



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1670/2002

ATAS/776/2004

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 16 septembre 2004

6^{ème} Chambre

En la cause

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,
route de Chêne 54, Genève

**Demanderesse en
mainlevée
d'opposition**

contre

Monsieur O _____, et Monsieur G _____, tous deux Défendeurs
comparant par Me Marco ZIEGLER en l'étude duquel ils élisent
domicile

et

Monsieur P _____

Tous les trois ex-administrateurs de la société X _____ SA, en
liquidation

**Siégeant : Monsieur Jean-Louis BERARDI, Juge suppléant, Mesdames Karine STECK
et Isabelle DUBOIS, Juges**

EN FAIT

1. X_____ SA, en liquidation avait notamment pour but la fabrication de machines mécaniques. Elle était administrée en particulier par G_____ (du 23 novembre 1995 au 26 avril 2001), O_____ (du 20 janvier 1998 au 26 avril 2001), P_____ (du 20 janvier 1998 au 27 janvier 1999) et F_____ (du 11 décembre 2000 au 26 avril 2001), tous quatre titulaires de la signature collective à deux.

L'inscription de Monsieur P_____ au registre du commerce de Genève a été radiée le 11 décembre 2000.

2. Occupant une vingtaine de salariés, la société était affiliée en qualité d'employeur d'abord à la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : CCGC) d'avril 1996 à décembre 1997, puis, dès le 1^{er} janvier 1998, à la Caisse interprofessionnelle d'assurance vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux (aujourd'hui : Fédération des entreprises romandes Genève, ci-après : FER CIAM), de janvier 1998 à avril 2001.
3. Le 21 mars 2001, les administrateurs de X_____ SA ont requis du Tribunal de première instance de Genève la mise en faillite de la société. Dans un courrier du 25 mars 2001, ils ont en substance exposé que, suite à des multiples démarches débutées en octobre 1998, ils avaient pu obtenir en octobre 2000 un prêt bancaire grâce à un cautionnement que la fondation START - PME avait accordé après la prise de participation majoritaire du capital-actions par ANCA Pty Ltd Australie (ci-après : ANCA). Malheureusement, en raison du refus inexplicable de cette dernière société de verser des fonds complémentaires, X_____ SA n'avait finalement pas pu honorer ses commandes.
4. Par jugement du 26 avril 2001, le Tribunal de première instance a prononcé l'ouverture de la faillite de la société. Le dépôt de l'état de collocation a été publié dans la Feuille d'avis officielle du 3 octobre 2001.
5. Par décisions des 11 juillet et 11 septembre 2001 (reçues respectivement les 12 juillet et 16 septembre 2001), la CCGC a informé Messieurs G_____, O_____, P_____ et F_____ de ce qu'elle les rendait responsables du préjudice qu'elle avait subi dans la faillite, soit Fr. 61'255.20, correspondant au solde des cotisations paritaires dues pour l'année 1997, y compris les intérêts moratoires, les frais de gestion et les taxes de sommation.
6. Dans leurs oppositions des 5 août et 11 octobre 2002, reçues par la caisse les 7 août et 14 octobre 2002, Messieurs O_____ et G_____ ont en substance fait valoir qu'aucune faute grave ne pouvait leur être reprochée, compte

tenu des circonstances – capitalisation et financement insuffisant dès la reprise de la société, début 1996, par l'ensemble des employés suite à la faillite personnelle du propriétaire précédent (Monsieur H _____) ; décès du responsable des ventes à la fin 1997 ; importants efforts des administrateurs pour trouver un financement ; perte accidentelle d'une machine en Chine en février 1998 ; refus du partenaire australien ANCA d'honorer ses engagements (soutien financier et apport de commandes importantes), alors qu'un accord était sur le point d'aboutir à fin 1998/début 1999. Monsieur O _____ a par ailleurs contesté devoir régler des cotisations paritaires pour l'année 1997, dès lors qu'il n'était devenu administrateur de la société qu'à partir du mois de janvier 1998.

Monsieur P _____ a formé opposition par acte du 6 août 2002, reçu le 12 août suivant, insistant également sur le fait qu'il n'était devenu administrateur de la société que dès le 20 janvier 1998.

Le 12 juillet 2002, par l'entremise de l'Union industrielle genevoise (ci-après : UIG), dont il était membre, Monsieur F _____ a nié toute responsabilité en l'espèce. Pièces à l'appui, il a fait valoir que sa désignation comme administrateur de X _____ SA était intervenue à la demande expresse de la fondation START – PME et que son mandat s'était limité à surveiller plus particulièrement les aspects industriels sur les plans commercial et technique.

7. Par acte du 11 septembre 2002, la CCGC a annulé sa décision en réparation du dommage notifiée le 12 juillet précédent à Monsieur F _____.
8. Par écritures des 12 septembre et 1^{er} novembre 2002, la CCGC a saisi la Commission cantonale genevoise de recours en matière d'AVS (aujourd'hui : Tribunal cantonal des assurances sociales, ci-après : TCAS), en concluant à la mainlevée des oppositions formées par Monsieur G _____, Monsieur O _____, Monsieur P _____, assignés conjointement et solidairement. La caisse a exposé qu'entre avril 1996 et décembre 1997 les cotisations n'étaient pas versées dans les délais. Par ailleurs, les négociations avec ANCA en 1999 (recte : 1998) étaient intervenues bien après l'échéance des cotisations dues à fin 1997, si bien que cette circonstance ne pouvait en justifier le non-paiement. En outre, la caisse avait accordé à la société, à plusieurs reprises (notamment les 26 mai 1998, 25 février et 12 octobre 2000), des plans de paiement en raison des difficultés de trésorerie alléguées. Or, X _____ SA n'avait pas respecté lesdits plans, alors même qu'elle disposait manifestement de fonds suffisants pour honorer ses dettes sociales, puisqu'elle avait pu continuer son activité jusqu'à l'ouverture de la faillite survenue en avril 2001, respectivement payer des cotisations paritaires à la FER CIAM à partir de 1998.
9. Par actes des 1^{er} et 29 novembre 2002, Monsieur O _____ et Monsieur G _____ ont conclu au déboutement de la CCGC. Développant

leur argumentation antérieure, ils ont en substance estimé avoir respecté leurs engagements dans la mesure des moyens disponibles, ayant réglé jusqu'aux deux tiers environ (Fr. 118'791.10) des cotisations totales et frais afférents dus pour l'année 1997 (Fr. 180'046.30). A cet égard, les défendeurs ont soutenu qu'en acceptant les arrangements de paiement négociés avec eux, la caisse avait reconnu le caractère sérieux des efforts déployés par les administrateurs de la société jusqu'à fin 1997. Ils ont également fait valoir que lesdits arrangements – sollicités notamment en mai et juillet 1998, février 1999, février et octobre 2000, et février 2001 – ne l'avaient pas été à la légère et que le plan de sauvetage mis en place avec ANCA, postérieurement à 1998, était « *parfaitement viable* ». En témoignait, selon eux, le fait que la fondation START - PME avait accordé à X_____ SA un crédit de Fr. 700'000.- le 18 octobre 2000 (cf. leurs déterminations du 15 mars 2002, p. 5, § 14, versées aux procédures A/1671/2002 et A/1672/2002 opposant les défendeurs à la FER CIAM). Le désengagement subséquent d'ANCA – qui avait conduit la Banque cantonale de Genève (ci-après : BCGe) à dénoncer le crédit précité le 26 mars 2001 - n'était pas prévisible, étant entendu que « *seul le non respect de ses obligations contractuelles par ANCA (avait) empêché le sauvetage définitif* » de la société. A leurs yeux, ces circonstances suffisaient à exclure toute faute grave selon l'art. 52 LAVS. Pareille conclusion s'imposait d'autant plus que la CCGC avait finalement renoncé à mettre en cause la responsabilité de Monsieur F_____, devenu administrateur dans le cadre du cautionnement de la fondation START – PME découlant du partenariat de X_____ SA avec ANCA. Enfin, il ne pouvait leur être reproché d'avoir privilégié tel créancier par rapport à tel autre, étant donné que, dès l'ouverture de la ligne de crédit, tous les paiements de X_____ SA devaient être entérinés par les représentants de la fondation START – PME et de la BCGe, puis par les organes d'ANCA.

De son côté, Monsieur P_____ a exposé avoir démissionné avec effet immédiat du conseil d'administration par lettre recommandée du 27 janvier 1999 (versée à la procédure), cependant que la radiation de ses pouvoirs au registre du commerce n'était intervenue que le 11 décembre 2000. A l'appui de sa démission, l'intéressé y invoquait un « *manque de liquidités dans la société et de financiers potentiels* » qui ne le laissaient pas envisager un « *assainissement des comptes dans un futur proche* ».

10. Lors des audiences de comparution personnelle du 24 mai 2004, la CCGC (cause A/1670/2002), la FER CIAM (cause A/1671/2002) et les opposants (excepté Monsieur P_____, absent pour cause de maladie) ont persisté dans leurs conclusions.

Monsieur G_____ et Monsieur O_____ ont en substance exposé qu'ils avaient œuvré avant tout comme techniciens au sein de la société. Le

premier s'était personnellement occupé du règlement des cotisations sociales à partir de novembre ou décembre 1997. Le second ne s'en était jamais chargé, tout comme Monsieur P_____, lequel avait été nommé au conseil d'administration en raison de sa nationalité suisse. Par ailleurs, ce n'était qu'à la fin de 1997 que les administrateurs s'étaient rendus compte de la situation déficitaire de l'entreprise. Dès février 1998, un expert financier avait été engagé afin d'épauler le conseil d'administration dans la gestion administrative de la société. Grâce à l'intervention de ce dernier, des garanties à hauteur de trois millions de francs avaient pu être obtenues fin avril, afin de pouvoir exécuter les commandes. Jusqu'en septembre 1998, les divers établissements bancaires sollicités avaient refusé d'accorder des prêts, et cela malgré un carnet de commandes totalisant un million de francs. Les tractations avec START PME et la BCGe avaient débuté en septembre ou octobre 1998. Suite à l'arrivée de l'investisseur australien ANCA, START PME avait cautionné auprès de la BCGe un prêt de Fr. 700'000.- en juin 2000, confirmé par lettre de la banque du 18 octobre 2000.

Les défendeurs ont par ailleurs versé à la procédure une lettre de l'organe de révision de la société du 29 septembre 2000, à teneur de laquelle START-PME demandait de surseoir l'avis au juge jusqu'au 4 octobre 2000 jusqu'à l'examen des documents requis pour la libération dudit prêt. Ils ont également produit un courrier de la BCGe du 18 octobre 2000 finalisant l'octroi à X_____ SA d'une ligne de crédit de Fr. 700'000.-, sur la base notamment des « *synergies possibles avec ANCA Pty Ltd Australie qui deviendra prochainement actionnaire majoritaire avec 51% du capital social* ». Ce crédit était destiné à financer les besoins de trésorerie de la société à hauteur de Fr. 300'000.- pour la fabrication et la commercialisation de ses produits, d'une part, et à hauteur de Fr. 400'000.- pour désintéresser définitivement les fournisseurs et créanciers anciens (au 31 mars 2000), d'autre part. Selon les défendeurs, ce prêt interdisait de régler les cotisations sociales arriérées ; dès le refus d'ANCA de respecter ses engagements, la BCGe avait révoqué son prêt, lequel était par ailleurs resté inutilisé par Fr. 130'000.- lors du dépôt de bilan. En outre, un investisseur s'était déclaré intéressé à financer une augmentation de capital de Fr. 500'000.- entre mars et juin 2001, ce qui lui aurait conféré le statut d'actionnaire majoritaire, mais ANCA n'avait pas réagi à cette offre.

De son côté, la FER CIAM a indiqué n'avoir pas eu en sa possession le courrier de la BCGe du 18 octobre 2000, mais seulement la lettre d'intention de la banque du 15 juin 2000. Il lui avait échappé que ce prêt excluait le remboursement des arriérés des cotisations ; elle aurait néanmoins accordé le second sursis au paiement du 2 octobre 2000, compte tenu du projet de partenariat avec la société ANCA.

Quant à la CCGC, elle a précisé qu'en décembre 1997, les cotisations sociales 1996 étaient soldées. S'agissant des arriérés 1997, aucun versement n'était intervenu entre décembre 1997 et juin 1998. Seuls quelques acomptes avaient été payés en février 1999, puis en février et décembre 2000.

11. Par ailleurs, il ressort du dossier les faits complémentaires suivants :

- Un contrôle d'employeur du 16 février 1999 portant sur la période du 1^{er} avril 1996 au 31 décembre 1997 a révélé que la comptabilité était « *quasiment inexistante* » pour l'exercice 1996, et qu'il subsistait un arriéré supplémentaire de cotisations paritaires ascendant respectivement à Fr. 2'594.95 (AVS/AI/APG/AC) et Fr. 291.89 (allocations familiales).
- Dans un courrier du 21 mars 2001, Monsieur G _____ et Monsieur O _____ ont expliqué à la CCGC que les lettres d'intention établies par ANCA pour la fondation START - PME, ainsi que sa participation dans la société comme actionnaire majoritaire leur avaient fait croire en un avenir prometteur et plus serein. Le revirement d'ANCA avait plongé, dans les dernières semaines, la société « *dans une situations de crise aiguë* », ce qui les avaient conduits à demander la mise en faillite de X _____ SA.
- Le 11 mai 2001, Monsieur G _____, Monsieur O _____ et Monsieur P _____ ont déposé une plainte pénale à l'encontre de la société ANCA pour gestion déloyale au sens de l'art. 158 CPS (plainte qui sera finalement apparemment classée, selon lettre de Me ZIEGLER du 2 février 2004, causes nos A/1671/2002 et A/1672/2002). Selon les plaignants, X _____ SA avait connu « *tout au long de ces dernières années des difficultés de trésorerie lancinantes* » en raison « *d'une capitalisation et d'un financement endémiquement insuffisants* » (plainte, p. 2). Le principe d'un partenariat avec ANCA avait été mis au point dans le courant de l'automne 2000. Dans le cadre de cet accord, la société australienne était devenue actionnaire majoritaire à l'occasion d'une augmentation du capital-actions porté de Fr. 100'000.- à Fr. 200'000.- le 12 décembre 2000. Compte tenu de ce partenariat, la fondation START - PME avait accordé son soutien et permis l'ouverture d'une ligne de crédit de Fr. 700'000.- auprès de la BCGe. Au début 2001, la situation financière de X _____ SA restait, toutefois, « *très préoccupante* ». Les restrictions au niveau du financement, exigées par la fondation START PME, avaient entraîné de gros retards de production, les approvisionnements en matériaux ayant été réduits drastiquement. Pour cette raison, les commandes n'avaient pas pu être honorées dans les délais, ce qui avait induit un resserrement des recettes et un autofinancement insuffisant (plainte, p. 4). Le 29 janvier 2001, X _____ avait demandé à ANCA une avance de trésorerie immédiate de près de Fr.

200'000.-, les besoins étant évalués à plus de Fr. 350'000.- à court terme. La société australienne avait refusé d'accorder l'aide requise, au motif que le retour sur investissement ne pouvait être escompté avant plusieurs mois. Par ailleurs, ANCA n'avait pas réagi – sans raison - à l'offre d'un agent roumain d'investir immédiatement Fr. 200'000.-, puis Fr. 300'000.- dans un délai de trois à quatre mois.

- Dans une attestation du 30 janvier 2001, « *notamment destinée aux créanciers sociaux* » (cf. plainte pénale du 11 mai 2001, p. 4), ANCA indiquait qu'elle tiendrait une réunion avec la direction de X_____ SA en février 2001 en vue de dresser un « *formal business plan* », comportant les nouvelles structures d'organisation. Aussi émettait-elle le souhait que l'avenir de la société ne soit pas menacé d'ici-là.
- Par acte du 22 janvier 2002, la FER CIAM a assigné Monsieur G_____, et Monsieur O_____ devant la Commission cantonale genevoise de recours en matière d'AVS (aujourd'hui : Tribunal cantonal des assurances sociales) en paiement de Fr. 214'497.40 (causes A/1671/2002 et A/1672/2002). Ce montant correspond aux cotisations AVS-AI-APG arriérées dues en application de l'art. 52 LAVS, pour la période de novembre et décembre 1998 (solde), décembre 1999, janvier à décembre 2000 (août et septembre exceptés), janvier à mars 2001, d'une part, et au titre des cotisations dues au régime des allocations familiales des périodes de janvier à juillet 1999, octobre à décembre 2000 et janvier à mars 2001, d'autre part. Par arrêt de ce jour, le TCAS a entièrement fait droit aux conclusions de la caisse en tant qu'elles relevaient des cotisations AVS-AI-APG (cause A/1671/2002).
- Dans le cadre de ces deux dernières procédures, X_____ SA a produit une lettre du 14 février 2000 émanant de la Coopérative vaudoise pour la promotion économique des PME-PMI (COPEP), communiquée à la FER CIAM le 25 février 2000. A teneur de ce document, la COPEP se déclare intéressée par les produits fabriqués par la société, prévoyant de lui accorder un financement à hauteur de 1 million de francs, à la triple condition d'une « *réorganisation complète* » de X_____ SA, de l'acquisition de nouveaux terrains et de la réunion par la COPEP de « *fonds disponibles* », moyennant « *lancement d'obligations en mars 2000* ».
- Aux termes d'un courrier du 15 juin 2000, envoyé par X_____ SA à la CCGC le 26 juillet 2000, la BCGe a confirmé la mise à disposition d'une ligne de crédit de Fr. 700'000.- destinée à financer ses besoins de trésorerie à hauteur de Fr. 300'000.- pour la fabrication et la commercialisation de ses produits, d'une part, et de Fr. 400'000.- pour désintéresser définitivement, au 31 mars 2000, les fournisseurs et créanciers anciens, d'autre part. L'octroi du crédit était en particulier conditionné à la conclusion d'arrangements définitifs avec les

créanciers, « à l'exception des créanciers sociaux », au moyen du montant global précité de Fr. 400'000.- au maximum.

- Il ressort des comptes annuels de X_____ SA pour les exercices 1996 à 2001, arrêtés au 31 mars de chaque année, que la société avait réalisé durant cette période des bénéfices nets de Fr. 219'588.60 (1996/1997), Fr. 265'174.50 (1997/1998), Fr. 69'260.40 (1998/1999) et accusé des pertes de Fr. 64'332.95 (1999/2000) et Fr. 1'305'069.25 (2000/2001). Les documents comptables font également apparaître une dette envers les institutions de prévoyance professionnelle de Fr. 26'907.- (1996/1997), Fr. 58'008.- (1997/1998), Fr. 232'642.90 (1998/1999), Fr. 248'670.90 (1999/2000) et Fr. 336'468.45 (2000/2001). Selon le rapport du réviseur du 4 octobre 1999 (état de la comptabilité au 31 mars 1999), la poursuite de l'exploitation était sérieusement compromise par des difficultés de trésorerie. Si les mesures prises en vue d'apporter de nouveaux fonds ne pouvaient se concrétiser, la continuation de l'exploitation de l'entreprise pourrait alors devenir impossible et les comptes devraient être établis sur la base des valeurs de liquidation. Dans ce cas, il existerait des raisons sérieuses d'admettre un surendettement au sens de l'art. 725 al. 2 CO. Estimant, néanmoins, qu'il existait des raisons fondées que la société trouvât des capitaux supplémentaires, l'organe de révision a recommandé d'approuver les comptes correspondants. Dans son rapport du 13 juin 2000, le réviseur a préconisé la même mesure, assortie de la même réserve, étant donné que la société avait obtenu l'accord de principe quant à l'apport de capitaux supplémentaires.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 3 al. 3 de la loi genevoise modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ : E 2 05) du 14 novembre 2002, article entré en vigueur le 1^{er} août 2003, les présentes causes, pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'AVS depuis le 12 septembre et le 1^{er} novembre 2002, ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales (cf. art. 56 V al. 1 let. a ch. 1 LOJ).

Le Tribunal de céans est dès lors compétent pour statuer en l'espèce (cf. aussi ATF du 1^{er} juillet 2004, 1P.182/2004, consid. 2).

2. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA : RS 831.1), entrée en vigueur le 1er janvier 2003, a entraîné la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée

qu'auparavant à l'art. 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS : RS 831.10) et les art. 81 et 82 du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS : RS 831.101) ont été abrogés. Le cas d'espèce reste toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel le juge des assurances sociales n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante des décisions litigieuses des 11 juillet et 11 septembre 2001 (ATF 127 V 467 consid.1, 121 V 366 consid. 1b ; cf. également dispositions transitoires : art. 82 al. 1 LPGA).

- 3.1 Aux termes de l'art. 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 (al. 1). Lorsque ce droit dérive d'un acte punissable soumis par le code pénal à un délai de prescription de plus longue durée, ce délai est applicable (al. 2). En dépit de la terminologie dont use l'art. 82 RAVS, les délais institués par cette norme ont un caractère péremptoire, si bien qu'il convient d'examiner d'office la question de leur respect (ATF 126 V 451 consid. 2a, 121 III 388 consid. 3b et les références).

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 de compensation aurait dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances effectives ne permettaient plus d'exiger le paiement des cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (ATF 126 V 444 consid. 3a).

En cas de faillite, la jurisprudence admet généralement qu'il existe une connaissance suffisante du dommage lorsque les créanciers ont été avisés de la collocation des créances ou que l'état de collocation peut être consulté (VSI 2003 p. 99 ; ATF 126 444 consid. 3a).

- 3.2 En l'espèce, la CCGC a eu connaissance de son dommage au plus tôt le 3 octobre 2001, soit lors la publication du dépôt de l'état de collocation, admettant sa créance et révélant par ailleurs qu'aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers chirographaires. Les décisions en réparation de dommage des 11 juillet et 11 septembre 2001, reçues respectivement les 12 juillet et 16 septembre 2001, ont ainsi été envoyées aux défendeurs dans le délai annuel prévu par l'art. 82 al. 1 RAVS.

Par ailleurs, ces derniers ont fait opposition par courriers des 5 et 6 août 2001 et 11 octobre 2001, reçus respectivement les 7 et 12 août 2001, et 14 octobre 2001,

cependant que la demanderesse en a requis la mainlevée par actes des 16 septembre et 1^{er} novembre 2002.

Formées dans le délai légal de trente jours (art. 81 al. 2 et 3 RAVS), tant les oppositions que les requêtes en mainlevée sont recevables.

- 4.1 En vertu de l'art. 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. Si l'employeur 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).
- 4.2 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 à ce 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).
- 4.3 Selon la jurisprudence, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui manque de l'attention qu'une personne raisonnable aurait observée dans la même situation et dans les mêmes circonstances. La mesure de la diligence requise s'apprécie d'après le devoir de diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie que celle de l'intéressé. En présence d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions. 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).
- 4.4 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 de 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).

- 4.5 Les faits reprochés à une entreprise ne sont pas nécessairement imputables à tous les organes de celle-ci. Il convient bien plutôt d'examiner si et dans quelle mesure ces faits peuvent être attribués à un organe déterminé, compte tenu de la situation juridique et de fait de ce dernier au sein de l'entreprise. Savoir si un organe a commis une faute dépend des responsabilités et des compétences qui lui ont été confiées par l'entreprise (ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985 p. 647 consid. 3b). Lorsque plusieurs administrateurs d'une société anonyme sont en fonction, il y a lieu d'examiner, pour chacun d'eux, si une négligence grave leur est imputable quant à l'omission de payer des cotisations dues par la société. Ainsi, lorsque la gestion est essentiellement le fait du président ou du délégué du conseil d'administration, un autre administrateur commet une négligence grave s'il ne déploie pas toute la diligence nécessaire à la surveillance de cette gestion. S'il n'y a que deux administrateurs, surtout lorsqu'ils sont appelés à signer collectivement à deux, leur devoir réciproque de surveillance s'apprécie plus sévèrement (ATFA non publié du 4 mars 1993, cause 94/91, consid. 2c). Lorsque plusieurs employeurs (par exemple les associés d'une société simple) ou plusieurs organes d'une personne morale ont causé ensemble un dommage, ils en répondent solidairement (ATFA du 11 novembre 2003, cause H 219/03, consid. 2.3 ; ATF 114 V 214).
- 4.6 Il appartient à l'employeur de faire valoir des motifs justifiant ou excusant son comportement, à charge pour lui d'en rapporter la preuve en vertu de son devoir de collaborer à l'établissement des faits (art. 81 al. 2 LAVS). Pour sa part, la caisse de compensation examinera, en application du principe de l'instruction d'office, les moyens soulevés par l'employeur (ATF 108 V 189 consid. 2c).
- 4.7 Ni le manque de compétence, ni le manque de curiosité ne constituent des motifs qui permettent d'atténuer la responsabilité des organes d'une personne morale en ce qui concerne le domaine des cotisations sociales; nonobstant le mode de répartition interne des tâches au sein du conseil d'administration, chaque administrateur a en effet le devoir de s'assurer du paiement effectif des cotisations paritaires aux caisses de compensation (ATFA du 28 janvier 2004, cause H 307/02, consid. 10 ; ATF 114 V 219; SVR 2001 AHV n° 15 p. 51 et 2003 AHV n° 5 p. 13; sur ces questions voir également Thomas Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach 52 AHVG, in PJA 1996, p. 1071 sv).

5. En l'espèce, Monsieur G _____ ne conteste en définitive - à juste titre - ni sa qualité d'organe (cf. art. 754 al. 1 CO), ni avoir retenu, en cette qualité, le paiement des cotisations sociales litigieuses, contrairement à ses obligations légales. Quant à Monsieur O _____ et Monsieur P _____, s'ils ne contestent pas non plus leur qualité d'organe, ils ne sauraient se libérer de la responsabilité qui en découle, au motif qu'ils n'auraient jamais participé à la gestion de l'entreprise, car un tel comportement est déjà en soi constitutif d'un cas de négligence grave. En effet, en leur qualité d'administrateur, et nonobstant le mode de répartition interne des tâches au sein du conseil d'administration, il leur incombait de veiller personnellement à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés fussent effectivement payées à l'AVS. Ces derniers ont par conséquent violé leurs devoirs en conservant un mandat d'administrateur qu'il n'assumait pas dans les faits. En réalité, leur situation était comparable à celle d'hommes de paille et c'est précisément en cela que réside leur faute, car celui qui se déclare prêt à assumer ou à conserver un mandat d'administrateur, tout en sachant qu'il ne pourra pas le remplir consciencieusement, viole son obligation de diligence (ATF 122 III 200 consid. 3b; RDAT 1993, I, p. 374 consid. 6). Pour le surplus, qu'ils n'aient pas été en mesure d'exercer leurs fonctions, soit parce qu'ils n'en avaient pas les compétences (comme allégué implicitement), soit parce que la société était dirigée en fait par d'autres personnes, soit encore, s'agissant de Monsieur P _____, parce qu'il avait accepté son mandat à titre fiduciaire dans le seul but de permettre au conseil d'administration de satisfaire aux exigences de l'art. 708 CO (administrateur de nationalité suisse), n'est pas un motif de suppression ou d'atténuation de la faute commise (ATFA du 28 janvier 2004 précité ; ATFA du 3 avril 2000, H 328/99, consid. 4 c).
- 6.1 Les défendeurs nient avoir commis une faute qualifiée au sens de l'art. 52 LAVS. A cet égard, ils estiment, en substance, avoir eu de sérieuses raisons de croire que la société pourrait s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable, compte tenu des efforts déployés depuis 1998 pour la mise en place du plan de sauvetage avec ANCA et la fondation START – PME. Selon eux, il n'était pas prévisible que la société australienne ferait échouer ledit plan, en ne respectant pas ses engagements après l'octroi du prêt de la BCGe à X _____ SA en octobre 2000.

Indépendamment du fait que le principe d'un partenariat avec ANCA n'a été mis au point que dans le courant de l'automne 2000 (alors que les cotisations n'étaient pas régulièrement payées depuis 1997 au moins), pareille appréciation n'est pas convaincante. D'une part, en effet, il ressort du bilan au 31 mars 1998 que la société disposait alors de Fr. 93'761.50 de liquidités, si bien qu'elle aurait pu à ce moment-là régler à la CCGC la totalité de sa dette d'assurances sociales, échue au

31 décembre 1997 (Fr. 61'255.20). Sans compter qu'elle a pu poursuivre son exploitation jusqu'en mars 2001, réglant de surcroît (partiellement) les cotisations sociales dues à la FER CIAM dès l'année 1998.

D'autre part, on ne saurait considérer que la situation financière de X _____ SA relevait d'une simple passe délicate dans la trésorerie, susceptible d'être rattrapée rapidement au sens de la jurisprudence précitée (supra, § 4.3). En effet, les cotisations d'assurances sociales n'ont pas été – ou pas régulièrement – payées sur plusieurs années (d'avril 1996 à décembre 1997, voire jusqu'à mars 2001 si l'on tient compte des cotisations sociales dues à la FER CIAM) de manière récurrente, alors même que l'entreprise a continué son activité jusqu'à sa mise en faillite et qu'elle avait bénéficié d'un prêt bancaire en octobre 2000, ainsi que d'une recapitalisation au mois de décembre suivant (Fr. 100'000.-). Les administrateurs ont d'ailleurs eux-mêmes admis, dans leur plainte pénale du 11 mai 2001, que la société avait connu « *tout au long de ces dernières années des difficultés de trésorerie lancinantes* », en raison « *d'une capitalisation et d'un financement endémiquement insuffisants* ». De même, dans sa lettre de démission du 27 janvier 1999, l'administrateur P _____ invoquait expressément un « *manque de liquidités dans la société et de financiers potentiels* » qui ne le laissaient pas envisager un « *assainissement des comptes dans un futur proche* ».

- 6.2 En tout état, les pourparlers entrepris en octobre 1998 avec START-PME – finalisés de surcroît seulement deux ans plus tard avec l'ouverture d'une ligne de crédit par la BCGe en octobre 2000 - ne sauraient en aucun cas justifier le non-paiement des cotisations d'assurances sociales dues à fin 1997 (cf. dans ce sens ATFA du 3 juillet 2003, H 265/02, consid. 4.3 in fine). Au demeurant, il apparaît que le crédit en question excluait expressément le remboursement des créances d'assurances sociales.
- 6.3 Au surplus, il ne ressort pas du dossier que ANCA se serait formellement engagée à régler les dettes sociales en souffrance à bref délai ; d'ailleurs, dans son attestation du 30 janvier 2001, destinée notamment aux créanciers sociaux (cf. plainte pénale, p. 4), cette société se limitait à exprimer, en termes généraux, le souhait que l'avenir de X _____ SA ne soit pas menacé avant la tenue d'une réunion, au mois de février suivant, avec les dirigeants des deux sociétés, en vue de dresser un « *formal business plan* », comportant les nouvelles structures d'organisation. On ne voit pas non plus que les défendeurs aient pu inférer des déclarations d'intention de cette dernière société, ou de celles de la COPEP, qu'ils allaient pouvoir disposer de sources de financement leur permettant d'acquitter les arriérés de cotisations.

Au reste, l'engagement finalement non respecté par un repreneur potentiel d'accorder la priorité absolue au paiement des créanciers sociaux n'apparaît pas comme un élément suffisant pour exclure, à lui seul du moins, une négligence

qualifiée au sens de l'art. 52 LAVS (cf. ATFA du 8 octobre 2003, cause 320/01, consid. 5.3.2).

- 6.4 Dans ces conditions, rien n'indique que les intéressés auraient pu sérieusement et objectivement compter sur un règlement rapide des cotisations en souffrance, corollaire d'un manque momentané de liquidités. En réalité, l'avenir économique de la société dépendait de tout autres facteurs que la retenue des cotisations dues aux assurances sociales, notamment de l'injection dans l'entreprise de nouvelles ressources financières de l'ordre de plusieurs centaines de milliers de francs, la ligne de crédit de Fr. 700'000.- s'étant, par surcroît, avérée insuffisante en l'espèce (cf. VSI 2003, p. 101).

Le fait que les défendeurs aient personnellement consenti de grands sacrifices financiers (renonciation au salaire, investissements personnels importants dans la société) atteste tout au plus que, subjectivement, ils croyaient à la reprise des affaires et au redressement de la société; ce fait n'établit toutefois en rien qu'ils avaient, au moment où ils ont pris la décision de différer le paiement des cotisations sociales, des raisons suffisantes de penser que la société pourrait rembourser celles-ci dans un délai raisonnable (cf. ATF 108 V 188; RCC 1992 p. 261 consid. 4b).

- 6.5 Dans ce contexte, tant la dénonciation du crédit par BCGe le 26 mars 2001, intervenue quelques jours à peine après la requête des administrateurs auprès du Tribunal de première instance (21 mars 2001) tendant à la mise en faillite de X_____ SA, que le refus d'ANCA d'injecter de nouveaux fonds au début 2001, n'apparaissent que comme la conséquence des importantes et lancinantes difficultés de trésoreries rencontrées par la société depuis sa reprise par ses employés en avril 1996.

De même, les causes que les défendeurs mettent en avant pour se disculper (décès du responsable des ventes à fin 1997; pertes financières à la suite de la destruction d'une machine en février 1998 ou interruption de la production durant trois mois début 2000) indiquent bien que la faillite de la société n'est rien d'autre que l'aboutissement d'un relativement long et inexorable processus d'endettement.

- 6.6 Les défendeurs ne peuvent par ailleurs pas s'exculper en alléguant qu'ils ont, postérieurement à décembre 1997, diminué de près de deux tiers les dettes de cotisations totales et frais afférents dus pour l'année 1997 (passant de Fr. 180'046.30 à Fr. 61'255.20). En effet, si l'on suivait leur raisonnement, il suffirait qu'une entreprise ayant accumulé des arriérés de cotisations importants durant une longue période commence à rembourser une partie même importante de sa dette pour que ses dirigeants ne puissent, pour ce seul motif, plus être tenus pour responsables par l'administration de l'AVS. Ce n'est cependant pas le sens de l'art. 52 LAVS tel que rappelé plus haut (consid. 4 et 4.1), la retenue des

cotisations dues aux assurances sociales ne pouvant se justifier que si elle sert à surmonter un manque momentané de liquidités (cf. aussi ATFA du 29 août 2002, H 277/01, consid. 3.3).

Les défendeurs ne sauraient pas non plus tirer avantage des divers arrangements de paiement accordés par la CCGC en l'espèce. En effet, les retards dans le paiement des cotisations qui ont donné lieu à ces derniers ne peuvent, comme on vient de le voir, être motivés par un comportement excusable ou justifié de la part des anciens administrateurs (cf. ATFA du 19 août 2003, H 142/03, consid. 5.2 ; ATF 124 V 254 consid. 3b ; VSI 1999 p. 23).

- 6.7 En laissant s'accumuler les cotisations impayées sur plusieurs années, X_____ SA a pu bénéficier d'un financement (indirect et partiel) de ses activités par les deniers publics. Or, de jurisprudence constante, il n'est pas admissible de faire supporter à l'assurance sociale le risque inhérent au financement – durable en l'espèce – d'une entreprise en difficulté (ATF 108 V 196-197 consid. 4), quand bien même les intéressés auraient fait au mieux en donnant la priorité aux versements des salaires et aux paiements des fournisseurs. Leur négligence apparaît d'ailleurs d'autant plus grave que les cotisations n'ont plus été payées durant une période relativement longue (cf. ATFA du 13 février 2001, H 233/00, consid. 3c).

Force est ainsi de constater que les intéressés ont enfreint gravement leurs devoirs au sens où l'entend l'art. 52 LAVS.

7. Pour le reste, il est incontestable que les manquements des défendeurs sont en relation de causalité avec le dommage subi par la CCGC, ce que ces derniers ont du reste admis, tout comme le montant dudit dommage (mémoire du 15 mars 2002, p. 6). Le calcul de la caisse apparaît au surplus conformes aux pièces du dossier, de sorte qu'il n'est pas discutable.

Partant, il leur appartient de supporter le dommage qu'ils ont causé fautivement à la demanderesse.

8. Enfin, c'est en vain que Monsieur O_____ et Monsieur P_____ objectent n'être entrés au conseil d'administration de X_____ SA que le 20 janvier 1998, alors que les cotisations litigieuses étaient échues au 31 décembre 1997.

En effet, selon la jurisprudence, le nouvel administrateur a le devoir de veiller tant au versement des cotisations courantes qu'à l'acquittement des cotisations arriérées, qui sont dues pour la période où il ne faisait pas encore partie du conseil d'administration, car il y a dans les deux cas un lien de cause à effet entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations. Ce lien de cause à effet

n'existe pas, toutefois, quand un dommage au sens de l'art. 52 LAVS préexiste, parce que la société était déjà insolvable avant l'entrée du nouveau membre au conseil d'administration (ATFA du 22 janvier 2001, cause H 295/00, consid. 6b ; ATF 119 V 407 consid. 4c). Or, cette dernière hypothèse n'est pas établie à satisfaction de droit en l'espèce. Monsieur O_____ a d'ailleurs affirmé que le société n'était pas en état de dépôt de bilan en 1996 et 1997 (cf. mémoire de réponse du 15 mars 2002, causes A/1671/02 et A/1672/02). Au demeurant, les comptes de l'exercice 1997/1998 (arrêtés au 31 mars) apparaissent bénéficiaires, tout comme l'avaient été ceux de l'exercice précédent (cf. rapports de l'organe de contrôle des 7 octobre 1997 et 7 septembre 1998).

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

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

A la forme :

1. Reçoit les requêtes en mainlevée déposées par la Caisse cantonale genevoise de compensation les 12 septembre et 1^{er} novembre 2002 ;

Au fond :

2. Lève les oppositions formées par les défendeurs à concurrence de 61'255 fr. 20 ;
3. Dit qu'il n'est pas perçu de frais de justice ;
4. 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 :

Nancy BISIN

Juge suppléant :

Jean-Louis BERARDI

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