ces questions.

   En l'espèce, Monsieur H_____ a déposé plainte pénale contre les témoins entendus dans la présente cause, à savoir Messieurs F_____ et GN_____, dès lors que ceux-ci se seraient concertés avant leur audition avec l'une des parties à la procédure. Il prétend par conséquent qu'il s'agit d'un témoignage de complaisance, soit d'un faux témoignage.

   Toutefois, comme cela ressortira de ce qui suit, les témoignages des Messieurs GN_____ et F_____, ainsi que les pièces dont l'authenticité a été mise en cause ne sont pas forcément nécessaires pour juger la responsabilité de Monsieur H_____. Par conséquent, il n'y a pas lieu de suspendre la procédure. La requête de ce dernier sera dès lors rejetée.

5. Conformément à l'art. 80 al. 3 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS), la caisse de compensation qui maintient sa décision en réparation du dommage doit porter le cas par écrit devant l'autorité de recours compétente dans un délai de trente jours à compter du moment où elle a eu connaissance de l'opposition des parties mises en cause.

   En l'occurrence, la première opposition, à savoir celle de Monsieur H_____, est parvenue à la caisse le 15 juin 2001. Les demandes que celle-ci a déposées le 13 juillet 2001 sont par conséquent recevables.

6. a) Aux termes de l'art. 82 al. 1 RAVS, le droit de demander la réparation d'un dommage se prescrit lorsque la Caisse de compensation ne le fait pas valoir par une décision de réparation du dommage dans l'année après qu'elle a eu connaissance du dommage. 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 (cf. art. 82 al. 2 RAVS).

   Le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a posé le principe qu'une caisse de compensation a « connaissance du dommage » au sens de la disposition précitée, à partir du moment où elle doit reconnaître, en y prêtant l'attention qu'on est en droit d'attendre d'elle et en tenant compte de la pratique, que les circonstances ne lui permettent plus de recouvrer les cotisations, mais pourraient justifier une obligation de réparer le dommage **(**ATF 128 V 12 consid. 5a, 17 consid. 2a, 126 V 451 consid. 2a, 121 III 388 consid. 3b**)**. Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a

« rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer » (cf. FRITSCHE, « Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd. p. 112), d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

Lorsque la liquidation de la faillite a été suspendue faute d'actifs, le moment de la connaissance du dommage au sens de la loi coïncide avec celui auquel la liquidation de la faillite est suspendue pour défaut actifs, selon la jurisprudence constante en la matière (ATF 128 V 10 12 consid. 5a ; QUENET, op. cit., p. 46 ; RCC 1990 p. 305 s).

b) La liquidation de la faillite a été suspendue en l'espèce le 30 mai 2000, à la suite de la constatation de défaut d'actifs. Par conséquent, les décisions en réparation du dommage du 18 mai 2001 de la demanderesse respectent le délai d'un an de l'art. 82 al. 1 RAVS.

7. 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 (cf. RCC 1989, page 117).

a) 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. n° 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, 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 (cf. 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, en corrélation avec l'art. 759 al. 1 du CO. Conformément à ces dispositions légales, 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'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues responsables 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 185 ; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème édition, p. 209 ss).

b) S'agissant des devoirs et obligations d'un administrateur, l'art. 14 al. 1 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 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, page 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, 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).

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).

Le Tribunal de céans rappelle que l'art. 716 a) al. 1 CO, en vigueur depuis le 1er juillet 1992, énumère les attributions intransmissibles et inaliénables des membres du conseil d'administration. En font partie l'exercice de la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les règlements et les instructions données. Dans le cadre de l'exercice de cette haute surveillance, l'administrateur répond, comme sous le régime de l'ancien droit de la société anonyme, de la cura in custodiendo (Adrian KAMMERER, Die unübertragbaren und-unentziebaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Thèse Zurich, 1997 p. 226). C'est ainsi qu'il a non seulement le devoir d'assister aux séances du conseil d'administration, mais également l'obligation de se faire

renseigner périodiquement sur la marche des affaires (KAMMERER, op. cit., p. 186). Il est tenu de prendre les mesures appropriées lorsqu'il a connaissance ou aurait dû avoir connaissance d'irrégularités commises dans la gestion de la société (FORSTMOSER/MEYER-HAYOZ/KNOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, § 30 note 49).

Le fait 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 a 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, selon lequel la majorité des membres du conseil d'administration doivent être de nationalité suisse et avoir le domicile en Suisse, n'est pas un motif de suppression ou d'atténuation de la faute commise (Jean-François EGLI, Aperçu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative à la responsabilité des administrateurs de société anonyme, in Publication Cedidac 8 1997, p. 32).

Les difficultés financières, même si l'administrateur de la société n'en est pas responsable, ne le déchargent en principe pas de sa responsabilité, dès lors que, selon la jurisprudence, l'entreprise doit payer les salaires seulement à concurrence du montant qui lui permet de verser parallèlement les cotisations paritaires nées ex lege (cf. ATF non publié du 4 mars 2004 en la cause H34/02 consid. 5.2). La disculpation de l'employeur pourrait toutefois être admise, s'il avait des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter des cotisations dans un délai raisonnable.

Selon la jurisprudence constante, la responsabilité des administrateurs d'une société anonyme est à apprécier avec plus de sévérité, compte tenu de l'organisation juridique et des devoirs de diligence auxquels sont astreints les membres du conseil d'administration.

Le fait d'accepter ou de conserver un mandat d'administrateur, alors même qu'on n'a pas les compétences suffisantes, est considéré comme une faute, voire une faute grave. En effet, l'homme ou la femme de paille qui omet d'exercer ses droits de contrôle agit par négligence grave (ATF 122 III 200 consid. 3b ; ATF 112 V 3 consid. 2b).

Lorsque la durée pendant laquelle les cotisations sont restées en souffrance est relativement courte, la violation des obligations incombant à l'administrateur peut le cas échéant ne pas être qualifiée comme étant grave. Toutefois, la durée de l'infraction n'est qu'un des critères d'évaluation à prendre en considération dans l'appréciation globale de toutes les circonstances du cas en cause (VSI 1996 p. 229).

8. a) En l'espèce, Monsieur G_____ était inscrit formellement en tant qu'administrateur de la société. Ainsi, il avait indiscutablement la qualité d'organe

de la société faillie. Il a admis n'avoir exercé aucun contrôle sur celle-ci et avoir été en fait un homme de paille. Pour sa défense, il fait valoir avoir été trompé par Monsieur H_____, dès lors que celui-ci a minimisé l'importance de la fonction d'administrateur et a abusé de sa totale inexpérience, tout en rappelant qu'il n'avait que 23 ans au moment des faits, sortait d'un apprentissage de vendeur et était au chômage. Il a également été incité à accepter cette fonction par la promesse d'un emploi fixe et bien rémunéré dans le futur magasin d'informatique de la société, promesse qui est cependant restée vaine.

Comme relevé ci-dessus, selon la jurisprudence en la matière, l'absence de compétence suffisante ne constitue pas un motif d'excuse dans l'appréciation de la faute d'un administrateur. Au contraire, cet élément peut être considéré comme une faute grave. Tel est notamment le cas de l'homme de paille qui n'exerce aucun contrôle sur les activités de la société. Par conséquent, le Tribunal de céans ne saurait prendre en considération ni le jeune âge ni le manque d'expérience et la situation précaire de Monsieur G_____. Il n'est par ailleurs pas établi que celui-ci ait été sciemment trompé par des affirmations fallacieuses par Monsieur H_____. En effet, l'omission d'attirer l'attention du nouvel administrateur sur l'importance de sa tâche ne saurait être qualifiée de tromperie. En tout état de cause, Monsieur G_____ ne pouvait se fier aux seules informations de Monsieur H_____, lequel avait manifestement un intérêt personnel à la bonne marche de la société, même s'il le conteste. Par ailleurs, au moment où Monsieur G_____ est entré dans la société, soit en avril 1997, celle-ci venait seulement d'engager des employés. Par conséquent, aucun retard dans le payement des cotisations sociales ne s'était encore produit en l'absence de versement de tout salaire. Il ne peut en outre être exclu que Monsieur H_____ pouvait avoir en avril 1997 de sérieux espoirs que les activités de la société allaient se développer, de sorte qu'il fût possible d'ouvrir un magasin informatique dans un proche avenir.

Se pose toutefois la question de savoir si le fait d'avoir fonctionné comme administrateur pendant une relativement courte période, à savoir du 11 avril 1997 jusqu'au 27 octobre 1997, est susceptible d'atténuer la faute de Monsieur G_____. Cependant, celui-ci a reçu pendant cette période plusieurs commandements de payer, ce qui devait impérativement attirer son attention sur les difficultés financières de la société. Il ne pouvait par ailleurs se reposer sur les assurances de Monsieur H_____, selon lequel le nécessaire allait être entrepris, sans procéder par la suite à un contrôle. Par conséquent, la courte durée de sa fonction ne peut être retenue en sa faveur.

Au vu de ces éléments, il y a lieu d'admettre que Monsieur G_____ a commis une négligence grave en acceptant de devenir l'administrateur de la société en tant qu'homme de paille.

b) Quant à Monsieur H_____, il convient de déterminer en premier lieu si celui-ci doit être considéré comme un organe de fait, dans la mesure où il n'était pas inscrit au registre du commerce comme administrateur.

Il a toujours affirmé n'avoir été qu'un simple consultant et représentant de l'actionnaire majoritaire, XX_____ Ltd, sans pouvoir décisionnel pour prendre influence sur les affaires de la société. Il a également allégué n'avoir agi qu'en qualité de liquidateur après le 30 avril 1998, soit après la radiation de Monsieur G_____ en tant qu'administrateur au registre du commerce.

Il convient toutefois de relever que ce dernier a démissionné le 27 octobre 1997 déjà et que la société était donc sans administrateur formel depuis cette date. Or, celle-ci a néanmoins continué à fonctionner et a gardé un employé, à savoir Monsieur P_____. Il est par ailleurs inexact que Monsieur H_____ n'est intervenu qu'après le 30 avril 1998. En effet, la déclaration de salaires pour la période de juillet à septembre 1997, datée du 10 octobre 1997 et reçue par la caisse le 20 novembre 1997, ainsi que la déclaration de salaires du 24 avril 1998 pour la période de janvier à mars 1998, portent visiblement le visa de Monsieur H_____, dès lors que ce visa est tout à fait semblable à celui apposé sur le courrier adressé le 5 décembre 1997 à la caisse, par laquelle la société a demandé à celle-ci un plan de payement pour l'arriéré des cotisations sociales dues. Or, il résulte clairement des notes d'entretien du 12 janvier et du 9 février 1998 de la caisse (pièce 10) que cette démarche a été entreprise par Monsieur H_____. L'allégation de ce dernier, selon laquelle il ne serait intervenu qu'en tant que liquidateur après le 30 avril 1998 est donc contredite par les pièces du dossier.

Il est à relever également que c'est Monsieur H_____ qui a répondu lorsque la caisse a téléphoné le 12 janvier 1998 à la société.

Celui-ci a également admis avoir fait entrer Monsieur G_____ dans la société. Cela constitue également un indice qu'il a agi en tant que responsable de celle-ci et non pas seulement comme actionnaire ou représentant des actionnaires comme il le prétend.

Monsieur H_____ a toutefois insinué que la société aurait été en réalité gérée par Monsieur F_____, auquel effectivement une procuration a été donnée le 1er avril 1996. Certaines déclarations de salaires et courriers sont par ailleurs signés par ce dernier. Toutefois, la présente cause n'a pas pour objet d'établir si Monsieur F_____ a éventuellement assumé un rôle d'organe de fait. En tout état cause, même si cela devait être admis, ce fait n'exclurait pas que d'autres personnes étaient responsables à côté de lui de la gestion de la société. Il convient cependant de rappeler que Monsieur F_____ n'a travaillé pour la société que jusqu'au 15 septembre 1997, selon l'attestation des salaires payée durant l'année 1997 (cf. lot de pièces de la caisse n° 7) et comme l'admet Monsieur H_____ dans le

cadre de la plainte pénale adressée au Procureur général. Par conséquent, la gestion de la société a dû être assumée le cas échéant dès cette date par d'autres personnes.

Il y a lieu de faire observer également que même si Monsieur H_____ conteste avoir été directement un actionnaire de la société et allègue n'avoir été qu'un consultant et représentant de l'actionnaire principal, sa présence constante aux moments importants et aux rendez-vous avec Monsieur G_____ constitue également un indice qu'il a agi comme gestionnaire de celle-ci.

Le Tribunal de céans relèvera en outre que la part pénale des cotisations sociales faisant l'objet de la dénonciation pénale du 26 février 1999 de Monsieur H_____ par la caisse a été entièrement payée. Il est invraisemblable que cela soit le fait des actionnaires que ce dernier aurait représentés. En effet, on ne voit pas quel intérêt ils auraient eu de payer la somme réclamée à ce titre, dès lors que, d'une part, les actionnaires ne sont pas personnellement responsables des dettes d'une société anonyme et, d'autre part, ils n'ont été mis en cause d'aucune manière par la caisse.

A cela s'ajoute que Monsieur H_____ a manifestement refusé de collaborer dans la présente procédure en omettant de se présenter aux audiences pour lesquelles il a été personnellement convoqué à trois reprises, et ceci sans aucune excuse valable. Ce fait ne peut qu'être retenu contre lui.

Rien que des pièces du dossier et des circonstances de l'espèce, sans devoir forcément recourir aux témoignages des Messieurs GN_____ et F_____, il résulte que Monsieur H_____ a participé activement à la gestion de la société et ainsi assumé la position d'un organe de fait. Ces négations virulentes et sa plainte pénale contre les témoins dans cette procédure apparaissent dès lors comme une manœuvre désespérée et dilatoire pour nier la réalité des faits.

Quant à l'appréciation de sa faute, rien ne permet d'affirmer que Monsieur H_____ avait des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter des cotisations dans un délai raisonnable. A cet égard, il y a lieu de rappeler que la société était en retard pour le payement de celles-ci dès le moment où elle a commencé de déclarer des salaires et qu'un retard s'est accumulé pendant une longue période. En l'absence de tout motif de disculpation, il convient dès lors d'admettre une non-observation des prescriptions légales par un organe de la société intentionnelle ou du moins par négligence grave. La responsabilité pleine et entière de Monsieur H_____ pour la somme des cotisations non payées doit dès lors être admise.

9. a) Le dommage consiste dans le montant dont la caisse se trouve privée, à savoir le montant que l'employeur aurait été tenu de verser en vertu de la loi (RCC 1972, p. 687). Il englobe les cotisations paritaires AVS-AI-APG-AC (cotisations patronales et de salarié) et à Genève les contributions d'allocations familiales, ainsi

que les frais d'administration, les intérêts moratoires, les taxes de sommation et les frais de poursuite.

b) Monsieur H_____ n'a pas contesté les décomptes de la caisse relatifs au montant des cotisations et contributions d'allocations familiales dues, y compris les frais et intérêts, pendant la période considérée qui n'ont pas été transférés à la caisse. Le montant de 25'907 fr. 50 réclamé dans la présente procédure par celle-ci sera par conséquent admis à titre de dommage.

c) Quant à Monsieur G_____, il met en cause l'exactitude du calcul de la caisse concernant les cotisations dues pendant la période de mai à septembre 1997, en se référant au courrier que celle-ci lui avait adressé le 9 mars 2001 (pièce 60 de la caisse) selon lequel le montant des cotisations dues ne serait que de 3'965 fr. 25 et non pas de 9'379 fr. 35 que la caisse lui réclame dans la présente procédure. Toutefois, ce faisant, Monsieur G_____ confond la part pénale des cotisations et les cotisations paritaires dues par l'employeur. La lettre susmentionnée de la caisse n'a trait qu'à la part pénale, à savoir à la part des cotisations à la charge de l'employé qui ont été retenues sur le salaire sans avoir été transféré par la suite à la caisse de compensation. Le montant de 3'965 fr. 25 ne saurait dès lors être déterminant pour le calcul du dommage. Il ressort au contraire des pièces produites par la caisse (lot de pièces numéro 8) que le montant dû pour la période de mai à juin 1997, selon la décision de taxation du 9 octobre 1997, était de 5'079 fr. 45. Pour la période de juillet à septembre 1997, la facture après taxation, rien que pour les cotisations, était de 5'994 fr. 80 (cf. pièce 9). A cela, s'ajoute les frais administratifs, intérêts moratoires, frais de poursuites et taxes de sommation. Sur la totalité des cotisations paritaires, ainsi que les frais et intérêts afférents à la période en cause, un montant de 9'379 fr. 85 est resté impayé. Par conséquent, le grief de Monsieur G_____ concernant le calcul du dommage doit être rejeté.

10. S'agissant des conclusions reconventionnelles de Monsieur G_____ tendant à ce que Monsieur H_____ soit condamné au payement de l'entier des cotisations et au remboursement au premier de la somme qu'il serait amené à payer à titre de dommage, celles-ci ne sont pas recevables à l'encontre du débiteur solidaire, dans le cadre d'une procédure administrative en réparation du dommage en application de l'art. 52 LAVS.

11. Au vu de ce qui précède, il y lieu de lever les oppositions formées par Messieurs G_____ et H_____ contre les décisions en réparation du dommage de la caisse du 18 mai 2001.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

statuant

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

Sur incident :

Rejette la requête en suspension de la cause de Monsieur H_____.

A la forme :

Déclare recevable la demande formée le 13 juillet 2001 par la Caisse inter-professionnelle d'asssurance-vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux, aujourd'hui Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des entreprises romandes, à l'encontre des Messieurs G_____ et H_____ devant la Commission cantonale de recours AVS.

Au fond :

1. Lève les oppositions formées par les défendeurs contre les décisions du 18 mai 2001 de la demanderesse.

2. Dit que la procédure est gratuite.

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

La greffière:	La Présidente :
Yaël BENZ	Maya CRAMER

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