RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1475/2001 **ATAS/756/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 6

du 17 août 2006

En la cause

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, sise route de Chêne 54, 1208 GENEVE — demanderesse

contre

Monsieur P S_____, domicilié , 1214 Vernier, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître RYCHEN Stéphane — défendeurs

Monsieur A M_____, domicilié , 1290 VERSOIX, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître TORELLO Mario-Dominique

Monsieur P S1_____, domicilié , 1293 BELLEVUE

Siégeant : Monsieur Marc MATHEY-DORET, Juge suppléant, Mesdames Juliana BALDE et Isabelle DUBOIS, Juges

EN FAIT

1. La société X_____ SA (ci-après : SSP SA), inscrite au Registre du commerce le 5 mars 1992, était active dans le domaine de la fabrication de matériel destiné à la traction électrique et la distribution de voitures électriques.

   La faillite de SSP SA a été prononcée par jugement du Tribunal de Première Instance de Genève du 27 mars 2000.

   Antonio M_____, P S_____ et P S1_____ étaient administrateurs de SSP SA depuis sa constitution jusqu'à sa faillite.

2. SSP SA était affiliée pour le paiement des cotisations sociales auprès de la Caisse Cantonale genevoise de compensation (ci-après : CCGC) depuis 1992.

   Dès 1996, SSP SA a pris du retard dans le paiement des cotisations en raison de difficultés de trésorerie.

   Différents arrangements relatifs à des modalités de paiement échelonnés ont été discutés entre les organes de SSP SA et la CCGC.

   Les cotisations sociales dues jusqu'à la fin de l'année 1998 ont finalement été entièrement acquittées.

3. En date du 7 septembre 1998, SSP SA a conclu avec LA POSTE SUISSE un important contrat dans le cadre d'un projet de développement en commun d'une flotte de véhicules électriques baptisés CityCar, portant sur la fourniture et la maintenance de 30 véhicules, pour un prix de Fr. 1 million, échelonné sur une période estimée à environ 6 mois.

   Un litige est survenu entre SSP SA et LA POSTE SUISSE concernant notamment le règlement du solde du prix en Fr. 100'000.-- dont cette dernière ne s'est pas acquittée.

   De nombreux échanges de correspondance et une tentative de médiation sous l'égide de l'Office fédéral de l'énergie, depuis le mois de juin 1999, n'ont pas permis de résoudre ce différend.

   SSP SA a par la suite élevé des prétentions complémentaires à l'égard de LA POSTE SUISSE à hauteur de Fr. 160'000.-- en relation avec un surcoût de production qu'elle estimait devoir lui être remboursé.

4. Parallèlement, face aux difficultés financières croissantes de SSP SA, les organes de cette dernière sont intervenus auprès de différents créanciers, obtenant la post-position de certaines créances et des plans de paiement échelonnés pour d'autres.

SSP SA a procédé au licenciement de l'essentiel des effectifs de juin à novembre 1999, limitant l'activité de la société au strict minimum, afin de réduire les frais fixes.

5. En date du 18 février 2000, SSP SA a encore versé à la CCGC une somme de Fr. 17'795,80 en règlement partiel des cotisations dues pour l'année 1999.

6. Les organes de SSP SA ont déposé le bilan le lendemain, 19 février 2000 et la faillite a été prononcée par jugement du Tribunal de Première Instance de Genève le 27 mars 2000.

   La CCGC a produit dans la faillite à hauteur de Fr. 19'558,10 correspondant au solde des cotisations dues pour les années 1999 et 2000, intérêts et frais compris, cotisations qui avaient fait l'objet d'une procédure de recouvrement par le service de contentieux de la CCGC dès le mois d'avril 1999 et de deux décisions de cotisations datées du 8 mars 2000 après réception des attestations définitives de salaire de l'employeur pour l'année 1999. Il ne ressort pas du dossier que des arrangements de paiement auraient été convenus entre les parties au sujet desdites cotisations.

   Selon l'état de collocation dressé par l'Office des faillites le 6 septembre 2000, aucun dividende n'a été versé à la CCGC.

   LA POSTE SUISSE a été colloquée comme créancière à hauteur de Fr. 921'000.-- environ.

7. Par décisions du 23 mai 2001, reçues le 25 mai 2001 par A M_____ et P S1_____ et le 28 mai 2001 par P S_____, la CCGC a réclamé aux défendeurs solidairement entre eux la réparation du dommage en application de l'article 52 LAVS pour un montant de Fr. 19'558,10.

8. Par courrier daté du 19 juin 2001, P S1_____ a formé opposition à l'encontre de ladite décision, contestant en substance avoir fait preuve de grave négligence en relation avec le paiement des cotisations dues à la CCGC.

   Par courrier daté du 27 juin 2001, A M_____ a également formé opposition, pour les mêmes motifs.

   Par lettre du 22 juin 2001, P S_____ a aussi formé opposition à l'encontre de la décision qui lui avait été notifiée, exposant en substance que le conseil d'administration de SSP SA avait tout mis en œuvre pour tenter d'éviter la faillite de la société, en prenant notamment des mesures d'assainissement sévères et en procédant au paiement des créanciers indispensables à sa survie à une période où elle avait des raisons sérieuses et objectives de penser qu'elle pourrait s'acquitter

dans un délai raisonnable des arriérés de cotisations dus à la CCGC, eu égard notamment au contrat signé avec LA POSTE SUISSE.

9. En date du 20 juillet 2001, la CCGC a ouvert action en responsabilité selon l'article 52 LAVS devant la Commission cantonale de recours AVS-AI-APG-PCF-PCC-RMCAS-AMat (devenue entre-temps le Tribunal cantonal des assurances sociales - TCAS) contre A M_____, P S_____ et P S1_____, concluant à la confirmation de ses décisions du 23 mai 2001.

   La CCGC a jugé que l'opposition formée par A M_____ était irrecevable car tardive.

   La CCGC faisait valoir que SSP SA avait connu des difficultés chroniques et non seulement passagères de trésorerie, si bien que ses administrateurs ne pouvaient affirmer qu'ils avaient eu des raisons objectives et sérieuses d'escompter un règlement dans un avenir proche des cotisations sociales, lesquelles avaient toujours été payées avec du retard.

10. Appelés à se prononcer, P S_____ et P S1_____ ont persisté dans les termes et conclusions de leurs oppositions, en date des 22 et 17 août 2001 respectivement, dans le délai qui leur avait été imparti. A M_____ ne s'est pas prononcé.

11. La cause a été transférée au TCAS conformément aux dispositions de la loi du 4 novembre 2002 modifiant la Loi sur l'organisation judiciaire (LOJ) et enregistrée sous référence A/1475/01.

12. La faillite de SSP SA a été clôturée par jugement du 22 septembre 2003. Aucun dividende n'a été versé à la CCGC.

13. Le TCAS a ordonné une audience de comparution personnelle des parties qui a eu lieu le 19 octobre 2004, à laquelle les parties se sont présentées à l'exception de P S1_____, en déplacement en Chine.

   En substance, les défendeurs ont exposé que SSP SA était une *"start-up"* qui, dans une première phase, avait investi dans le développement, puis dans la production et la vente de véhicules écologiques dès 1996. Dès l'origine, SSP SA avait éprouvé des difficultés à régler régulièrement les cotisations sociales. La CCGC lui avait accordé des délais que SSP SA s'était efforcée de tenir, sans toutefois toujours y parvenir.

   SSP SA avait connu un important litige avec LA POSTE SUISSE, laquelle avait refusé de lui payer un solde de créance de Fr. 100'000.-- invoquant des problèmes de qualité des véhicules livrés. En dépit de la médiation de l'Office fédéral de l'énergie, ce litige n'avait pu trouver de solution.

SSP SA disposait d'autres perspectives de marché, notamment dans le cadre d'Expo 02 et des jeux olympiques 2002. Cependant, l'activité de SSP SA s'était considérablement ralentie et les organes de la société avaient tenté de limiter les coûts au maximum, par une compression du personnel notamment, ainsi qu'une réduction de loyer. Ces mesures n'avaient pas suffi et le bilan avait dû être déposé le 19 février 2000.

Les défendeurs s'étonnaient que LA POSTE SUISSE ait été admise à l'état de collocation de la faillite de SSP SA pour une créance de plus de Fr. 900'000.--. Ils exposaient encore avoir décidé de régler en priorité les fournisseurs stratégiques avant la faillite, afin de tenter de poursuivre l'exploitation. Les défendeurs sollicitaient l'audition des organes de la faillite.

Pour sa part, la CCGC expliquait avoir entretenu des contacts réguliers avec les organes de SSP SA. En présence de difficultés périodiques de trésorerie, la CCGC avait pour pratique d'accorder des délais de paiement, mais à condition que les cotisations courantes soient au moins réglées. Si les engagements n'étaient pas suivis, l'arrangement tombait et des poursuites étaient engagées, selon une pratique susceptible d'être modulée selon les circonstances. La CCGC précisait qu'il était difficile de contrôler le respect du règlement des cotisations courantes, dans la mesure où elle ignorait dans un premier temps quel en était le montant, jusqu'à ce qu'il soit déclaré par l'employeur. En l'occurrence, nonobstant le fait que SSP SA n'avait pas toujours respecté ses engagements, la CCGC avait renoncé à entamer de nouvelles procédures de poursuite et en avait suspendu, à la demande de SSP SA. Globalement, l'on constatait que des cotisations avaient cependant régulièrement pu être payées.

14. Une nouvelle audience de comparution personnelle des parties a eu lieu le 16 novembre 2004 afin d'entendre P S1_____.

Ce dernier a confirmé les déclarations faites par Messieurs P S_____ et A M_____ lors de l'audience du 19 octobre 2004. P S1_____ a précisé avoir personnellement négocié avec les représentants de LA POSTE SUISSE le règlement du solde de la créance de SSP de Fr. 100'000.--, qui était selon lui clairement dû, les problèmes techniques rencontrés dans un premier temps ayant ensuite été réglés. P S1_____ considérait que LA POSTE SUISSE avait cherché une échappatoire pour sortir du contrat. P S1_____ contestait la réalité de la créance de Fr. 921'000.-- de LA POSTE SUISSE colloquée dans la faillite de SSP SA, au motif que l'ensemble des véhicules avaient été livrés et n'avaient pas été retournés par LA POSTE SUISSE. Ces véhicules roulaient d'ailleurs encore.

Face aux difficultés financières, les organes de SSP avaient essayé de régler les dettes par ordre de priorité, afin d'assurer au mieux la pérennité de la société, c'est-à-dire la continuité des affaires.

M_____ sollicitait l'audition des organes de la faillite afin de déterminer ce qu'il était advenu du brevet et des dépôts de modèles dont SSP SA était titulaire.

15. Par courrier daté du 13 novembre 2004 adressé au TCAS, P S1_____ a soulevé l'exception de prescription à l'égard des montants réclamés par la CCGC.

16. A la demande du TCAS, l'Office des faillites lui a transmis en date du 26 novembre 2004 les bilans et comptes de pertes et profits de SSP SA pour les trois derniers exercices précédant la faillite.

    Il ressort de ces documents que le bilan pour l'exercice arrêté au 31 mars 1997 présente un déficit cumulé de Fr. 399'513,98, passé à Fr. 689'729,04 au 31 mars 1998, puis à Fr. 1'508'980,49 au 31 mars 1999.

17. Après avoir transmis aux parties les documents comptables susmentionnés ainsi que l'état de collocation et le tableau de distribution de la faillite de SSP SA reçus de l'Office des faillites, le TCAS a imparti aux parties un délai au 1er mars 2005 pour formuler leurs observations écrites.

18. Dans leurs observations respectives, les parties ont persisté dans leur position.

    Dans ses observations du 1er mars 2005, P S_____ a contesté la manière dont l'Office des faillites avait établi l'état de collocation, ainsi que l'absence d'intervention de la CCGC dans le cadre de la faillite. Selon P S_____, de nombreuses créances auraient été admises à tort à l'état de collocation, en particulier celle de LA POSTE SUISSE. L'état de collocation ne permettrait pas d'apprécier a posteriori la situation réelle de SSP SA présidant à la décision de différer le paiement des cotisations sociales réclamées par la CCGC, cette décision reposant sur la conviction fondée que la société aurait été en mesure de les régler à court ou moyen terme et de poursuivre son exploitation.

    A l'occasion de ses observations transmises dans le délai prolongé au 1er avril 2005, A M_____ a soulevé l'exception de prescription. Au reste, A M_____ contestait le principe de sa responsabilité exposant, pour les cotisations de l'année 2000 qu'aucun retard ne saurait lui être imputé, dès lors que les cotisations y afférentes n'étaient devenues exigibles qu'au 31 mars 2000, soit postérieurement au prononcé de la faillite de SSP SA. Concernant les cotisations pour l'année 1999, A M_____ faisait valoir qu'il n'avait pas fait preuve de négligence en différant leur paiement, escomptant à brève échéance encaisser une créance importante contre LA POSTE SUISSE et expliquant pour le surplus avoir

lui-même injecté des sommes importantes dans la société et tenté, par des mesures de réduction du personnel, de limiter le dommage de la CCGC.

P S1_____ s'est rallié aux arguments et observations de P S_____, ce dont il a informé le TCAS par courrier daté du 28 février 2005.

La CCGC, pour sa part, a persisté dans les termes de sa réclamation. L'exception de prescription était mal fondée, l'article 52 al. 3 LAVS dans sa nouvelle teneur n'était pas applicable au cas d'espèce. Au reste, les pièces comptables ainsi que l'état de collocation transmis par l'Office des faillites démontraient que les organes de SSP n'avaient aucune raison sérieuse de penser qu'ils auraient pu s'acquitter du montant des cotisations dans un délai raisonnable. Le solde de la créance invoquée contre LA POSTE SUISSE n'était pas déterminant au vu de la situation financière catastrophique de SSP SA.

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'article 3 alinéa 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-AI (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 (LPGA), du 6 octobre 2000, est entrée en vigueur le 1er janvier 2003. Les nouvelles dispositions légales ont notamment remplacé la procédure de la décision administrative, suivie, en cas d'opposition, d'une action de la caisse en réparation du dommage (ancien art. 81 RAVS), par une procédure de décision, de décision sur opposition et de recours de droit administratif (art. 52 al. 2 LAVS, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2003, art. 52 et 56 LPGA). La procédure de l'action en réparation du dommage est toutefois applicable en l'espèce, dès lors que la LPGA n'était pas encore en vigueur au moment où la CCGC a ouvert une

telle action contre M_____, P S_____ et P S1_____ (ATF 130 V 1).

4. Selon l'article 52 LAVS, tel qu'en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, 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'organe est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom (ATF 123 V 15 consid. 5b, 122 V 66 consid. 4a, 119 V 405 consid. 2 et les références). Ces principes demeurent applicables en l'espèce, dès lors que selon la jurisprudence, en cas de changement de règles de droit et en l'absence de réglementation transitoire, le droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits est pertinent (ATF 127 V 467 consid. 1). Au demeurant, l'article 52 al. 1 LAVS en vigueur depuis le 1er janvier 2003 reprend l'ancien article 52 LAVS quasiment sans modification. Les termes *"caisse de compensation"* sont remplacés par *"assurance"* (en allemand : remplacement de *"Ausgleichkasse"* par *"Versicherung"* ; en italien : suppression de *"cassa di compensazione"*), sans que cela entraîne un changement quant aux conditions de la responsabilité de l'employeur (ATF 129 V 13 sv. consid. 3.5).

5. L'ancien article 82 RAVS, qui régissait les effets du temps sur une créance en réparation du dommage, a été abrogé à la suite de l'entrée en vigueur de la LPGA, le 1er janvier 2003. La question est désormais réglée par l'article 52 al. 3 LAVS.

   Les défendeurs excipent de la prescription en invoquant l'article 52 al. 3 LAVS dans sa nouvelle teneur. Ils exposent que le délai de prescription aurait été interrompu pour la dernière fois au mois d'août 2001, lorsque la Commission cantonale de recours AVS-AI-APG-RCF-PCC-RMCAS-AMat alors compétente les a invité à répondre à la demande de mainlevée de l'opposition formée par la CCGC. Ensuite, selon les défendeurs, aucun acte interruptif de prescription n'aurait eu lieu jusqu'à la convocation qui leur a été adressée par le Tribunal de céans le 30 septembre 2004. Les prétentions de la CCGC seraient donc prescrites dans l'intervalle.

6. Selon l'ancien article 82 al. 1 RAVS, le droit de demander la réparation du dommage se prescrit lorsque la caisse de compensation ne le fait pas valoir par une décision de réparation dans l'année après qu'elle a eu connaissance du dommage, et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du fait dommageable. Il s'agit de délais de péremption, en ce sens que la caisse de compensation est déchue du droit d'exiger la réparation du dommage si elle n'a pas agi dans les délais requis (ATF 128 V 12 consid. 5a, 17 consid. 2a, 126 V 451 consid. 2a, 121 III 388 consid. 3b et les références ; cf. également Andrea Braconi, Prescription et péremption dans l'assurance sociale, in : Droit privé et assurances sociales, Fribourg 1990, p. 223 et 227 ss). Si elle a rendu une décision

de réparation du dommage dans ces délais et, en cas d'opposition, ouvert une action dans les 30 jours à compter du moment où elle a eu connaissance de l'opposition (ancien art. 81 al. 3 RAVS), ses droits sont sauvegardés pour toute la durée de la procédure, jusqu'à ce que la décision entre en force ou qu'un jugement définitif soit rendu (RCC 1991 p. 136 consid. 2c ; arrêt non publié B. du 8 janvier 1990 [H 102/88] consid. 2c).

7. L'article 52 al. 3 LAVS, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2003, prévoit que le droit à réparation est prescrit (« verjährt » ; « si prescrive ») deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus et l'employeur peut renoncer à s'en prévaloir. Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (FF 1994 V p. 964 sv., 1999 p. 4422).

8. La LPGA ne prévoit pas de disposition transitoire relative aux délais de péremption et de prescription prévus par l'ancien art. 82 RAVS et l'article 52 al. 3 LAVS. En l'absence d'une telle disposition, 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 1b 203 sv. consid. 7b, 102 V 207 sv. consid. 2 ; RDAF 1998 II p. 189 sv. consid. 7a ; RDAT 1995 I n. 46 p. 115 sv. 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, ce qui conduirait en l'occurrence à l'application de l'ancien article 82 RAVS exclusivement (ATF H96/03 du 30 novembre 2004 c. 9.2.1).

9. Il n'y a pas lieu de trancher cette question dans le cadre de la présente procédure. De même n'est-il pas nécessaire d'examiner si, comme le soutiennent les défendeurs, une créance en réparation du dommage est susceptible de prescription au sens de l'article 52 al. 3 LAVS alors même qu'elle fait l'objet d'une procédure judiciaire en cours.

   En effet, le délai de deux ans prévus par une disposition ne commencerait à courir, le cas échéant, qu'à partir de l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation, le 1er janvier 2003, et pour autant que la créance ne soit pas déjà périmée à cette date conformément à l'ancien article 82 al. 1 RAVS (ATF 107 1b 203 sv. consid. 7b, 102 V 207 sv. consid. 2 ; RDAF 1998 II p. 189 sv. consid. 7a, RDAT 1995 I n. 46 p. 115 sv. consid. 3).

Or, les prétentions de la CCGC ne seraient en tous les cas pas prescrites dès lors qu'il s'est écoulé moins de deux ans entre le 1er janvier 2003, date de l'entrée en vigueur de la LPGA, et la date à laquelle les défendeurs eux-mêmes admettent que la prescription aurait, en toutes hypothèses, été valablement interrompue, le 30 septembre 2004, lorsque le Tribunal de céans leur a adressé une convocation, ce qui constitue un acte de procédure interruptif de prescription.

10. Le dommage au sens de l'ancien article 52 LAVS survient dès que l'on doit admettre que les cotisations dues ne peuvent plus être recouvrées, pour des motifs juridiques ou de fait (ATF 129 V 195 consid. 2.2, 126 V 444 consid. 3a, 121 III 384 consid. 3bb, 388 consid. 3a). Tel sera le cas lorsque des cotisations sont frappées de péremption, ou en cas de faillite, en raison de l'impossibilité pour la caisse de récupérer les cotisations dans la procédure ordinaire de recouvrement. Le dommage subi par la caisse est réputé être survenu 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 et la date à partir de laquelle court le délai de 5 ans de l'ancien article 82 al. 1 in fine RAVS (ATF 129 V 195 consid. 2.2, 123 V 16 consid. 5c). En ce qui concerne le moment de la connaissance du dommage en cas de faillite, en revanche, la jurisprudence retient généralement celui du dépôt de l'état de collocation, ou celui de la publication de la liquidation de la faillite faute d'actifs (ATF 129 V sv. consid. 2.3).

11. En l'espèce la faillite a été prononcée le 27 mars 2000 et l'état de collocation déposé le 6 septembre 2000. C'est à ce moment-là que la demanderesse a su qu'elle subirait un dommage. Force est dès lors de constater que par ses décisions en réparation du dommage notifiées le 23 mai 2001, la Caisse a respecté le délai de péremption d'un an dès la connaissance du dommage prévu à l'article 82 al. 1 RAVS (RCC 1990, p. 302). Le délai de cinq ans dès la survenance du dommage est également à l'évidence sauvegardé.

12. P S_____ et P S1_____ ont formé opposition les 19 et 22 juin 2001, soit en temps utile (article 81 al. 2 RAVS).

    En revanche, l'opposition formée par A M_____ le 27 juin 2001, alors qu'il avait reçu la décision de la Caisse le 25 mai 2001, est tardive et, par conséquent irrecevable. A noter que la tardiveté de l'opposition n'a jamais été contestée par M_____, lequel a indiqué dans son opposition que ce retard était dû à un *"un mois de juin très occupé"*, ce qui ne saurait constituer un empêchement valable au sens de la loi.

13. La Caisse a déposé sa requête en mainlevée de l'opposition auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI-APG-RCF-PCC-RMCAS-AMat, compétente en la matière jusqu'au 31 juillet 2003, le 20 juillet 2001 soit dans le

délai de 30 jours, de sorte que celle-ci est recevable à la forme (article 81 al. 3 RAVS).

14. Selon l'article 52 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.

Le montant du dommage correspond à la perte subie par la caisse. Appartiennent à ce montant les cotisations paritaires (cotisations patronales et d'employés ou ouvriers) dues par l'employeur, les contributions, frais d'administration, les intérêts moratoires, les taxes de sommation et les frais de poursuite (Directives sur la perception des cotisations N° 6010).

En l'espèce, le dommage subi par la Caisse consiste en la perte de la créance qu'elle possédait contre la société, représentant le complément de cotisations paritaires AVS-AI restées impayées pour un total de FR. 19'558,10. Le Tribunal de céans prend acte à cet égard que le montant n'est pas contesté.

15. L'art 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les articles 34 et ss. 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 des décomptes est pour l'employeur une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a déclaré à réitérées reprises que la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS est liée au statut de droit public (RCC 1987 p. 220). L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (RCC 1985 p. 646).

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, p. 259 ; RCC 1972, p. 687). La caisse de compensation qui constate qu'elle a subi un dommage par suite de la non-observation de prescriptions peut admettre que l'employeur a violé celles-ci intentionnellement ou du moins par négligence grave, dans la mesure où il n'existe pas d'indice faisant croire à la légitimité de son comportement ou à l'absence d'une faute (cf. ATFA du 28 juin 1982, RCC 1983, p. 101).

16. 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 aktienrechtlische Verantwortlichkeit, 2ème éd., pages 209 et ss).

En l'occurrence, les défendeurs, tous anciens administrateurs de SSP SA, sont inscrits comme tels au Registre du commerce. Il ont dès lors indiscutablement la qualité d'organes formels de la société anonyme. (cf. Forstmoser, op. cit. N° 654 et 655, p. 2089 ; Guhl, Merz & Kummer, Das schweizerische Obligationenrecht, 7ème édition, p. 691; ATF 86 II 271 et 93 II 22).

17. De jurisprudence constante, le TFA a reconnu qu'il y a négligence grave lorsque l'employeur ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement, dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (cf. RCC 1972, p. 690). La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard doit donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité et de gestion, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé-e. Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, on peut, par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions (cf. RCC 1972, p. 690 ; RCC 1978, p. 261). Une différenciation semblable s'impose également, lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985, p. 51, consid. 2a et p. 648, consid. 3b).

18. Selon la jurisprudence du TFA, un organe n'est toutefois pas réputé avoir commis une négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS, lorsqu'un assainissement de la

société était encore possible au moment où il a différé le paiement des cotisations pour s'acquitter des salaires ou des factures de fournisseurs.

19. En l'espèce, les défendeurs étaient administrateurs de SSP SA depuis sa constitution jusqu'au prononcé de la faillite le 27 mars 2000. Dès l'origine, selon les explications des défendeurs, SSP SA, qui était une *"start-up"*, a connu des difficultés financières, lesquelles se sont notoirement aggravées au cours des derniers exercices comptables avant la faillite. Durant cette période, les organes de SSP SA ont choisi de privilégier certains créanciers, qualifiés de stratégiques, soit en particulier les fournisseurs, au détriment de la Caisse, de manière à tenter de poursuivre l'activité de la société malgré ses difficultés financières. Les administrateurs recherchés en responsabilité connaissaient ces difficultés financières et le fait que les cotisations sociales n'étaient pas acquittées à temps.

    Dès le mois de septembre 1995 et jusqu'à fin 1998, différents arrangements de paiement ont été discutés entre les organes de SSP SA et la CCGC, lesquels n'ont pas toujours été scrupuleusement respectés. Cependant, SSP SA a régulièrement versé des montants à la CCGC, si bien que sa situation était quasiment à jour à la fin de l'année 1998.

    Lors de la faillite de SSP SA, la CCGC a subi un dommage correspondant à l'arriéré dû pour la période du 1er janvier 1999 au jour de la faillite, étant précisé que SSP SA s'est encore acquittée d'une somme de FR. 17'795,80 en faveur de la CCGC à la veille du dépôt de bilan. Il ne ressort pas du dossier que des arrangements relatifs au paiement de ces cotisations sociales auraient été convenus entre les parties.

20. Les défendeurs estiment n'avoir pas fait preuve de grave négligence au sens de l'article 52 LAVS.

    Ils exposent qu'ils escomptaient pouvoir régler à brève échéance les cotisations dues en encaissant un solde de créance de LA POSTE SUISSE. Ils font valoir, en substance, que l'on ne saurait leur reprocher de n'avoir pas d'emblée déposé le bilan plutôt que de tenter par différents moyens de recouvrer cette créance.

    Ils indiquent par ailleurs qu'indépendamment du recouvrement de ladite créance, différentes perspectives de marché s'offraient encore à SSP à l'époque.

    En outre, les organes de SSP SA expliquent avoir pris des mesures d'assainissement, en particulier une réduction drastique du personnel dès le printemps 1999, en réduisant l'activité de la société au strict minimum, de sorte notamment à limiter les cotisations sociales.

    Enfin, les défendeurs critiquent avec véhémence les organes de la faillite qui, selon eux, auraient colloqué à tort de nombreux créanciers, en particulier LA

POSTE SUISSE pour un montant de Fr. 921'000.--, l'état de collocation ne reflétant pas selon eux la situation véritable de la société avant la faillite. En outre, les défendeurs reprochent aux organes de la faillite de n'avoir pas suffisamment valorisé les actifs de la société.

21. Il ressort certes des éléments du dossier que les défendeurs n'ont pas fait preuve d'immobilisme face aux difficultés financières chroniques de SSP SA.

Des mesures d'assainissement ont été prises de sorte à réduire le dommage causé à la CCGC, par le biais d'une réduction importante du personnel et, partant, de la masse salariale soumise à cotisation. Au demeurant, le Tribunal ne met pas en doute la bonne foi des défendeurs lorsqu'ils affirment avoir eu la conviction, à l'époque, de trouver une issue transactionnelle avec LA POSTE SUISSE permettant à SSP SA de recouvrer le solde de la créance invoquée. Il n'est par ailleurs pas exclu que l'état de collocation de la faillite de SSP ne reflète pas fidèlement l'état du passif avant la faillite, comme le soutiennent les défendeurs.

Il n'en demeure pas moins qu'il ressort de manière indiscutable des bilans et comptes de pertes et profits des trois derniers exercices de SSP SA avant la faillite que l'endettement de ladite société s'est accru de manière constante et considérable, pour passer de Fr. 399'513,98 au 31 mars 1997, à Fr. 689'729,04 au 31 mars 1998, puis à Fr. 1'508'980,49 au 31 mars 1999. Le rapport de l'organe de révision pour l'exercice arrêté au 31 mars 1997 mentionnant déjà expressément le risque de surendettement.

Cette situation démontre que SSP ne faisait pas face à un manque passager de liquidités, mais à des difficultés beaucoup plus sérieuses nécessitant d'emblée un véritable assainissement. Dans ce contexte, l'encaissement éventuel d'un solde de créance de Fr. 100'000.-- n'apparaît en particulier pas déterminant, au vu de l'importance du surendettement. Les mesures de réduction du personnel entreprises une année avant la faillite, si elles ont certainement permis de réduire le préjudice, apparaissent manifestement insuffisantes et tardives.

Dans ces circonstances, poursuivre l'exploitation en laissant s'accroître l'arriéré de cotisations sociales revenait à faire supporter à la CCGC le risque du redressement espéré, mais incertain, et constituait une négligence grave. Que les administrateurs aient été intimement convaincus de leurs chances de réussite et qu'ils aient eux-mêmes subi des pertes n'exclut pas une telle négligence (ATF H. 96/2003 du 30 novembre 2004, c. 9.2).

22. Par appréciation anticipée des preuves, il ne sera pas donné suite à la demande des défendeurs d'entendre les organes de la faillite, dès lors qu'au vu des pièces comptables de SSP SA et indépendamment de la manière dont l'Office des faillites a établi l'état de collocation et valorisé les actifs de la faillite, le Tribunal

de céans a acquis la conviction qu'une négligence grave doit être reprochée aux défendeurs au sens de l'article 52 LAVS.

23. Au vu de ce qui précède, la mainlevée de l'opposition formée par P S_____ et P S1_____ sera accordée.

L'opposition formée par A M_____, pour sa part, est irrecevable.

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 l'action en responsabilité formée par la Caisse cantonale genevoise de compensation le 20 juillet 2001.

Au fond :

2. Admet l'action en responsabilité formée par la Caisse cantonale genevoise de compensation le 20 juillet 2001 contre Messieurs A M_____, P S_____ et P S1_____.

3. Prononce la mainlevée de l'opposition formée par Messieurs P S_____ et P S1_____ à la décision en réparation du dommage de la Caisse cantonale genevoise de compensation du 23 mai 2001 à hauteur de Fr. 19'558,10.

4. Confirme l'irrecevabilité de l'opposition formée par Monsieur A M_____ contre la décision en réparation du dommage de la Caisse cantonale genevoise de compensation du 23 mai 2001.

5. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

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. Ce mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs le recourant estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter la signature du recourant ou 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 au mémoire s'il s'agit de pièces en possession du recourant. Seront également jointes au mémoire la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière	Le Juge suppléant
Nancy BISIN	Marc MATHEY-DORET

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