RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1399/2005 **ATAS/61/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

du 18 janvier 2006

En la cause

Monsieur P_____, recourants

Madame P_____,

Monsieur F_____, tous trois comparant avec élection de domicile en l'Etude de Maître MARTIN Jean-Jacques

contre

FER CIAM 106.1, rue de St-Jean 98, case postale 5278, 1211 GENEVE 11 intimée

Siégeant : Mme Juliana BALDE, Présidente ; Mmes Doris WANGELER et Maya CRAMER, Juges

EN FAIT

1. La Société H_____ SA Constructions métalliques a été inscrite au Registre du commerce de Genève le 12 mars 1970. Elle était affiliée auprès de la Caisse de compensation FER - CIAM (ci-après la caisse) pour son personnel salarié.

2. Monsieur P_____ était inscrit au Registre du commerce en qualité d'administrateur, président et délégué depuis le 12 mars 1970, au bénéfice d'une signature individuelle; Monsieur F_____ était administrateur - secrétaire, au bénéfice d'une signature collective à deux et Madame P_____ était administratrice, avec signature collective à deux. Monsieur H_____ était inscrit dès le 1er avril 1998 en qualité de directeur, avec une signature collective à deux.

3. En raison de difficultés rencontrées par la société, les charges sociales n'ont plus été payées dans les délais. Dès le mois de juin 2000, la caisse a dû entamer des poursuites pour les charges sociales impayées de l'année 1999.

4. Le 13 mars 2001, la caisse a déposé plainte pénale auprès du procureur général à l'encontre des organes de la société, pour soustraction des cotisations de janvier et février, septembre à décembre 2000 pour un montant de 55'252 fr. 70 et 16'412 fr. 05 de contributions aux allocations familiales. Le 1er mai 2001, elle a informé le procureur que la part pénale avait été entièrement payée.

5. Le 26 mars 2001, H_____ SA a déposé une requête de sursis concordataire, qui a été accordée par le Tribunal de première instance de la République et canton de Genève. Par jugement du 5 avril 2001, le Tribunal de première instance a désigné Me Denis MATHEY en qualité de commissaire au sursis, avec droit de signature conjointe avec un administrateur. Le but était de réaliser les actifs au mieux en faveur des créanciers.

6. Par décision du 10 décembre 2001, le Tribunal de première instance a prolongé le sursis d'une durée de six mois. Le 2 avril 2002, H_____ SA a demandé une nouvelle prolongation du sursis, que le Tribunal de première instance a refusée par jugement du 9 septembre 2002, les conditions de l'homologation du concordat n'étant manifestement plus remplies et a prononcé la faillite de la société.

7. Par décisions du 15 octobre 2003, la caisse a réclamé à Madame P_____ et à Messieurs P_____ et F_____, en leur qualité d'organes de la société faillie, le paiement de la somme de 105'569 fr.15 à titre de réparation du dommage résultant du non-paiement de cotisations sociales pour la période de janvier - février, septembre à décembre 2000 et de janvier à juillet 2002. Le même jour, elle a réclamé à Monsieur H_____ le paiement de 103'469 fr. 20, pour les mêmes motifs.

8. Le 14 novembre 2003, Madame et Monsieur P_____, ainsi que Monsieur F_____, tous trois représentés par Me Jean-Jacques MARTIN, ont formé opposition. Il ont fait valoir préalablement que la demande était périmée, ont contesté notamment les montants réclamés par la caisse pour la période de janvier à juillet 2002 couvrant la période du sursis concordataire et sollicité la suspension jusqu'à connaissance du montant du dividende.

9. Monsieur H_____ a également formé opposition en date du 11 novembre 2003.

10. Le 17 mars 2004, l'état de collocation a été déposé; les créanciers privilégiés de première classe n'étaient pas couverts et aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers de 2ème classe.

11. Par décision du 29 mars 2005, la caisse a rejeté les oppositions formées par Madame P_____ et Messieurs P_____ et F_____, considérant que les organes de la société faillie avaient commis une négligence grave engageant ainsi leur responsabilité.

12. Par l'intermédiaire de leur conseil, les prénommés ont interjeté recours en date du 29 avril 2005, invoquant la prescription de l'action en réparation du dommage intentée par la caisse. Ils font valoir que cette dernière a eu connaissance du dommage en 2002 et qu'à teneur de l'ancienne disposition du règlement AVS, la prescription était d'une année pour une créance fixée avant le 31 décembre 2002. Subsidiairement, ils demandent d'écarter les cotisations sociales dues de janvier à juillet 2002, dès lors que les dettes contractées pendant le sursis avec l'assentiment du commissaire constituent des dettes de la masse, dont ils ne sauraient répondre. Pour le surplus, ils considèrent que la caisse doit poursuivre les débiteurs de la société faillie et demander la cession des créances, afin de diminuer son dommage, et sollicitent la suspension de la procédure.

13. Dans sa réponse du 26 mai 2005, la caisse conteste que sa demande soit prescrite, rappelant que le nouveau délai de péremption de deux ans s'applique si au 1er janvier 2003 la créance n'est pas périmée, ce qui est le cas, dès lors qu'elle a eu connaissance du dommage le 28 octobre 2002, date à laquelle elle a reçu le jugement refusant l'homologation du concordat et prononçant la faillite de la société. Concernant les créances nées pendant le sursis concordataire, la caisse soutient que les cotisations ne sont pas réglées par la masse concordataire, mais relèvent de la responsabilité des organes. Enfin, elle rappelle qu'elle n'a aucune obligation de demander la cession des créances et conclut au rejet du recours.

14. Par réplique du 23 juin 2005, les recourants persistent à invoquer la prescription. Sur le fond, ils considèrent que les cotisations de janvier à juillet 2002 constituent des dettes de la masse, de sorte qu'elles ne sauraient leur être réclamées.

15. Dans ses écritures du 21 juillet 2005, la caisse s'en rapporte à justice pour les cotisations de janvier à juillet 2002 à hauteur de 2'099 fr. 60. Sur le fond, elle persiste dans ses conclusions et joint copies des actes de défaut de biens qui lui ont été délivrés par l'Office des faillites en date du 22 juin 2005 pour 104'016 fr. 20 de cotisations AVS/AI/APG/AC/AF et 26'503 fr. 85 concernant les frais, taxes, amendes et intérêts moratoires.

16. Le Tribunal de céans a entendu les parties en audience de comparution personnelle. Monsieur F_____ a déclaré qu'il n'était pas en mesure d'expliquer les circonstances économiques du surendettement de la société, dès lors qu'il ne s'était pas occupé de la gestion, qui relevait de la compétence du président et administrateur délégué. Il a reconnu avoir été tenu informé de la situation financière de la société. Il n'avait toutefois pas entrepris de démarches auprès de la caisse concernant les charges sociales. Il a expliqué avoir eu l'intention de démissionner en 1998 déjà, mais on lui avait fait comprendre qu'il encourrait les mêmes responsabilités, qu'il parte ou non. Les organes de la société avaient pris diverses mesures d'assainissement, en réduisant notamment ses frais de personnel et d'exploitation. La société a continué d'exécuter les travaux sur les chantiers tout en diminuant les travaux confiés aux sous-traitants. Monsieur P_____ a confirmé qu'il était l'actionnaire unique de la société depuis 1982 et qu'il s'occupait de toute la gestion administrative et financière. Selon lui, la société a souffert de la crise du marché de la construction ainsi que de la concurrence farouche. Il a confirmé qu'en 2000, les charges sociales n'avaient pu être réglées régulièrement, en raison de manque de liquidités, et que n'ayant plus obtenu les attestations de paiement des charges sociales de la caisse, la société n'avait plus pu soumissionner pour les marchés publics. Il avait pris des mesures d'assainissement, de concert avec le curateur. Il a aussi réglé des salaires et des factures de fournisseurs de sa poche. Madame P_____ a exposé qu'elle ne s'occupait pas de la gestion de la société et ne participait pas à la prise de décision. Elle effectuait parfois des travaux d'archivage. Elle ignorait que les cotisations sociales n'avaient pas été payées, son mari s'occupait de tout. Les administrateurs précités ont contesté leur responsabilité.

17. Par courrier du 14 octobre 2005, le conseil des recourants a fait parvenir au Tribunal de céans la requête d'ajournement de faillite du 8 octobre 1999, une expertise établie par un expert-comptable en date du 21 février 1990, la circulaire du 7 avril 2005 de l'Office des faillites aux créanciers de la masse en faillite, la liste des débiteurs au 30 juin 2002 et la lettre de cession des droits de la masse du 27 mai 2005 à l'avocat d'un des créanciers.

18. Le 9 novembre 2005, la caisse a déclaré renoncer, à bien plaire, à réclamer aux organes de la société faillie le paiement du montant de 2'099 fr. 60 concernant un complément de cotisations pour la période de janvier à juillet 2002. Pour le surplus, elle a persisté dans les termes et conclusions de sa demande.

19. Les écritures ont été communiquées aux recourants en date du 15 novembre 2005 et la cause gardée à juger.

20. Pour le surplus, les divers allégués des parties ainsi que les éléments pertinents résultant du dossier et de l'instruction seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

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

2. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS).

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

3. La 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.

   En l'occurrence, la caisse a réclamé aux recourants la réparation du dommage qu'elle a subi en raison de la faillite de la société H_____ SA par décision du 15 octobre 2003 (art. 52 al. 2 LPGA), de sorte que la LPGA est applicable.

4. Interjeté dans le délai de 30 jours dès la notification de la décision sur opposition et dans la forme prescrite auprès du Tribunal de céans (art. 84 LAVS et 58 al. 1 LPGA), le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

5. Aux termes de l'art. 52 al. 1 LAVS, en sa teneur en vigueur dès le 1er janvier 2003, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation. Cette disposition reprend l'ancien art. 52 LAVS quasiment sans modification : les termes « caisses de compensation » sont remplacés par « assurance », sans que cela entraîne un changement quant aux conditions de la responsabilité de l'employeur (cf. ATF 129 V 13 ss consid. 3.5).

   Selon l'art. 52 al. 3 LAVS, le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Contrairement à l'ancien droit, il s'agit de délais de prescription et non de péremption : ces délais peuvent être interrompus et l'employeur peut renoncer à invoquer la prescription (FF 1994 V p. 964 ss, 1999 p. 4422).

   En l'occurrence, les recourants invoquent la prescription, au motif que la caisse a eu connaissance du dommage à réception du courrier que lui avait adressé le commissaire au sursis en date du 1er octobre 2002, par lequel il lui suggérait de s'adresser au Tribunal de première instance afin d'obtenir copie du jugement. Ils considèrent que dès lors que la caisse a eu connaissance de son dommage en 2002, sa créance a été fixée avant 2002, de sorte que c'est l'ancien art. 82 al. 1 RAVS qui s'applique, à savoir le délai de péremption d'un an. Or, la caisse est déchue de son droit d'exiger la réparation du dommage, puisqu'elle a agi le 15 octobre 2003, soit plus d'un an après la connaissance du dommage.

   L'art. 82 LPGA précise que les dispositions matérielles de la présente loi ne sont pas applicables aux prestations en cours et aux créances fixées avant son entrée en vigueur. La LPGA ne contient pas de disposition transitoire relative aux délais de péremption et de prescription prévus par l'ancien art. 82 RAVS et l'art. 52 al. 3 LAVS. Dans un arrêt du 30 novembre 2004 (H 96/03), le Tribunal fédéral des assurances (TFA) s'est penché sur cette question, sans toutefois la trancher dans le cas d'espèce. Il a ainsi rappelé qu'en l'absence de disposition transitoire, on pourrait considérer comme un état de fait durable la créance en réparation du dommage soumise à prescription ou péremption, et lui appliquer la nouvelle réglementation dès son entrée en vigueur (cf. ATF 107 Ib 203 ss consid. 7 b, 102 V 207 ss consid. 2 ; RDAF 1998 II p.189 ss consid. 7a ; RDAT 1995 I n. 46 p. 115 ss consid 3). La péremption ou la prescription sont cependant des institutions de droit matériel qui concernent directement l'existence de la créance en réparation du dommage, à laquelle elles sont donc étroitement liées. Ce lien de connexité pourrait

justifier de soumettre la naissance de la créance en réparation du dommage et sa péremption ou prescription à un seul et même régime de droit transitoire.

En l'espèce, l'intimée admet avoir reçu en date du 3 octobre 2002 un courrier du commissaire au sursis, par lequel il l'informait que la prolongation du sursis concordataire avait été refusée par le juge ; elle n'a toutefois pris connaissance du jugement prononçant la faillite qu'en date du 28 octobre 2002, date à laquelle elle a eu connaissance du dommage. Elle considère au surplus que le nouveau délai de prescription de l'art. 52 al. 3 LAVS s'applique au 1er janvier 2003, dès lors qu'à cette date sa créance n'était pas encore périmée selon l'art. 82a RAVS.

Le Tribunal de céans constate que selon les pièces du dossier, le jugement de faillite prononcé par le Tribunal de première instance le 9 septembre 2002 a fait l'objet d'une information publiée dans la Feuille d'avis officielle (FAO) le 20 septembre 2002 (cf. pièces nos 28 intimée). Le 3 octobre 2002, la caisse a été informée par le commissaire au sursis que le juge avait refusé de prolonger le sursis concordataire car les perspectives de concordat étaient devenues inexistantes et le 28 octobre 2002 elle a reçu copie du jugement prononçant la faillite de la société (pièces nos 23 et 25 intimée).

Il convient de rappeler que le dommage survient au moment de l'avènement de la péremption ou le jour de la faillite ; ce jour marque également celui de la naissance de la créance en réparation du dommage et la date à partir de laquelle court le délai de prescription de 5 ans (cf. ATF 129 V 195 consid. 2.2, 123 V 16 consid. 5c). S'agissant du moment de la connaissance du dommage en cas de faillite, la jurisprudence retient généralement celui du dépôt de l'état de collocation, ou celui de la publication de la suspension de la liquidation pour défaut d'actifs (ATF 129 V 195 ss. consid. 2.3). En l'espèce, l'état de collocation a été déposé le 17 mars 2004. La faillite a cependant été précédée d'une procédure d'avis de surendettement et demande d'ajournement de faillite, que le Tribunal de première instance a accordée par jugement du 1er mars 2000 et prolongée en date du 18 août 2000. Le 26 mars 2001, la société avait déposé une demande de sursis concordataire : le 5 avril 2001, le Tribunal de première instance a accordé un sursis concordataire de six mois, prolongé une deuxième fois d'une durée de six mois, au 5 avril 2002. La nouvelle demande de prolongation du sursis déposée par la société le 2 avril 2002 a cependant été refusée par le Tribunal de première instance par jugement du 9 septembre 2002, les conditions d'une homologation du concordat n'étant manifestement pas remplies, et le juge a prononcé la faillite de la société.

Dans le cadre d'une telle procédure où la caisse est partie, la connaissance du dommage se situe au moment où le juge refuse l'homologation du sursis ou le révoque ; la jurisprudence exige en effet de la caisse de compensation de suivre l'évolution de la procédure de faillite de la société débitrice, selon son devoir de diligence (VSI 1995 p. 172 ss.; ATF 128 V 15 ss). Elle doit se renseigner à temps

en cas de refus d'homologation ou de révocation d'un sursis concordataire. Encore faut-il que la caisse ait la possibilité de prendre connaissance des motifs dudit refus, en sollicitant sans délai l'édition du jugement afin de se faire une idée précise du risque qu'elle court. En l'occurrence, après avoir été informée par le commissaire au sursis du fait que le juge avait refusé une nouvelle prolongation du sursis, la caisse a immédiatement requis du Tribunal de première instance copie du jugement. Elle a ainsi pris connaissance des motifs du refus de prolongation du sursis concordataire et du jugement prononçant la faillite en date du 28 octobre 2002 ; c'est à ce moment qu'elle a eu connaissance de son dommage et que commençait à courir le délai de prescription de l'ancien art. 82 RAVS. La question de savoir si les nouvelles dispositions en matière de prescription sont applicables peut rester ouverte, en l'occurrence, ayant quoi qu'il en soit, respecté le délai de prescription d'un an dès la connaissance du dommage.

6. Le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse, en raison de la faillite de la société H_____ SA, pour un montant total de 105'569 fr. 15, représentant les cotisations AVS/AI/APG/AC de janvier à février, septembre à décembre 2000, un complément de janvier à juillet 2002, des cotisations dues au régime des allocations familiales de février 2000 et complément de janvier à juillet 2002, des cotisations dues au régime de l'assurance maternité de janvier à juillet 2002, ainsi qu'à un solde de frais, taxes de sommation et intérêts moratoires de novembre 1999, juillet, août 2000, janvier, juillet, octobre à décembre 2001, et complément juin 2001 (cf. pièces nos. 1 à 3, 7 à 10 intimée).

   Les recourants font valoir préalablement que l'intimée n'est pas en droit de réclamer, sur la base de l'art. 52 LAVS, les cotisations dues au régime des allocations familiales selon la loi cantonale sur les allocations familiales du 1er mars 1996 (LAF), ni celles dues selon la loi genevoise sur l'assurance-maternité du 14 décembre 2000 (LAMat). Ces arguments tombent cependant à faux. En effet, s'agissant du dommage causé par un employeur et de sa responsabilité, les dispositions de la LAF et de la LAMat renvoient expressément à l'art. 52 LAVS ainsi qu'à la LPGA (cf. art. 30 al. 3 LAF et 18 lettre d) LAMat).

   L'art. 14 al. 1 LAVS en corrélation avec les art. 34 ss RAVS, prescrit que l'employeur doit déduire, lors de chaque paie, la cotisation du salarié et verser celle-ci à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation. Les employeurs doivent remettre périodiquement aux caisses les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs employés, de manière que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions.

   L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances a déclaré, à réitérées reprises, que celui qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit, par conséquent, réparer

la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 195 consid. 2a et les références).

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

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

Par "organe", il faut entendre toute personne physique qui représente la personne morale à l'extérieur ou qui peut exercer une influence décisive sur le comportement de celle-ci (cf. no 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le TFA s'est toujours référé à l'article 754, 1er alinéa, en corrélation avec l'article 759, 1er alinéa du CO. Conformément à ces articles, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle, répondent, à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elle leur cause en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Sont réputés chargés de l'administration ou de la gestion au sens de l'article 756 CO "non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels, mais également les personnes qui prennent effectivement des décisions relevant des organes, ou qui assument la gestion proprement dite et ont ainsi une part prépondérante à la formation de la volonté au sein de la société" (ATF 107 II 353, consid. 5a; ATF 112 II 1985 et l'arrêt du 21 avril 1988 en la cause A; Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., pages 209 et ss).

7. En l'espèce, les recourants étaient inscrits au Registre du commerce en qualité d'administrateur président et délégué, d'administratrice et d'administrateur secrétaire (cf. pièce no. 60 intimée). Ils avaient ainsi indiscutablement la qualité d'organes de la société faillie ce qu'il ne contestent au demeurant pas (art. 754 al. 1 CO).

De jurisprudence constante, le TFA a reconnu qu'il y a négligence grave lorsque l'employeur ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement, dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (cf. RCC 1972 p. 690). La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard doit donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité et de gestion, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé. 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).

Il n'y a obligation de réparer le dommage, dans un cas concret, que s'il n'existe aucune circonstance justifiant le comportement fautif de l'employeur ou excluant l'intention et la négligence grave. A cet égard, on peut envisager qu'un employeur cause un dommage à la caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions en matière d'AVS, sans que cela entraîne pour autant une obligation de réparer le préjudice. Tel est le cas lorsque l'inobservation des prescriptions apparaît, au vu des circonstances, comme légitime et non fautive (ATF 108 V 186 consid. 1b, 193 consid. 2b ; RCC 1985 p. 603 consid. 2, 647 consid. 3a). Ainsi, il peut arriver qu'en retardant le paiement des cotisations, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie, par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie. Mais il faut alors, pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'art. 52 LAVS, que l'on puisse admettre que l'employeur avait, au moment où il a pris sa décision, des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable (ATF 108 V 188 ; RCC 1992 p. 261 consid. 4b).

8. Monsieur P_____, actionnaire unique de la société depuis 1982 et président du conseil d'administration, assumait toute la gestion administrative et financière de la société. Il a exposé que la société avait souffert de la crise de la construction et que de 1989 à 1998, le travail avait manqué. La société a dû pratiquer des prix trop bas, en raison de la forte concurrence. Il a admis qu'en 2000, les charges sociales n'avaient pu être payées régulièrement, en raison de manque de liquidités. Le non-paiement des charges sociales a eu pour conséquence que la société n'a plus pu obtenir d'attestations par la caisse, de sorte qu'elle n'a plus été en mesure de soumissionner pour les marchés publics. Au moment du dépôt de la requête d'ajournement de faillite, la société avait connu une embellie, il y avait davantage de travail. Le recourant n'a pas licencié du personnel à ce moment-là. Il a expliqué que les mesures envisagées consistaient à bien maîtriser les chantiers et à en assurer très étroitement le suivi, en collaboration avec le curateur nommé par le Tribunal de première instance. Il avait procédé à l'analyse des chantiers en cours et avait constaté que la société subissait relativement peu de pertes.

Le recourant a expliqué qu'en 2000, les débiteurs insolvables ne représentaient pratiquement qu'un pourcent du total des débiteurs; pour le reste, il s'agissait de

factures impayées ainsi que de soldes de garanties. La part pénale a été payée, au moyen de ses propres fonds. De même, il invoque avoir fait des efforts importants pour tenter de sauver l'entreprise, au moyen d'apports personnels de quelque 2,5 millions de francs.

Il résulte toutefois des pièces du dossier que la société faillie connaissait des difficultés depuis plusieurs années déjà. En effet, les comptes révisés au 31 décembre 1998 laissaient apparaître un état de surendettement qui a nécessité l'avis au juge, conformément à l'art. 725 al. 2 CO. Une banque, après avoir dénoncé la ligne de crédit le 20 novembre 1998, l'avait reconduite moyennant cession en garantie des débiteurs. Au 30 juin 1999, les pertes cumulées ascendaient à 4'818'222 fr. La postposition de 1'242'425 fr. consentie par le recourant n'a pas suffi à compenser les pertes. Même si le recourant allègue avoir cru à une reprise économique, les chances d'un assainissement du bilan dans le cadre d'un ajournement de faillite permettant de continuer l'exploitation de l'entreprise apparaissaient minces : il s'agissait d'obtenir de certains créanciers, l'abandon de 60 % de leurs prétentions et de postposer les créances des deux bailleurs de fonds, à savoir le recourant et un de ses amis. L'entreprise ne se trouvait pas dans une situation de manque passager de liquidités, mais bien dans une situation difficile qui perdurait. Le recourant a d'ailleurs reconnu que lors de la demande de sursis concordataire, il n'était plus possible de sauver la société. Il tenait cependant à continuer l'exploitation de l'entreprise et à garder le personnel. Certes le recourant soutient-il qu'il a apporté des fonds à hauteur de quelque 2,5 millions de francs afin de tenter de sauver la société ; ils n'ont cependant pas été utilisés à désintéresser totalement la caisse de compensation.

Le Tribunal de céans constate d'autre part que même si la situation de la société était en voie d'amélioration au 30 juin 2000, les résultats de l'assainissement entrepris ne concrétisaient pas ses prévisions (cf. jugement du Tribunal de première instance du 18 août 2000). Dans ces conditions, le recourant ne saurait valablement soutenir qu'il avait de sérieuses raisons de penser qu'il pourrait s'acquitter des charges sociales dans un délai raisonnable.

En conséquence, force est de constater que le recourant a commis une négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS et qu'il répond du dommage subi par l'intimée.

9. Madame P_____ a reconnu avoir été mise au courant par son mari des difficultés financières que rencontrait la société, mais ne savait pas que les cotisations sociales n'avaient pas été payées. Elle a déclaré qu'elle ne s'occupait pas de la gestion administrative et financière de la société ; elle se rendait de temps à autre dans les bureaux pour effectuer des travaux d'archivage, mais ne participait pas à la prise de décision. Son mari s'occupait de tout et elle ne se tenait pas pour responsable du non-paiement des cotisations sociales.

Ces arguments ne résistent pas à l'examen. En effet, il y a lieu de rappeler que les membres du conseil d'administration ont des obligations intransmissibles et inaliénables, énumérées à l'art. 716a al. 1 CO. 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 a non seulement le devoir d'assister aux séances du conseil d'administration, mais aussi l'obligation de se faire renseigner périodiquement sur la marche des affaires. Il est tenu de prendre les mesures appropriées dès qu'il a connaissance d'irrégularités commises dans la gestion de la société (Adrian Kammerer : Die unübertragbaren und unentziebaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Thèse Zürich, 1007, p. 186, 226 ; Forstmoser/Meyer-Hayoz/Knobel : Schweizerische Aktienrecht, paragr. 30 note 49). Le TFA a jugé à cet égard que commet une faute grave l'administrateur qui se fait élire au conseil d'administration sans vouloir assumer les pouvoirs et les obligations qui découlent de cette charge et qu'une épouse, membre du conseil d'administration, qui faisait totalement confiance à son mari, ne saurait se disculper (ATFA du 7 avril 1993, cause C.B. D.D ; RCC 1992 p. 62).

Au vu de ce qui précède, la responsabilité de la recourante est engagée au sens de l'art. 52 LAVS.

10. Quant à Monsieur F_____, administrateur de la société depuis 1986, il a déclaré qu'il ne s'occupait pas de la gestion de la société, qui était de la compétence du président et administrateur délégué. Il était au courant de la situation financière difficile de la société, en raison de la crise immobilière. Il ne s'explique pas pourquoi les charges sociales n'avaient pas été payées en 2000, si ce n'est que la société se trouvait en ajournement de faillite. Compte tenu de la mauvaise situation, il avait voulu démissionner en 1998 déjà, mais on lui avait fait comprendre qu' il encourrait la même responsabilité, qu'il parte ou non.

    Selon lui, la société avait pris diverses mesures d'assainissement, tels que la réduction des frais de personnel, de la masse de travaux confiés aux sous-traitants et des frais généraux et d'exploitation. L'actionnaire avait apporté des fonds personnels, dont une partie avait été utilisée pour le paiement des charges sociales.

    Force est cependant de constater que le recourant a fait preuve de passivité; il n'a pris aucune mesure concrète afin de s'assurer du paiement des charges sociales à la caisse de compensation, alors même que l'actionnaire injectait des fonds. Il a ainsi violé son obligation de diligence et ne saurait valablement se disculper.

11. S'agissant du montant du dommage, on ne saurait en l'espèce reprocher à la caisse d'avoir commis une faute concomitante qui justifierait de réduire le montant du dommage conformément à l'art. 44 CO (cf. ATFA du 19 août 2003 H 142/03). Elle n'a en particulier aucune obligation de solliciter de l'Office des faillites la cession de

créances et d'engager des procédures longues et aléatoires à l'encontre des débiteurs de la société faillie.

Le Tribunal de céans prend acte en revanche de ce que l'intimée a accepté de renoncer à réclamer le montant de 2'099 fr. 60 représentant un complément de cotisations impayées pendant la période du sursis concordataire. En conséquence, le montant du dommage dont répondent les recourants s'élève à 103'469 fr. 55.

Pour le surplus, les recourants n'obtenant que très partiellement gain de cause, une indemnité réduite globale de 750 fr. leur sera allouée.

***

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 recevables le recours interjeté par Madame P_____ et Messieurs P_____ et F_____.

Au fond :

2. L'admet partiellement.

3. Condamne les recourants solidairement au paiement du dommage subi par la caisse FER CIAM, à concurrence du montant de 103'469 fr. 55. .

4. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions.

5. Condamne l'intimée à verser aux recourants une indemnité globale de 750 fr. à titre de participation à leurs frais et dépens..

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

Le greffier | La présidente

Walid BEN AMER | Juliana BALDE

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