

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2500/2006

ATAS/485/2008

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 2**

**du 22 avril 2008**

En la cause

Monsieur E \_\_\_\_\_, domicilié au GRAND-LANCY,  
comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître DE  
SAUGY Jean

recourants

Monsieur F \_\_\_\_\_, domicilié à JONZIER EPAGNY, France

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,  
sosse route de Chêne 54, GENEVE

intimée

Monsieur G \_\_\_\_\_, domicilié c/o X \_\_\_\_\_ SA, à  
PLAN-LES-OUATES, comparant avec élection de domicile en

appelé en  
cause

**Siégeant : Isabelle DUBOIS , Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et Bertrand  
REICH, Juges assesseurs**

l'étude de Maître CARRON Benoît

### **EN FAIT**

1. La société X\_\_\_\_\_ SA (ci-après : la société) a été inscrite au Registre du commerce (ci-après : RC) du canton de Genève en 1979. Elle a pour but la fabrication, la commercialisation, le développement, la représentation, la vente et l'achat de tout matériel électronique et informatique, ainsi que des participations dans d'autres sociétés. Monsieur E\_\_\_\_\_ (ci-après l'administrateur ou le recourant) a été inscrit en tant qu'administrateur avec signature collective à deux dès le 1er septembre 1993 ; Monsieur G\_\_\_\_\_ (ci-après l'appelé en cause) en a été directeur général entre 1996 et 1999, puis dès le 1er juillet 1999, administrateur président et délégué avec signature individuelle ; Monsieur F\_\_\_\_\_ (ci-après le directeur ou le recourant) en a été directeur, avec signature individuelle, dès cette même date. La société a été affiliée à la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION (ci-après : la caisse ou l'intimée).
2. La société a eu du retard dans le paiement des cotisations sociales dès 1998, et des sommations lui ont été adressées par la caisse dès le mois d'avril. C'est ainsi qu'à la fin de l'année 1998 elle avait un solde de 107'750 fr. à régler, qui dépassa les 300'000 fr. au mois d'avril 1999 et qui, malgré divers versements irréguliers et le versement d'une somme importante au mois de juin 1999, de 232'000 fr., se monta à plus de 400'000 fr. à la fin de l'année 2000. Un versement de 300'000 fr. a été effectué en mars 2001, puis un second montant de l'ordre de 200'000 fr. a été versé au mois de juin 2001, enfin 190'000 fr. environ ont été versés au mois d'août 2001, cependant le solde était de 374'000 fr. environ au mois de décembre de la même année. Plusieurs versements importants ont été effectués par la société au mois de décembre 2001 de sorte que le solde de cotisations dû à cette période ne s'élevait plus qu'à quelque 40'000 fr.. Durant l'année 2002 la société a fait dix versements à la caisse et le solde dû à la fin du mois de décembre 2002 était de près de 300'000 fr.. Au mois de mai 2003 le solde s'élevait à plus de 526'000 fr.. La dette diminua ensuite en cours d'année 2003 en raison de différents versements effectués par la société, mais le solde dû à la fin de l'année 2003 ascendait malgré tout à plus de 400'000 fr.. Des poursuites ont été intentées par la caisse dès l'été 2003. Le solde était de 514'000 fr. au mois d'août 2004 puis fut réduit à 345'000 fr. au vu de l'attestation de salaire annuelle 2004, au mois de septembre 2004. La société n'a, en revanche, pas fait l'objet de taxation d'office ni d'amende.

Les attestations de salaires annuelles déclarent, pour l'année 2002, 58 personnes salariées, pour l'année 2003, 59 personnes salariée, et pour l'année 2004, 48 personnes salariées, la plupart employées toutefois uniquement jusqu'au mois

d'avril et au mois de mai 2004. Parmi les salaires versés se trouvent ceux de l'appelé en cause, pour 260'000 fr. par an, et du directeur, pour 195'000 fr. par an.

3. La caisse a menacé les organes de la société de déposer une plainte pénale, pour non-paiement des cotisations salariales, le 28 septembre 2004. La somme y relative sera versée au printemps 2006 par l'administrateur, pour éviter le dépôt d'une plainte pénale mais sans reconnaissance de responsabilité.
4. La société a été déclarée en faillite par jugement du Tribunal de première instance du 4 octobre 2004. L'état de collocation, comportant une créance de la caisse de 342'905 fr. en deuxième classe et 7'614.65 fr. en troisième classe, a été publié dans la feuille d'avis officielle le 8 juin 2005. Suspendue pour défaut d'actifs, la faillite a été clôturée par jugement du 29 novembre 2005. Aucun dividende n'a été versé.
5. En date du 20 février 2006, la Caisse a notifié une décision en réparation du dommage aux deux recourants et à l'appelé en cause, pour la somme de 350'520 fr. 50 correspondant aux cotisations dues au 30 juin 2004, y compris les frais et les intérêts moratoires, et pour la somme de 202'786 fr. à M. H\_\_\_\_\_, en raison de sa fonction d'administrateur jusqu'au 12 janvier 2004. Les intéressés ont fait opposition à cette décision, dans les délais légaux, à l'exception de l'appelé en cause qui n'a pas fait opposition.
6. Par décision sur opposition du 8 juin 2006, la caisse a admis l'opposition de M. H\_\_\_\_\_, au motif qu'il était établi qu'il avait démissionné lors de l'assemblée générale du 23 juillet 2002.
7. Par décision sur opposition du même jour, la caisse a rejeté les oppositions des recourants, considérant, en substance, d'une part que la négligence grave exigée par la jurisprudence fédérale était remplie du seul fait que les cotisations étaient encore à ce jour impayées, d'autre part que l'un ne s'était pas tenu informé des affaires de la société, contrairement à ses obligations légales, et que l'autre n'avait pas pris les mesures propres à rétablir une saine situation financière.
8. Par acte du 7 juillet 2006, le directeur a interjeté recours contre cette décision par-devant le Tribunal de céans, concluant implicitement à ce qu'elle soit annulée et qu'il soit dit qu'il n'est pas débiteur des montants réclamés. Il explique que la société avait des problèmes de trésorerie, que la société mère n'apportait pas l'aide nécessaire en la matière à sa filiale, qu'il était lui-même directeur et non membre du conseil d'administration, de plus totalement subordonné à l'appelé en cause, enfin qu'il avait subi un important préjudice financier et était sans ressources.
9. Par acte du 10 juillet 2006, l'administrateur a interjeté recours contre cette décision par-devant le Tribunal de céans, concluant préalablement à la jonction des deux causes. Principalement, il conclut à ce que la décision litigieuse soit annulée et qu'il soit dit qu'il n'est pas débiteur des montants réclamés, avec suite de dépens. Il

conteste, par ailleurs, le montant du dommage, et souhaite pouvoir se déterminer une fois les pièces pertinentes produites. Il s'interroge sur la faute concomitante commise par la caisse, qui semble avoir toléré un tel retard, lui-même n'ayant eu connaissance ni de mise en demeure ni de poursuite. Il relève qu'il ne saurait être responsable car la société avait bon espoir de pouvoir régler la situation par la vente de la société X\_\_\_\_\_ SA. Enfin, il n'était pas responsable de la gestion de la société.

10. Dans sa réponse du 29 août 2006, la caisse indique maintenir ses décisions, et conclut au rejet des recours. S'agissant de l'administrateur, elle maintient son argumentation. S'agissant du directeur, elle indique qu'il ressortirait d'une lettre - non produite dans le chargé de pièces - qu'il était pleinement impliqué dans la gestion de la société, avait un réel pouvoir décisionnel, et doit être qualifié, dès lors, d'administrateur de fait. En outre, le dommage est réduit à la somme de 338'850 fr. 95, au vu des paiements effectués par l'administrateur sur la somme due pour la part pénale.
11. Par ordonnance du 4 septembre 2006, les deux recours ont été joints sous la même cause. À la même date, les procédures relatives au non-paiement des cotisations en matière d'allocations familiales ont été suspendues, dans l'attente d'une décision définitive dans la présente cause.
12. Les recourants ont été invité à faire part de leurs remarques, par courrier du 12 septembre 2006. Par courrier du 12 août 2006, l'administrateur a contesté avoir été au courant de la situation, ce que le même le recourant et l'appelé en cause avaient reconnu par un courrier du 12 août 2004.
13. Par ordonnance du 20 octobre 2006, le Tribunal a ordonné l'appel en cause de M. G\_\_\_\_\_, dans la mesure où il avait intérêt à connaître du sort des présentes procédures, puisque la décision en réparation du dommage est devenue définitive et exécutoire à son encontre. Un délai lui a été accordé pour sa détermination.
14. Dans ses écritures du 1er novembre 2006, l'appelé en cause relève qu'il convient d'appliquer la jurisprudence du TRIBUNAL FÉDÉRAL DES ASSURANCES (ci-après TFA), stricte en la matière, et de retenir que les deux recourants avaient été au courant de la situation.
15. Une première audience de comparution personnelle des parties, s'est tenue le 13 février 2007. À cette occasion, les parties ont déclaré ce qui suit :

«Maître GENOUD : Je n'ai pas de nouvelles de M. G\_\_\_\_\_ depuis l'automne de l'année dernière. Je rappelle qu'il est en convalescence et qu'il est domicilié en Belgique.

M. E \_\_\_\_\_ : J'étais administrateur avec signature collective à deux depuis août 1993 de X \_\_\_\_\_ SA.

M. F \_\_\_\_\_ : J'ai été directeur général de la société depuis juillet 1999 avec signature individuelle. J'ai succédé à ce poste à M. G \_\_\_\_\_ qui est devenu alors administrateur président et délégué avec signature individuelle. En ma qualité de directeur général, je m'occupais de suivre la gestion de la SA ainsi que de l'administration et des ressources humaines tant du groupe que de la SA. Le groupe, soit X \_\_\_\_\_ comprenait une dizaine de sociétés, à savoir deux usines en France, une usine au Maroc, 3 sociétés de vente, une en Allemagne, une aux États-Unis et une en Belgique, un établissement secondaire en France pour la vente également et un bureau d'étude à Genève, qui est X \_\_\_\_\_ SA. J'ai été salarié de la société depuis 1986, j'occupais alors le poste de responsable financier. A ma nomination comme directeur général, je n'ai pas eu de modification formelle de mon contrat. Mon cahier des charges s'est à ce moment-là élargi, tout en comprenant les tâches de responsable financier. Dans mon activité, j'étais subordonné à M. G \_\_\_\_\_, je l'ai remplacé à son poste de directeur général essentiellement parce qu'il était toujours en voyage auprès de l'une ou de l'autre de nos sociétés, mais je ne prenais pas de décision importante sans son aval. Moi-même, je me trouvais souvent dans la société au Maroc. J'ai une formation de l'École Hôtelière. Je suis entré ensuite dans le milieu des affaires où j'ai appris sur le tas.

M. E \_\_\_\_\_ : Je suis ingénieur de formation. J'ai créé dans les années septante la société Y \_\_\_\_\_ SA dont je me suis retiré à la retraite. Dans les années nonante, la société X \_\_\_\_\_ SA m'a demandé de venir en son sein. J'explique avoir créé en tout une vingtaine de sociétés. La société X \_\_\_\_\_ est active dans le système de carte électronique embarquée susceptible d'être utilisée dans des environnements difficiles. Elle s'occupait de tout le système, y compris du montage, d'où la nécessité d'avoir plusieurs sociétés dans différents pays pour s'occuper du montage. La société de Genève s'occupait de la conception uniquement. Il y avait peu de ventes en Suisse, l'essentiel des ventes ayant lieu à l'étranger. Cette activité suppose un grand fond de roulement car entre le montage, la vente et le paiement, il s'écoule environ trois mois et il faut pouvoir également financer le développement. Il est apparu au fil du temps nécessaire ou utile d'avoir une société cotée en bourse, d'où la création du groupe X \_\_\_\_\_ sis en France.

Le bureau de Genève dépendait totalement de l'activité des autres sociétés y compris pour sa trésorerie.

A la question de savoir si les assemblées générales, se sont tenues régulièrement je réponds par la négative en tous les cas pour ce qui concerne les deux dernières années de son activité. Il était difficile de réunir également le Conseil d'administration comme de procéder aux assemblées générales. De plus, j'ai eu des

problèmes de santé et de famille. Lorsque je me rendais aux réunions, je m'enquerrais de la situation générale et on me rassurait, je ne pouvais toutefois pas intervenir concrètement. Je n'étais pas administrateur du groupe mais uniquement de la SA et de la HOLDING.

M. F \_\_\_\_\_ : La société X \_\_\_\_\_ SA était une société patrimoniale de M. G \_\_\_\_\_, elle détenait uniquement les actions de ce dernier dans X \_\_\_\_\_, celle-ci étant la société mère de la SA.

M. E \_\_\_\_\_ : Sur question, j'indique que s'agissant du non-paiement des cotisations je l'ignorais.

M. F \_\_\_\_\_ : Je précise qu'en 2003, M. E \_\_\_\_\_ n'a pas reçu le rapport de l'organe de contrôle, qui signale notamment l'éventuel retard du paiement des cotisations sociales. Il est vrai qu'il a dû recevoir des rapports antérieurs. Pour ma part, j'étais évidemment au courant du retard dans le paiement des cotisations, j'en informais régulièrement M. G \_\_\_\_\_. Je l'ai alerté plusieurs fois, je lui étais cependant totalement soumis. Je rappelle que les cotisations ont été entièrement à jour à fin 2002. Il y avait eu une importante augmentation de capital en décembre 2001 de 16 millions d'euros de la société française. Cela étant, par la suite nous sommes retombés dans le même engrenage. Je précise que M. G \_\_\_\_\_ me demandait de ne pas inquiéter M. E \_\_\_\_\_. Lorsque la situation devenait trop brûlante avec un nombre important de poursuites par exemple, j'obtenais alors l'aval de M. G \_\_\_\_\_ pour faire des versements à la caisse, parfois au détriment des fournisseurs. Les grèves en France survenues en avril 2004 ont mis le groupe dans une situation très difficile puisque plus aucune livraison ne pouvait être effectuée. La seule solution envisageable pour sauver le groupe et par conséquent également le bureau de Genève, était de procéder à la vente de l'usine marocaine et de l'usine de câblage avionique sise en France. On a déclaré la faillite en France en juin 2004, ensuite celle de X \_\_\_\_\_ puis celle de la SA le 3 août 2004.

Mme I \_\_\_\_\_ : Je précise que la société a subi un retard structurel puisque depuis 1990, notre service du contentieux s'en occupe. Le solde dû au 2 janvier 2001 était de l'ordre de 400'558 fr., auquel s'est ajouté un complément de l'ordre de 80'000 fr. Il n'est pas exact de dire que la société était à jour au 31 décembre 2002, car durant cette année, elle n'a pas respecté ses forfaits mais il est exact que les cotisations 2002 ont été payées courant 2003 par le biais de l'Office des poursuites et qu'elles ne font pas l'objet de la décision en réparation. Les mensualités forfaitaires de la société étaient de 46'000 fr. environ.

M. F \_\_\_\_\_ : D'après la pièce n° 44 de la caisse, on peut constater qu'en 2003, la société a payé 370'374 fr. de cotisations pour 2003. Je dirais que les difficultés de trésorerie ont repris en août 2003, et si la grève s'est déclenchée en

avril 2004, elle a fait suite à un conflit social qui a débuté au début de l'année 2004 en raison de la volonté du groupe, de licencier 80 personnes de l'usine, sise vers Montpellier.

M. E \_\_\_\_\_ : Je demandais surtout à M. G \_\_\_\_\_ si la société était bénéficiaire, ce à quoi il m'a toujours répondu par l'affirmative.

M. F \_\_\_\_\_ : Cela est exact, je pense que tel était le cas encore en 2003, mais la société manquait régulièrement de liquidités. L'argent qui permettait de payer les salaires de la SA venait de France. Il y a eu deux mois de salaires impayés avant la faillite, sinon les salaires étaient payés à temps.

J'explique qu'il y avait un directeur financier, directement sous mes ordres, qui s'occupait de la trésorerie tant du groupe que de la SA et gérait la cellule financière que nous avons créée dans l'usine près de Montpellier. Les ordres de M. G \_\_\_\_\_ à moi-même et à ce directeur financier ont toujours été de payer d'abord les fournisseurs et d'envoyer ensuite de l'argent à la SA pour le paiement de ses salaires. Il y avait un tableau de trésorerie établi par la comptable de Genève qui mentionnait précisément quels étaient les besoins financiers de la SA. Je communiquerai dans la mesure du possible les coordonnées de ce comptable, Monsieur J \_\_\_\_\_.

M. E \_\_\_\_\_ : Je précise que je n'étais pas du tout au courant de ces dispositions.

M. F \_\_\_\_\_ : Sur question de la caisse, j'indique qu'en 2004, il y a sans doute eu certains fournisseurs de payés ».

Sur quoi, le Tribunal a ordonné l'ouverture des enquêtes avec l'audition de Monsieur J \_\_\_\_\_. Le rapport de l'organe de contrôle 2002 devait être demandé par le Tribunal à l'Office des faillites.

18. En date du 26 février 2007, le directeur a transmis, comme demandé, son contrat de travail ainsi qu'une note résumant l'historique de la société, de ses activités, l'analyse des difficultés et les solutions recherchées.
19. Le 8 mars 2007, l'Office des poursuites a produit le rapport de l'organe de contrôle ainsi que le bilan et le compte de pertes et profits pour l'année 2002. Ces pièces ont été communiquées aux parties.
20. En date du 27 mars 2007, le Tribunal a procédé à l'audition en qualité de témoin de M. J \_\_\_\_\_, ainsi qu'à la suite de comparution personnelle des parties. Le témoin a déclaré ce qui suit :

«J'ai été engagé comme responsable finances/gestion par la société française de Paris, je travaillais concrètement à l'usine près de Montpellier. Au début j'étais

surtout chargé de regrouper les différentes sociétés du groupe, de leur offrir des outils et processus communs. Il y avait effectivement un trésorier pour le groupe qui travaillait en lien avec chaque chef comptable de chaque société. Chaque société envoyait effectivement ses prévisions de trésorerie chaque mois à ce trésorier et à moi-même. En principe c'est sur cette base que l'argent devait être envoyé aux différentes sociétés, dont celle de Genève. Dans les faits, vu les difficultés de trésorerie nous ne pouvions pas donner suite entièrement à la demande. Vous me demandez qui décidait de ce qui était versé; j'explique qu'étaient payés en priorité les salaires nets, puis les fournisseurs les plus urgents. Pour décider de qui serait payé, il n'y avait pas de processus précis, nous agissions sur demande de M. F \_\_\_\_\_ et/ou M. G \_\_\_\_\_.

Je n'ai jamais rencontré M. E \_\_\_\_\_ ici présent. Je n'ai eu aucun contact avec lui et je ne connaissais pas sa fonction. A aucun moment il n'est intervenu dans le groupe chargé de la trésorerie ni dans la prise de décisions relatives aux paiements.

Sur le document qui nous était remis chaque mois figurait notamment comme je l'ai dit les salaires nets, mais également les charges sociales dues, le montant des dettes aux fournisseurs, les prévisions de recettes. Nous avions donc à chaque moment une vision claire de ce qui était dû par chaque société. Dans l'argent que nous attribuions, nous tenions compte également des retards dans le paiement soit des fournisseurs soit des cotisations sociales.

Lorsque je suis arrivé en juin 2002, il y avait déjà un important arriéré de cotisations sociales, je ne me souviens pas du montant. A la question de savoir si des discussions ont eu lieu à ce sujet lors de nos entretiens téléphoniques avec M. F \_\_\_\_\_ ou M. G \_\_\_\_\_, je réponds par la négative, le paiement des cotisations sociales n'était pas vraiment la priorité. Je ne me souviens pas que M. G \_\_\_\_\_ ait dû trancher une question relative à un paiement à faire ou non, si la question s'était posée, ce pouvoir de décision lui aurait appartenu mais je n'ai pas vraiment senti de différence de pouvoir de décision entre les deux.

M. F \_\_\_\_\_ : J'indique que dans certains cas M. G \_\_\_\_\_ a imposé une décision privilégiant tel ou tel paiement, mais il est possible que M. J \_\_\_\_\_ n'ait pas été présent et ne l'ait pas su.

M. J \_\_\_\_\_ : Cela ne me dit rien en effet.

Je confirme que quand la trésorerie ne permettait pas de payer tout ce qui était réclamé par la société, par exemple de Genève, la priorité était systématiquement de payer les salaires nets et les fournisseurs car la continuation des activités en dépendait. Il est arrivé plusieurs fois qu'un fournisseur menace de ne pas livrer, en particulier pour une livraison à Airbus. En réponse à une question, j'indique qu'il est exact qu'il est arrivé aux banquiers français de se servir sur le compte du groupe en paiement d'une dette, laissant celui-ci avec un solde ne permettant pas les

paiements. Pour les salaires nous devons négocier avec les banques, en tout cas durant le premier trimestre 2004, d'ailleurs, les salaires de mai n'ont pas été payés en totalité. Je confirme qu'en 2003 M. F \_\_\_\_\_ était souvent au Maroc, mais nous avions quand même des contacts ».

Lors de la comparution personnelle des parties les recourants ont déclaré ce qui suit:

«M. E \_\_\_\_\_ : Sur question, j'indique avoir été à l'origine du rôle joué par M. G \_\_\_\_\_, qui avait beaucoup de relations. Il est rapidement devenu le véritable patron de la société, il y avait d'ailleurs clairement un rapport de subordination entre M. F \_\_\_\_\_ et M. G \_\_\_\_\_. Je rappelle que je me renseignais régulièrement auprès de l'un comme de l'autre sur la situation de la société et que l'on me rassurait. Je n'ai d'ailleurs reçu qu'à une reprise un document de la caisse de compensation faisant état de retard à payer, ce qui fut fait rapidement. J'avais la signature collective à deux mais pas de signature bancaire.

M. F \_\_\_\_\_ : C'est pour des raisons pratiques que j'avais la signature individuelle de même que la signature bancaire, vu les absences régulières de M. G \_\_\_\_\_.

Je confirme que mon salaire a évolué au fil des années de même que les remboursements de frais, mais sinon mon contrat n'a pas changé. Les deux derniers mois, j'ai avancé les fonds pour les déplacements des collaborateurs, je n'ai pas été remboursé ni d'ailleurs de mes propres frais.

Vous signalez que "les autres charges d'exploitation" ont plus que doublé en 2001 et 2002. Je pense que cela provient des charges liées aux nouvelles acquisitions du groupe en particulier de l'acquisition de l'usine de Vailhauques en 2001. Il faut se souvenir que la société de Genève faisait office de siège et là était le centre de développement principal du groupe. Le bénéfice était certes important, il s'agit cependant d'un bénéfice comptable qui ne génère pas de liquidités, il ne pouvait en aucun cas servir à solder les cotisations sociales, à fin 2002 il n'y avait pas la trésorerie pour ce faire. Le bénéfice était systématiquement reporté.

Il est clair que M. G \_\_\_\_\_ a menti à M. E \_\_\_\_\_ sur la situation financière de la société, plus particulièrement sur les charges sociales, il m'a demandé de mentir également puisque j'avais interdiction d'alarmer M. E \_\_\_\_\_.

M. E \_\_\_\_\_ : Je dépose ce jour un relevé des poursuites au 22 juin 2004 concernant X \_\_\_\_\_ SA d'où il ressort que la dette en poursuites envers la CCGC est 43'980 fr. 95, document reçu ces derniers jours de M. F \_\_\_\_\_."

19. Persistant à vouloir entendre l'appelé en cause, à chaque fois absent aux audiences mais représenté par un mandataire, le Tribunal a procédé à plusieurs nouvelles convocations, toutefois sans succès. Finalement l'instruction de l'affaire a été déclarée close à l'audience du 4 décembre 2007. Sur demande du Tribunal, le directeur a confirmé que l'appelé en cause avait continué de percevoir son salaire alors même qu'il n'était plus directeur général, car en réalité son activité n'avait pas changé. Il n'avait jamais été question d'une réduction de ce salaire, que seul d'ailleurs celui-là aurait pu décider. Un délai a été accordé aux parties pour leurs écritures après enquêtes.
20. Par écriture du 14 janvier 2008, le directeur rappelle que l'appelé en cause figurait au RC comme administrateur préside et délégué, ce qui indique que celui-ci dirigeait la société. Sa propre nomination au poste de directeur général avec signature individuelle n'était due qu'aux nombreux déplacements à l'étranger de l'appelé en cause, pour des raisons pratiques. Cela ne fait pas de lui un dirigeant de fait. En réalité son travail n'a pas changé, preuve en est que l'appelé en cause a continué de percevoir le même salaire. Il a plusieurs fois essayé de lui faire comprendre la situation, et la gravité du retard dans le paiement des charges sociales, en vain. Toute la trésorerie était centralisée dans la société française. La priorité était de payer les salaires nets et les fournisseurs, sur instruction de l'appelé en cause. La personne responsable de la comptabilité ne pouvait donc pas régler les charges sociales.
21. Par écriture du 31 janvier 2008, l'administrateur persiste dans ses conclusions et argumentation. En particulier, les enquêtes ont démontré qu'il était dans l'ignorance du problème relatif aux cotisations sociales, et maintenu volontairement dans une telle ignorance, principalement par l'appelé en cause. Enfin, l'étendue de l'insolvabilité de la société ne pourra être définitivement déterminée qu'au jour de la clôture de la faillite et une fois les actes de défaut de biens remis.
22. Quant à la caisse, elle a persisté dans ses conclusions par écriture du 28 février 2008. L'administrateur n'a pas sérieusement exercé la fonction de surveillance qui était la sienne, et tout démontre qu'il n'avait pas l'intention d'exercer véritablement sa fonction d'administrateur. Sa passivité est en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi. Quant au directeur, il paraît peu probable qu'il n'ait pas disposé d'un certain pouvoir décisionnel, notamment du fait qu'il avait pour tâche de remplacer le président de la société pendant ses fréquentes absences. Le témoin a d'ailleurs déclaré que les décisions de paiement ont été prises sur demande de l'appelé en cause et/ou du directeur.
23. Le Tribunal de céans a transmis ces écritures aux parties le 5 mars 2008, et les a informées que la cause était gardée à juger.

---

## EN DROIT

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

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

2. La LPGA est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'article 52 LAVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur y est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les articles 81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (ci-après : RAVS) ont été abrogés. La LPGA s'appliquera au cas d'espèce, de même que les nouvelles dispositions en vigueur, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminant se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). In casu, la connaissance du dommage et toute la procédure qui a suivi sont postérieures au 1<sup>er</sup> janvier 2003, la décision à l'origine du litige datant du 20 février 2006, de sorte que les dispositions légales seront citées dans leur nouvelle teneur.
3. a) L'ancien art. 82 al. 1 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. La question est désormais réglée par l'art. 52 al. 3 LAVS. Selon cette disposition, le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus. L'employeur peut renoncer à invoquer la prescription. 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, cité in ATFA du 30 novembre 2004 en la cause H 96/03).

Le TFA a posé le principe qu'une caisse de compensation a « connaissance du dommage » au sens de la disposition précitée, à partir du moment où elle doit reconnaître, en y prêtant l'attention qu'on est en droit d'attendre d'elle et en tenant compte de la pratique, que les circonstances ne lui permettent plus de recouvrer les cotisations, mais pourraient justifier une obligation de réparer le dommage (cf. ATF 116 V 75, consid. 3b ; 113 V 181, consid. 2 ; 112 V 8, consid. 4d ; RCC 1983, p. 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a « rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer » (cf. FRITSCHE : Schuldbetreibung und Konkurs II, deuxième édition page 112), d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

Selon la jurisprudence, le dommage est réputé survenu lorsque les cotisations dues ne peuvent plus être perçues, pour des motifs juridiques ou de fait (cf. RCC 1983, p. 477 ; RCC 1988, p. 137). Lorsque les cotisations demeurent impayées en raison de l'insolvabilité de l'employeur (personne morale), le dommage est réputé survenu au moment où les créances de cotisations sont irrécouvrables, c'est-à-dire au moment où, eu égard à l'insolvabilité de l'employeur, les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire. (cf. MAURER : Schweizerisches Sozialversicherungschreit, volume II, p. 69).

Ainsi, eu égard au principe de la subsidiarité de la responsabilité des organes de la personne morale, une caisse de compensation ne peut invoquer la réparation d'un dommage à l'encontre de ceux-ci que lorsque le débiteur des cotisations arriérées se trouve dans l'impossibilité, en raison de son insolvabilité, de verser les cotisations à sa charge. Dans le cas d'une faillite, le dommage est réputé suffisamment connu lors du dépôt de l'état de collocation (cf. VSI 1993 p. 110 ; ATF 119 V 92).

b) En l'espèce, l'état de collocation a été publié le 8 juin 2005. C'est donc à ce moment qu'elle a eu connaissance du fait qu'elle allait subir un dommage, fait confirmé puisque la faillite a été clôturée le 29 novembre 2005 sans qu'aucun dividende n'ait pu être versé aux créanciers. Au vu de la jurisprudence susmentionnée, même si la faillite n'était pas clôturée cela n'empêcherait pas la caisse d'agir contre les anciens organes, un éventuel dividende étant ensuite imputé sur le montant du dommage. La décision en réparation du dommage, notifiée le 20 février 2006, est par conséquent intervenue dans le délai péremptoire de deux ans prescrit par l'art. 52 al. 3 LAVS.

Par ailleurs, les oppositions comme les recours ont été déposés dans les délais légaux. Les recours sont dès lors recevables par la forme (art. 52 LAVS et 60 al. 1 LPGA).

4. a) Aux termes de l'art. 52 al. 1<sup>er</sup> LAVS, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation. Il sied de rappeler que cet article est une disposition spéciale (RCC 1989, p. 117).

La nouvelle teneur de l'art. 52 al. 1<sup>er</sup> LAVS en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2003 reprend l'ancien art. 52 LAVS quasiment sans modification. Les termes « caisse de compensation » sont remplacés par « assurances », sans que cela n'entraîne un changement quand aux conditions de la responsabilité de l'employeur (ATF 129 13 sv. consid. 3.5). Le TF a ainsi déjà affirmé que l'on ne pouvait inférer ni du message du Conseil fédéral concernant la 11<sup>ème</sup> révision de l'AVS ni des travaux préparatoires de la LPGA des raisons de s'écarter de la jurisprudence constante relative à l'art. 52 LAVS.

b) En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse, soit un solde de cotisations pour les années 2002 à 2004 de 350'520 fr. 05, dont il convient de déduire la part pénale réglée par l'administrateur, ce qui réduit les prétentions de la caisse à 338'850 fr. 95. Cette somme résulte des décomptes produits par la caisse et de sa réponse aux recours.

5. a) L'art. 14 al. 1<sup>er</sup> LAVS en corrélation avec les art. 34 et suivants RAVS, prescrit l'obligation pour l'employeur de déduire sur chaque salaire la cotisation du salarié et de verser celle-ci à la caisse de compensation avec sa propre cotisation. Les employeurs doivent envoyer aux caisses, périodiquement, les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs salariés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions.

L'obligation de payer les cotisations et de fournir les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le 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 (ATF 112 V 155, consid. 5; 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 (ATF 111 V 173, consid. 2; 108 V 186, consid. 1a, 192 consid. 2a; RCC 1985, p. 646, consid. 3a).

b) 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 (No 6003 des directives de l'Office fédéral des assurances sociales sur la perception des cotisations, ci-après : DP; ATF 114 V 79, consid. 3; 113 V 256, consid. 3c; RCC 1988, p. 136, consid. 3c; ATF 111 V 173, RCC 1985, p. 649, consid. 2.).

Par "organe", il faut entendre toute personne physique qui représente la personne morale à l'extérieur ou qui peut exercer une influence décisive sur le comportement de celle-ci (no 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le TFA s'est toujours référé à l'art. 754 al. 1er CO, en corrélation avec l'art. 759 al 1er 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'art. 756 CO "non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels, mais également les personnes qui prennent effectivement des décisions relevant des organes, ou qui assument la gestion proprement dite et ont ainsi une part prépondérante à la formation de la volonté au sein de la société" (ATF 107 II 353, consid. 5a;

---

ATF 112 II 1985 et l'arrêt du 21 avril 1988 en la cause A; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., p. 209 et ss).

c) Dans le cas d'espèce, M. E \_\_\_\_\_, ancien administrateur inscrit au RC, est à l'évidence un organe au sens des règles susmentionnées. Autre est la question relative à M. F \_\_\_\_\_, qui n'était pas administrateur mais directeur, inscrit comme tel avec signature individuelle au RC. Il peut être recherché également, à titre d'organe de fait, mais pour autant que l'on doive retenir qu'il prenait effectivement des décisions relevant d'un organe, qu'il assumait la gestion proprement dite de la société, qu'il prenait une part prépondérante à la formation de sa volonté.

A priori, le poste de directeur de la société en cause peut correspondre à cette définition. Cependant, s'il est certain que l'appelé en cause aurait dû être qualifié d'organe de fait alors qu'il était directeur général de la société, tel n'est pas le cas, de l'avis du Tribunal et au vu de l'instruction menée par lui, du recourant qui lui a succédé à ce poste. Plusieurs éléments vont, en effet, dans ce sens. D'une part, le contrat de travail établi entre la société et M. F \_\_\_\_\_, le 30 juin 1986, aux termes duquel ce dernier a été engagé en qualité de chef comptable et responsable du personnel de la société, n'a pas été modifié lorsque la direction de la société lui a été confiée et qu'il a été, à ce titre, inscrit au rejet du commerce. Certes, cette absence de modification formelle n'est qu'un indice. S'y ajoute, toutefois, le fait que le précédent directeur général a continué de percevoir son salaire, car, malgré les apparences et les formalités d'inscription au RC, il restait le véritable dirigeant. Enfin, il n'était pas dans le pouvoir du recourant de privilégier le paiement des cotisations sociales, lorsque la trésorerie le permettait. Il n'était même pas en son pouvoir d'informer l'administrateur de la réalité de la situation, au vu des instructions qu'il recevait de l'appelé en cause. L'administrateur a lui-même reconnu lors de son audition que le recourant était clairement subordonné à l'appelé en cause. Le fait que le témoin n'ait pas pu constater le contraire est sans pertinence, car l'on sait que le recourant agissait sur instruction de l'appelé en cause. Il faut également garder à l'esprit, au vu de la jurisprudence susmentionnée, que l'administrateur est par définition un organe contre lequel une caisse peut se retourner, ce qui n'est pas le cas d'un directeur, qui a priori n'a pas à répondre du dommage. Il faut donc que les conditions posées par le TFA pour lui reconnaître la qualité d'organe de fait soient pleinement remplies. Tel n'est pas le cas en l'espèce. Par conséquent, la décision de la caisse sera annulée en tant qu'elle est dirigée contre M. F \_\_\_\_\_, et le recours de celui-ci admis.

6. a) Reste à examiner si l'administrateur, M. E \_\_\_\_\_, doit être tenu pour responsable du dommage subi par la caisse.

b) 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'assurance-vieillesse et survivants (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 (ATFA du 28 juin 1982, RCC 1983, p. 101). De jurisprudence constante, le TFA a reconnu qu'il y a négligence grave lorsque l'employeur ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement, dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (cf. RCC 1972, p. 690). 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). Par ailleurs, on rappellera que celui qui entre dans le conseil d'administration d'une société a le devoir de veiller tant au versement des cotisations courantes qu'à l'acquittement des cotisations arriérées, pour une période pendant laquelle il n'était pas encore administrateur. En règle générale, un administrateur répond solidairement de tout le dommage subi par la caisse de compensation en cas de faillite de la société (RCC 1992 p. 262, 268 sv. consid. 7b), à l'exception du cas dans lequel la société était déjà surendettée au moment où l'administrateur est entré en fonction.

Enfin, il sied de rappeler que si les membres du conseil d'administration qui ne sont pas chargés de la gestion ne sont certes pas tenus de surveiller chaque affaire des personnes chargées de la gestion et de la représentation mais peuvent se limiter au contrôle de la direction et de la marche des affaires, ils doivent cependant, entre autres obligations, se mettre régulièrement au courant de la marche des affaires, exiger des rapports et les étudier minutieusement et, au besoin, demander des renseignements complémentaires et essayer de tirer au clair d'éventuelles erreurs (ATF 114 V 223 consid. 4a ; ATF non publié H 265/02 du 3 juillet 2003). Constitue une faute grave le fait d'accepter et de conserver un mandat d'administrateur sans exercer les pouvoirs et les devoirs qui sont attachés à cette charge, ou sans pouvoir la remplir consciencieusement, car dans un tel cas il doit démissionner (cf. ATF 122 III 200) - à l'instar d'ailleurs de ce qu'a fait, pour ces mêmes raisons, l'administrateur H\_\_\_\_\_. Le TF a maintes fois précisé que 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 (voir p. ex. ATF 122 III 200 consid. 3b ; ATFA non publié du 15 juin

2004 en les causes 318, 320 et 321/03). Ainsi, le membre du conseil d'administration exclu de la gestion reste tenu de surveiller les personnes responsables de celle-ci jusqu'à ce qu'il soit relevé de ses fonctions. S'accommoder, par passivité, du non-paiement des cotisations est constitutif d'une négligence grave (RCC 1989 p. 114). De même en est-il lorsque un administrateur le devient comme un homme de paille et ne fait pas usage de ses droits et obligations de contrôle (RCC 1986 p. 421).

c) Vu ce qui précède, point n'est besoin de grands développements pour constater que le recourant a clairement failli à son mandat d'administrateur. Il s'est satisfait des réponses générales et rassurantes qu'on lui a faites sans jamais demander à consulter la moindre pièce, axant clairement son intérêt sur la question de savoir si le bénéficiaire serait intéressant ou non, ne s'intéressant à aucun moment de la question de savoir si les charges sociales étaient réglées ou en souffrance. Certes, il a été tenu à l'écart, mais cette circonstance n'est pas de nature à le soustraire à sa responsabilité. Sa passivité, son inaction, sont constitutives d'une négligence grave.

d) Le recourant, ancien administrateur, invoque une faute concomitante de la caisse. Il est vrai que dans certaines circonstances l'inaction d'une caisse de compensation peut être constitutive d'une faute concomitante et conduire à la réduction de la responsabilité de l'intéressé. Mais il faut un lien de causalité adéquat entre la violation des devoirs par la caisse et la création ou l'aggravation du dommage, tels, par exemple, le fait d'accorder de nombreux sursis hasardeux (cf. VSI 1996 p. 310 ; ATFA du 19 août 2003, cause H 142/03, et du 30 novembre 2004, cause H 96/03. Rien de tel dans le cas d'espèce. D'une part, la caisse n'est pas restée inactive puisqu'elle a régulièrement notifié des sommations à la société. Les poursuites ont certes été introduites relativement tardivement, mais cela n'a pas eu pour conséquence de créer ou d'augmenter le dommage. Il suffit pour s'en convaincre de se rappeler l'évolution du solde des cotisations entre 1999 et 2004, qui a certes beaucoup fluctué durant ces années, mais qui était de 300'000 fr. au mois d'avril 1999 et de 345'000 fr. au mois d'août 2004. C'est dire que si la caisse avait entrepris des poursuites dès 1999, le dommage n'aurait guère été différent de celui d'aujourd'hui. À cela s'ajoute que la société dépendait, pour sa trésorerie, de la société française, ce que la Caisse savait. Le versement des cotisations se faisait pour cette raison par à-coups. L'organe de la société est mal venu de reprocher aujourd'hui à la caisse d'avoir tenu compte des spécificités de la société dans sa gestion du contentieux.

7. La décision de la caisse sera dès lors confirmée à l'égard du recourant ex-administrateur, et son recours rejeté.



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

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare les recours recevables.

**Au fond :**

2. Admet le recours déposé le 7 juillet 2006 par Monsieur F\_\_\_\_\_, et annule la décision en réparation de dommage du 20 février 2006 et la décision sur opposition du 8 juin 2006 en tant qu'elles sont dirigées contre lui.
3. Rejette le recours déposé le 10 juillet 2006 par Monsieur E\_\_\_\_\_, et confirme la décision en réparation de dommage du 20 février 2006 et la décision sur opposition du 8 juin 2006 en tant qu'elles sont dirigées contre lui.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La Présidente

Florence SCHMUTZ

Isabelle DUBOIS

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