



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1440/2000

ATAS/677/2005

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

3^{ème} chambre

du 18 août 2005

en la cause

Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des Entreprises
Romandes – FER-CIAM – rue de St-Jean 98, case postale 5278, 1211
Genève 11

demanderesse

contre

défendeurs

HOIRIE DE FEU MONSIEUR P_____, soit Madame
P_____, représentée par Me Doris LEUENBERGER en l'Etude de
laquelle elle élit domicile

Ex-administrateur

Monsieur G_____

Ex-employeur de
fait

de la société

X_____ SA
(faillie)

**Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,
Mesdames Maya CRAMER et Doris WANGELER, juges**

EN FAIT

1. Créée le 13 juillet 1990, X _____ SA (ci-après : la société) était affiliée à la Caisse interprofessionnelle d'assurance-vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux (devenue depuis lors la Fédération des entreprises romandes ; ci-après : la caisse). Elle avait pour but social la représentation, la vente, la distribution et l'installation d'agencements de cuisines et de salles de bains, ainsi que d'appareils ménagers, électroménagers et sanitaires, les conseils et les études d'aménagement intérieur (cf. extrait du Registre du commerce [RC], pièce 20 caisse).
2. De l'extrait du RC, il ressort que Messieurs Q _____ et G _____ ont chacun disposé de la signature individuelle depuis le 22 octobre 1992. Monsieur P _____ était quant à lui administrateur (pièce 20 caisse).
3. Le 8 décembre 1997, suite à un contrôle d'employeur portant sur la période du 1er janvier 1992 au 31 décembre 1995, un décompte rectificatif a été établi par la caisse, d'un montant de Fr. 2'278.70 (pièce 8 caisse).
4. Par courrier du 5 mars 1998, la caisse, constatant que les cotisations de septembre, octobre et novembre 1997, ainsi que celles réclamées par décompte complémentaire n'avaient pas été acquittées, a demandé des explications à la société (pièce 17 caisse).
5. Le 23 avril 1998, sans nouvelles de cette dernière, la caisse est revenue à la charge et a imparti à Monsieur P _____ un dernier délai pour s'expliquer (pièce 18 caisse).
6. Enfin, par courrier du 15 décembre 1998, la caisse a une nouvelle fois interpellé Monsieur P _____, lui demandant de lui fournir les attestations de salaires 1998 (pièce 19 caisse).
7. La faillite de la société a été prononcée par le Tribunal de Première Instance de la République et canton de Genève le 10 novembre 1998, suspendue pour défaut d'actifs le 25 janvier 1999 et finalement clôturée le 19 avril 1999 par défaut d'actifs.
8. Restaient dus à la caisse Fr. 13'149.80, représentant les cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC pour les périodes de septembre à décembre 1997 et de janvier à mai 1998, celles réclamées suite au contrôle d'employeur (années 1992-1995), les frais de poursuite et la taxe de sommation (pièces 1 à 3 caisse).
9. Le 25 janvier 2000, la caisse de compensation a notifié une décision en réparation du dommage à Messieurs P _____, G _____ et Q _____, leur réclamant Fr. 13'149.80 à chacun.

-
10. Monsieur P _____ a formé opposition le 23 février 2000. Il a fait valoir que la mauvaise conjoncture des années 1995 et 1996 ainsi que le non-respect de leurs engagements par certains clients étaient à l'origine du déclin de la société. Il a expliqué qu'en octobre 1997, les principaux créanciers avaient été informés de la situation et que des mesures d'économie avaient alors été mises en place, pour réduire de moitié les charges. Un plan de redressement avait également été approuvé par les principaux créanciers. Selon lui, la restructuration était viable et la société aurait pu être redressée dans un laps de temps de cinq à sept ans. Il a allégué qu'en novembre 1997, la société avait soumis une demande de cautionnement à l'Office genevois de cautionnement mutuel pour commerçants, artisans et PME (ci-après : OGCM), qui avait donné son accord moyennant une quinzaine de conditions. Il était notamment exigé que Messieurs P _____ et G _____ se portent conjointement et solidairement arrière-caution, ce que, moralement, ils n'avaient pu faire. Selon Monsieur P _____, tout aurait donc été tenté pour sauver l'entreprise, à savoir : établissement d'un bilan intermédiaire au 31 août 1997, après deux exercices déficitaires, information des créanciers, proposition de postpositions aux fournisseurs, etc. (pièce 4 caisse).
11. Monsieur Q _____ a lui aussi formé opposition, le 25 février 2000. Il a fait valoir qu'il ne faisait plus partie de la société depuis septembre 1992, date à laquelle il avait vendu ses parts à Monsieur G _____.
12. Ce dernier a également formé opposition, le 28 février 2000. Il a fait valoir que les cotisations avaient toujours été payées dans les délais jusqu'au mois d'octobre 1997, date à laquelle la Banque Cantonale de Genève (BCGe) avait brusquement supprimé la ligne de crédit de Fr. 185'000.— accordée à la société. La banque avait alors récupéré ce montant sur les créances qui lui avaient été cédées, privant ainsi la société de ressources durant plusieurs mois. En novembre 1997, une nouvelle ligne de crédit avait été demandée à l'OGCM, ce qui s'était traduit par des démarches fastidieuses qui s'étaient finalement soldées, en avril 1998, par une proposition de l'OGCM soumise à des conditions irréalisables. Monsieur G _____ a par ailleurs confirmé que Monsieur Q _____ ne dirigeait plus l'entreprise depuis 1992.
13. Compte tenu des renseignements recueillis, la caisse a considéré que Monsieur Q _____ ne pouvait en effet être tenu responsable du dommage qui lui avait été causé et a annulé sa décision à son encontre le 23 mars 2000 (pièce 21 caisse).
14. Le même jour, elle a requis de la Commission cantonale de recours en matière d'AVS – alors compétente - la mainlevée des oppositions formées par Messieurs G _____ et P _____. Elle soutient que les organes de la société ont failli à leurs obligations d'employeur. Elle relève que de nombreuses cotisations sont restées impayées et que l'attitude de la société l'a obligée à recourir
-

systématiquement à son service contentieux. Elle relève qu'il lui a fallu menacer la société à trois reprises de dénonciation pénale pour obtenir finalement le paiement des cotisations retenues sur les salaires, des contributions au régime d'allocations familiales et les renseignements qu'elle demandait. La caisse fait valoir que même si les défendeurs n'ont pas agi intentionnellement, ils ont à tout le moins fait preuve de négligence grave dans la mesure où ils n'avaient pas de raisons sérieuses et objectives de penser que l'entreprise pourrait s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable. Selon la demanderesse, les mesures de restructuration sont intervenues tardivement, compte tenu de la situation de la société, dont le principal créancier (la BCGe) avait refusé de continuer à la soutenir financièrement.

15. Dans sa réponse du 25 avril 2000, Monsieur G _____ a contesté avoir failli aux obligations qui lui incombait en sa qualité d'employeur et assuré avoir fait tout son possible pour éviter le dépôt de bilan. Il estime avoir pris toutes les mesures qui s'imposaient à savoir : diminution des charges fixes, licenciement du personnel au profit de contrats de sous-traitance, diminution de moitié de la surface d'exposition, diminution des salaires, vente de véhicules, suppression d'un dépôt, augmentation de la marge commerciale et négociations avec les fournisseurs de plans de paiement. Il a allégué que le résultat rencontré par ces mesures leur permettait objectivement de se montrer optimistes puisqu'en l'espace de six mois, les pertes avaient été enrayerées et un résultat positif de 50'000.— était intervenu. La faillite de la société incombe selon lui à la BCGe qui a supprimé sa ligne de crédit sans tenir compte de ces résultats prometteurs. Au surplus, le défendeur a repris les arguments déjà développés dans son opposition.
16. Suite au décès de Monsieur P _____, survenu le 28 septembre 2001, la Commission cantonale de recours, par jugement incident du 29 octobre 2001, a suspendu l'instruction de la cause.
17. En date du 1er août 2003, la cause a été transmise au Tribunal cantonal des assurances sociales.
18. Madame P _____, épouse du défunt et seule héritière de ce dernier, a indiqué au Tribunal de céans, par courrier du 8 juillet 2004, qu'elle ne savait quelle suite donner au dossier et l'a renvoyé sur ce point à Me LEUENBERGER, avocate du défunt.
19. Par courrier du 13 juillet 2004, le Tribunal de céans lui a expliqué qu'il lui incombait, à elle seule, en sa qualité de représentante de l'hoirie, de se déterminer, et l'a informée que l'instruction serait reprise.
20. Par courrier du 13 août 2004, le Tribunal de céans a formellement repris l'instruction de la cause.

21. Une audience de comparution personnelle s'est tenue en date du 2 septembre 2004. Madame P _____, pour l'hoirie de feu Monsieur P _____, a indiqué qu'elle entendait maintenir la position de son époux. Elle a demandé un délai pour consulter le dossier et répondre en bonne et due forme. Pour sa part, la représentante de la caisse a indiqué qu'aucun changement n'était intervenu dans le dossier et qu'en particulier le dommage n'avait pas été diminué. Elle a encore indiqué ne pas se souvenir avoir été contactée formellement par la société au mois d'octobre 1997 pour être informée des difficultés que celle-ci rencontrait. S'il était vrai que les cotisations avaient été payées jusqu'au mois de septembre 1997, elles ne l'avaient cependant été qu'après moult rappels et poursuites.
22. Une nouvelle audience a dès lors été convoquée et s'est tenue en date du 4 novembre 2004. Monsieur G _____ a expliqué qu'il s'occupait pour sa part de la vente, des commandes et du planning des poses, plus généralement de la direction du magasin. Il était en effet directeur et actionnaire. C'est lui qui s'occupait également des employés, se chargeait de leur engagement et de la fixation de leur salaire. Sa secrétaire se chargeait d'établir les fiches de paie. Quant à Monsieur P _____, administrateur, il s'occupait de la comptabilité. Les difficultés sont apparues en 1995. Les années 1995 et 1996 ont été déficitaires. Il a toutefois rappelé que les cotisations sociales avaient été payées jusqu'au mois de septembre 1997. Il a expliqué qu'un architecte pour lequel il avait réalisé vingt-cinq cuisines ne s'était pas acquitté de sa dette. Ils ont finalement fini par récupérer une partie de cet argent mais n'ont pu éviter les problèmes de trésorerie. La dette s'élevait en effet en tout cas à 100'000 fr. Par ailleurs la BCGe était revenue sur sa décision de leur accorder une ligne de crédit de 180'000 fr. Comme il y avait cession de facture en sa faveur, elle s'est remboursée, ce qui a pris environ quatre mois et les a privés de liquidités. C'est alors qu'ils ont prévenu les fournisseurs de la situation. Monsieur G _____ a dit ne pas se souvenir d'avoir alors pris contact avec la caisse de compensation. Il a expliqué avoir pris différentes mesures pour sauvegarder la société et avoir notamment réduit les charges de moitié en diminuant la surface du magasin, celle des dépôts et en licenciant une partie du personnel. Il fait remarquer qu'un bilan intermédiaire a été établi au mois d'août 1997 qui fait état d'un gain de 25'000 fr. alors que l'exercice précédent accusait une perte de 121'000 fr. Il assure avoir eu véritablement le sentiment que la société pouvait être sauvée dans la mesure où ils avaient identifié les causes du problème et réduit les pertes. Par ailleurs, il a pris contact avec l'Office de cautionnement en date du 3 décembre 1997 et il déplore qu'il ait fallu à cet organisme plusieurs mois pour définir sa position. Monsieur G _____ a toutefois admis qu'il leur aurait fallu plusieurs années pour régler leurs dettes, vraisemblablement trois à quatre ans, mais en tout cas une année au minimum. Le dépôt de bilan a finalement été demandé par un petit créancier pour un montant de 1'500 fr. environ. Lorsque l'Office de cautionnement a posé ses conditions, Monsieur P _____ et lui-même ont été étonnés car elles n'avaient pas été évoquées auparavant. Il assure que

si tel avait été le cas ils n'auraient pas ainsi perdu leur temps et auraient cherché d'autres solutions, par exemple en demandant aux fournisseurs de différer leurs exigences ou de renoncer à une partie de leur créance. La caisse n'avait cependant pas alors été contactée à ce moment-là.

23. Madame EMERY, de la caisse, a dit se souvenir que Monsieur P _____ était effectivement passé l'informer de vive voix au mois de mai 1998 des difficultés rencontrées par la société. Aucun plan de paiement n'avait cependant été concrètement mis sur pied. Il s'était simplement engagé à payer la part pénale, ce qui a été fait.
24. Monsieur G _____ a encore précisé que s'il devait y avoir un responsable ce devait être lui car c'est lui qui gérait la société. Il a relevé que Monsieur P _____ avait travaillé durant des heures alors qu'il savait ne pas pouvoir être rémunéré, tout cela pour trouver une solution. Parfaitement au courant de la situation, Monsieur P _____ croyait en la survie de la société autant que lui-même. Monsieur G _____ a d'ailleurs renoncé à une partie de son salaire durant les derniers mois. Il a encore indiqué que Monsieur P _____ recevait à titre de rémunération pour son activité de comptable 5 à 6'000 fr. par année et qu'il avait travaillé les deux dernières années gratuitement. Son activité d'administrateur n'était en revanche pas rémunérée.
25. Un délai a été accordé aux parties pour communiquer leurs dernières observations étant précisé que la cause serait ensuite gardée à juger.
26. Par courrier du 17 novembre 2004, la caisse a indiqué avoir rencontré en ses locaux Monsieur G _____. Celui-ci lui a alors fourni les preuves de ses charges financières et familiales. La caisse a donc décidé de renoncer à une partie de son dommage le concernant, soit les frais, et de ne lui réclamer que le dommage correspondant aux cotisations, soit 9'611 fr. 70.
27. Monsieur G _____ s'est déclaré prêt à assumer cette dette et a proposé un plan de paiement de 200 fr. par mois sur quarante-huit mois, que la caisse a accepté.
28. Interrogé par le Tribunal de céans, la caisse, par courrier du 1^{er} décembre 2004, a indiqué que Monsieur G _____ s'était acquitté de son premier versement conformément à l'accord passé avec elle et qu'elle tenait cependant à ce qu'un jugement soit formellement rendu dans la mesure où elle ne renonçait pas à son dommage envers l'hoirie de Monsieur P _____.
29. Par courrier du 15 août 2005, la caisse a encore indiqué que Monsieur G _____ respectait ses engagements et avait versé, au 29 juillet 2005, la somme de Fr. 1'800.-, si bien que le solde du dommage ne s'élevait plus qu'à 7'811.70.

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 (TCAS), composé de cinq juges, dont un président et un vice-président, cinq suppléants et seize juges assesseurs (art. 1 let. r et 56T LOJ). Le Tribunal statue en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (cf. art. 1 let. r et 56V LOJ).

Suite à l'annulation de l'élection des seize juges assesseurs par le Tribunal fédéral (TF) le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente (art. 162 LOJ) permettant au TCAS de siéger sans assesseurs, à trois juges titulaires, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003 et a entraîné la modification de nombreuses dispositions dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants. La législation en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 demeure toutefois déterminante en l'espèce. En effet, d'après la jurisprudence, la législation applicable en cas de changement de règles de droit reste celle qui était en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (ATF 125 V 467 consid. 1 ; 126 V 166 consid. 4b), les faits sur lesquels l'autorité de recours peut être amenée à se prononcer dans le cadre d'une procédure de recours de droit administratif étant par ailleurs ceux qui se sont produits jusqu'au moment de la décision administrative litigieuse (ATF 121 V 366 consid. 1b). Les dispositions seront dès lors citées dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.
3. Aux termes de l'art. 82 al. 1 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS; RS 831.10), le droit de demander la réparation d'un dommage "se prescrit" lorsque la caisse de compensation ne le fait pas valoir par une décision en réparation dans l'année après qu'elle a eu connaissance du dommage. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit là d'un délai de péremption. La péremption devant être examinée d'office par le juge, il y a lieu de vérifier si la caisse de compensation a agi en temps utile (VSI 2001 consid. 2a p. 97s.; VSI 1996 consid. 3b p. 172; VSI 1993 consid. 2b p. 84; Revue à l'intention des caisses de compensation [RCC] 1991 consid. 2a p. 134s; RCC 1987 consid. 2 p. 608; ATF 112 V 8 consid. 4c = RCC 1986 consid. 4c p. 694).

Par "moment de la connaissance du dommage" au sens de l'art. 82 al. 1 RAVS, il faut entendre, en règle générale, le moment où la caisse aurait dû se rendre

compte, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances ne lui permettaient plus de recouvrer les cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (VSI 2001 consid. 3a p. 195; VSI 2001 consid. 2a p. 98; VSI 1996 consid. 3b p. 172; VSI 1995 consid. 2 p. 169s; ATF 119 V 92 consid. 3 = VSI 1993 p. 110; ATF 118 V 195 consid. 3a et réf. cit. = VSI 1993 p. 83; VSI 1993 consid. 3a p. 84; RCC 1992 consid. 5b p. 265; ATF 116 V 75 consid. 3b = RCC 1990 p. 415; ATF 113 V 181 consid. 2 = RCC 1987 p. 607; ATF 112 V 8 consid. 4d = RCC 1986 p. 493; ATF 112 V 158 = RCC 1987 p. 217). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a "rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer " (cf. FRITSCH, Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd., p. 112), d'où la perte de la caisse.

Si la faillite n'est liquidée ni selon la procédure ordinaire ni selon la procédure sommaire, il faut alors admettre que la connaissance et la survenance du dommage interviennent en règle générale au moment de la suspension de la liquidation de la faillite faute d'actifs, la date de la publication de cette mesure dans la FOSEC étant déterminante (ATF 123 V 16 consid. 5c = VSI 1997 p. 219). Aussi n'y a-t-il plus lieu de préciser dans ces cas-là - comme cela était la règle selon la jurisprudence antérieure (cf. RCC 1990 p. 302ss ; cf. également, plus récemment, l'ATF 128 V 1 consid. 5a = VSI 2002 p. 96) - que la connaissance et la survenance du dommage interviennent en même temps (VSI 2003 p. 435 consid. 2.3).

Pour admettre que la caisse de compensation a une connaissance suffisante du dommage, il faut cependant qu'à cette date, elle connaisse déjà l'existence, la nature et les éléments constitutifs essentiels du dommage ainsi que la personne tenue de le réparer (VSI 2002 p. 96 consid. 5a ; VSI 2001 consid. 3c p. 195). Comme la créance en cotisations impayées constitue la base permettant de déterminer l'ampleur du dommage, on admettra que la caisse de compensation aurait connu le dommage à la date de la publication de la suspension de la faillite déjà, uniquement si elle avait été en mesure à cette date de chiffrer le montant de sa créance de cotisations (VSI 2002 p. 96 consid. 5a ; ATF 126 V 445 = VSI 2001 p. 195 consid. 3c et réf. citées).

4. En l'espèce, la liquidation de la faillite a été suspendue faute d'actifs le 25 janvier 1999. En notifiant sa décision en réparation du dommage à l'encontre de MM. P_____ et G_____ le 25 janvier 2000, la caisse de compensation a donc respecté le délai d'un an prévu à l'art. 82 al. 1 RAVS.

Le Tribunal constate au surplus que tant les oppositions que la requête en mainlevée sont recevables à la forme (cf. art. 81 al. 2 et 3 RAVS).

5. S'agissant de Monsieur G_____, le Tribunal de céans prend acte de l'accord intervenu avec la caisse de compensation. Reste à trancher la question de la responsabilité de feu Monsieur P_____.

-
6. En vertu de l'article 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse de compensation est tenu à réparation. Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes responsables (VSI 1993 p. 83 consid. 2a; ATF 114 V 79 consid. 3 = RCC 1988 p. 631; ATF 113 V 256 consid. 3c = RCC 1988 p. 136; ATF 111 V 173 consid. 2 = RCC 1985 p. 650; RCC 1985 p. 603 consid. 2 et réf. citées).

Les prescriptions que doit respecter l'employeur sont tout d'abord celles de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants et de ses dispositions d'exécution, notamment celles concernant l'obligation de déduire, à chaque paiement de salaire, la cotisation du salarié, puis de la verser à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation, ainsi que l'obligation de remettre périodiquement à la caisse les pièces comptables concernant les salaires versés aux employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions (RCC 1985 p. 607 consid. 5; RCC 1985 p. 646 consid. 3a).

L'obligation de percevoir les cotisations et de régler les comptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. Celui qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'article 52 LAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (VSI 1993 p. 83 ss consid. 2a; ATF 111 V 173 consid. 2 = RCC 1985 p. 649; ATF 108 V 186 consid. 1a; ATF 108 V 192 consid. 2a = RCC 1983 p. 100; RCC 1985 p. 646 consid. 3a).

7. En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse en raison de la faillite de la société, ce qui représente, Fr. 13'149.80. A noter toutefois que depuis la date à laquelle la décision en réparation du dommage a été rendue, Monsieur G _____ a accepté de s'acquitter de ce montant à raison de mensualités de Fr. 200.- de telle manière que le dommage a été réduit d'autant.
8. Lorsque l'employeur est une personne morale, ses organes répondent solidairement, à titre subsidiaire, du dommage causé par celui-ci. En cas d'insolvabilité de l'employeur, ils peuvent donc être directement poursuivis, même si la personne morale existe toujours (ch. 7004 des directives de l'Office fédéral des assurances sociales [OFAS] sur la perception des cotisations [DP]; ATF 114 V 79 consid. 3; ATF 113 V 256 consid. 3c; RCC 1988 p. 136 consid. 3c).

Dans le cas des sociétés anonymes, le TFA s'est toujours référé à l'article 754 alinéa 1 du Code des obligations (CO; RS 220), en corrélation avec l'article 759 alinéa 1 CO. Conformément à ces dispositions, 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. 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 (organes formels), 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 (organes de fait; cf. notamment RCC 1988 p. 632 consid. 3).

Il se justifie d'appliquer les mêmes principes dans le cadre de l'article 52 LAVS car la responsabilité subsidiaire des organes d'une personne morale, dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants, découle indirectement des articles 55 alinéa 3 du code civil (CC; RS 210) et 754 CO, considérés comme l'expression de règles générales (ATF 96 V 125 = RCC 1971 p. 478). Au demeurant, les motifs qui sont à la base d'une extension de la notion d'organe en droit civil et qui procèdent de la volonté d'accorder une protection efficace aux créanciers sociaux sont tout aussi valables s'agissant de la responsabilité de droit public instituée par l'article 52 LAVS. Enfin, sous l'angle du principe de l'égalité de traitement entre les justiciables, il serait inéquitable, le cas échéant, de ne rechercher que les personnes inscrites au RC, lesquelles, précisément, n'avaient peut-être aucun pouvoir réel de décision (RCC 1988 p. 633 consid. 3).

9. En l'espèce, il ressort de l'extrait du RC que Monsieur P_____ était inscrit en qualité d'administrateur de la société au bénéfice d'une signature individuelle à compter. Il est ainsi indéniable qu'il avait la qualité d'organe de la société faillie.

Encore faut-il examiner s'il s'est rendu coupable d'une violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions régissant l'AVS. En effet, l'obligation de réparer le dommage n'existe, dans le cas concret, que s'il n'y a pas de circonstances faisant apparaître comme justifié le comportement de l'employeur ou excluant qu'il ait commis une faute intentionnellement ou par négligence. Il est donc concevable qu'un employeur causant un dommage à une caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions de l'AVS mais ne soit néanmoins pas tenu de la réparer, si des circonstances spéciales permettent de conclure que la non observation desdites prescriptions était permise ou ne représentait pas une faute (RCC 1985 p. 603 consid. 2 et réf. citées).

10. De jurisprudence constante, 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. La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité, d'un employeur

de la même catégorie que l'intéressé (RCC 1988 p. 634 consid. 5a; ATF 112 V 159 consid. 4 = RCC 1987 p. 217; RCC 1985 p. 51 consid. 2a; ATF 108 V 202 consid. 3a = RCC 1983 p. 106; RCC 1983 p. 377ss).

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. Une différenciation analogue s'impose lorsqu'il s'agit de déterminer la part de responsabilité des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985 p. 51 consid. 2a et p. 648 consid. 3b).

A cet égard, il sied de rappeler l'obligation imposée aux administrateurs par l'article 716a alinéa 1 CO de surveiller les personnes chargées de la gestion et de se faire renseigner régulièrement sur la marche des affaires. L'administration doit s'acquitter de cette tâche avec toute la diligence nécessaire en tenant compte des circonstances spéciales du cas particulier. Cela implique notamment l'obligation d'assister aux séances du conseil d'administration, de se faire renseigner périodiquement sur la marche des affaires, de lire les rapports d'un œil critique, de demander au besoin des renseignements complémentaires et d'intervenir lorsque des erreurs ou des irrégularités ont été constatées.

11. En l'espèce, il n'est pas contesté que le défendeur était informé de la situation et du fait que des cotisations demeuraient en souffrance.

C'est le lieu de rappeler que l'absence de ressources financières d'une société ne constitue pas à elle seule un motif suffisant pour disculper l'employeur et justifier son comportement ou pour exclure la faute qu'il a commise intentionnellement ou par négligence grave sinon la prescription de l'art. 52 LAVS serait en bonne partie vidée de son sens (RCC 1985 p. 647 consid. 3b). Il faut bien plutôt que l'employeur invoque des motifs concrets qui fassent apparaître son comportement – non observation de prescriptions causée par un manque de disponibilité – comme autorisé ou licite (exemple : qu'il se soit efforcé de trouver les ressources nécessaires ou ait signalé aux actionnaires les obligations financières existant envers la caisse de compensation).

12. On peut certes envisager qu'un employeur cause un dommage à la caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions en matière sans que cela n'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 105 V 186 consid. 1b, 193 consid. 2b ; RCC 1985 p. 603 consid. 2).

Ainsi, il peut arriver qu'en retardant le paiement de cotisations, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie, par exemple lors d'une phase 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 (ATFA 277/01 du 29 août 2002 consid. 2).

La jurisprudence n'admet en réalité que de manière très exceptionnelle qu'un employeur puisse décider de retarder le paiement des cotisations afin de maintenir son entreprise en vie lors d'une passe délicate de trésorerie (ATFA 154/00 du 22 août 2000, condis. 2c).

13. En l'occurrence, le défendeur a défendu l'argument selon lequel il pouvait objectivement se montrer optimiste quant aux perspectives de la société puisqu'après avoir procédé à quelques aménagements de manière à diminuer les charges, les pertes avaient pu être enrayerées. La faillite de la société et le dommage de la caisse ne seraient finalement imputables qu'au fait que la BCGe ait brutalement décidé de retirer la ligne de crédit qu'elle avait accordée à la société. Force est cependant de constater que durant les enquêtes, Monsieur G _____ a également admis que quoi qu'il en soit, et même si l'office de cautionnement leur avait fait une proposition qu'ils avaient pu accepter, il leur aurait fallu plusieurs années pour régler leur dette, vraisemblablement trois à quatre ans. Ceci ne saurait être considéré comme un délai raisonnable au sens de la jurisprudence. Force est de constater que les difficultés auxquelles s'est heurtée la société étaient bien trop importantes pour être qualifiées de simple passe délicate dans la trésorerie. On ne peut dès lors admettre qu'au moment de prendre la décision de retarder le paiement des cotisations des assurances sociales les défendeurs avaient des raisons objectives et sérieuses de penser qu'ils pourraient s'acquitter de leur dette rapidement, étant donné qu'ils étaient confrontés à des difficultés depuis 1995 déjà ainsi que cela ressort des enquêtes. Il convient en effet de rappeler que ce qui est déterminant n'est pas de savoir si l'organe croyait réellement que la société pouvait être sauvée et les cotisations payées dans un proche avenir mais bien plutôt de savoir si une telle attitude était alors défendable, objectivement, aux yeux d'un tiers raisonnable (RCC 1986 consid. 6 p. 237).

A la lumière de ce qui précède, le Tribunal de céans est d'avis que l'on ne peut que reconnaître la responsabilité par négligence grave de Monsieur P _____ dans le dommage subi par la caisse. Dès lors, il convient d'admettre la requête en mainlevée en ce qui le concerne.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :
Statuant conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ

A la forme :

1. Déclare recevable la requête en mainlevée ;

Au fond :

2. Prend acte du fait que la Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des entreprises romandes a décidé de renoncer, s'agissant de Monsieur G _____, à une partie de son dommage, et à ne réclamer que le montant correspondant aux cotisations, soit 9'611 fr. 70 ;
3. Prend acte de l'engagement de Monsieur G _____ à s'acquitter de cette somme à raison de 200 fr. par mois à compter du mois de novembre 2004 ;
4. L'y condamne en tant que de besoin ;
5. Lève l'opposition formée par Monsieur P _____ contre la décision du 25 janvier 2000, sous déduction des montants qui auront été effectués depuis le mois de novembre 2004 par Monsieur G _____ ;
6. Dit que la procédure est gratuite ;
7. 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 :

Janine BOFFI

Karine STECK

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