

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3311/2006

ATAS/1338/2007

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 27 novembre 2007

En la cause

Monsieur F. S. _____

recourants

Monsieur A. S. _____

Monsieur C. S. _____

Tous trois comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître
ZELLWEGER Christophe

contre

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'ASSURANCE
VIEILLESSE ET SURVIVANTS DE LA FEDERATION
ROMANDE DES SYNDICATS PATRONAUX (FER-CIAM)
sise rue de Saint-Jean 98, case postale 5278, 1211 GENEVE 11

intimée

**Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Evelynne BOUCHAARA et Christine
TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. La société X _____, ayant pour but le financement, la distribution, l'exploitation de droits sur les œuvres musicales, ainsi que l'importation et la location de films, a été inscrite au Registre du commerce de Genève le 17 avril 1946. La société exploitait plus particulièrement les salles de cinéma Y _____ depuis mars 1994. En janvier 2000, la société a repris les actifs et passifs des cinémas Z _____ et X _____.
2. Les administrateurs de la société ont été du 7 mars 1994 au 9 novembre 2000, Monsieur W. A _____, administrateur président, signature individuelle et Madame G. A _____, ainsi que Messieurs M., D., S. et T. A _____, signature collective à deux ; du 9 novembre au 28 novembre 2000, Monsieur W. B _____, signature individuelle ; dès le 28 novembre 2000, Monsieur F. S _____ administrateur président et délégué, signature individuelle, ainsi que Messieurs A. et C. S _____, administrateurs, signature collective à deux ; du 17 avril 2001 au 27 février 2002, Monsieur P. C _____, signature individuelle et Madame E. D _____, signature collective à deux, puis Monsieur C _____ sans signature jusqu'au 2 avril 2002.
3. La société était affiliée auprès de la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'ASSURANCE VIEILLESSE ET SURVIVANTS DE LA FEDERATION ROMANDE DES SYNDICATS PATRONAUX (FER-CIAM) (ci-après la caisse) depuis le 1^{er} janvier 1948.

Les cotisations paritaires AVS-AI ont été versées à la caisse en temps utile jusqu'en novembre 2000. A compter de cette date toutefois, les délais n'ont plus été respectés et la caisse a été contrainte d'agir par voie de poursuite dès mars 2001.

4. La société a déposé le 10 décembre 2002 une requête de sursis concordataire auprès du Tribunal de première instance (TPI).

Par jugement du 12 décembre 2002, le TPI a constaté que jusqu'à fin 1999, les comptes de la société paraissaient à peu près équilibrés, qu'au 31 décembre 2000, le bilan de la société accusait toutefois une perte de 878'164 fr., qu'en 2001 la société subissait une perte d'exploitation supplémentaire de 343'690 fr., que depuis début 2002, elle perdait environ 50'000 fr. par mois, de sorte que le déficit supplémentaire accumulé entre le 1^{er} janvier et le 30 octobre 2002 s'élevait à 544'494 fr., que cette perte était imputable aux deux tiers à l'exploitation du cinéma Les Y _____ dont les coûts étaient les plus élevés en termes de charges salariales et de loyer et dont la rentabilité avait été particulièrement affectée par la baisse de fréquentation, que cette situation a eu pour conséquence le surendettement de la société, de même que son insolvabilité, que le bail du cinéma Les Y _____ a été résilié de manière anticipée pour l'échéance du 30 novembre 2002, que le propriétaire de la

salle du X_____ a mis la société en demeure de régler l'arriéré de loyer à 30 jours sous peine de résiliation le 10 octobre 2002, que les salaires du mois de novembre 2002 n'ont pas été payés, que la société n'a pu obtenir des distributeurs la location de nouveaux films, qu'en cas d'arrêt d'exploitation des salles, la dette de la société d'un montant de 1'000'475 fr. à l'égard de son partenaire publicitaire devenait exigible, enfin qu'un créancier, YY_____, a dirigé contre elle une poursuite qui a donné lieu à une commination de faillite notifiée le 31 octobre 2002.

Le TPI a pris en considération le fait que la société était en pourparlers avec ZZ_____ et constatant qu'elle n'avait à ce jour présenté ni projet de concordat détaillé, ni budget prévisionnel démontrant comment elle ferait face à ses dépenses courantes sans augmenter le passif, lui a accordé un sursis concordataire provisoire jusqu'au 13 février 2003 et nommé en qualité de commissaire provisoire au sursis Maître E_____, avocat, lequel aurait pour mission d'examiner l'état de la fortune et des revenus de la société ainsi que les perspectives de concordat et de surveiller l'activité de celle-ci pendant la durée du sursis.

5. Le commissaire au sursis a établi un rapport le 13 février 2003, aux termes duquel il proposait de couvrir entièrement les créances de première classe et de verser aux créanciers ordinaires un dividende de 10 à 20%, dans la mesure où le créancier principal pour un montant d'environ 1'500'000 fr. avait cédé sa créance à ZZ_____, laquelle renoncerait le cas échéant partiellement au versement d'un dividende afin de favoriser le concordat. Le TPI a sur cette base accordé à la société le 10 mars 2003 un sursis concordataire jusqu'au 15 août 2003 pour proposer un concordat dividende en vue d'homologation. Il a à nouveau nommé en qualité de commissaire au sursis Maître E_____. Il a restreint les pouvoirs de disposition des organes de la société par la signature conjointe entre ses administrateurs pris individuellement ou collectivement, d'une part, et le commissaire au sursis, d'autre part.
6. Le 26 août 2003, la durée du sursis concordataire a été prolongée au 15 février 2004, la personne du commissaire au sursis, ainsi que la restriction des pouvoirs de disposition des organes de la société, étant confirmées.
7. Le commissaire au sursis a sollicité le 30 janvier 2004 la révocation du sursis concordataire, au motif que le groupe ZZ_____ avait dénoncé courant octobre 2003 la convention de management qui venait à échéance le 31 janvier 2004, avec pour conséquence que la salle du cinéma X_____ était fermée. Par jugement du 23 février 2004, le TPI a dès lors prononcé la faillite de la société.
8. Par décision du 22 avril 2005, la caisse a réclamé à Messieurs F., A. et C. S_____, pris conjointement et solidairement, le paiement de la somme de 152'200 fr. 80, représentant le montant du dommage subi en raison du non-paiement des cotisations paritaires AVS-AI-APG-AC et assurance-maternité, ainsi

que les contributions allocations familiales, plus les frais administratifs et de poursuites, les intérêts moratoires et les taxes de sommation, dus par la société de janvier 2002 à janvier 2003, avec un complément pour l'année 2001.

9. La caisse a renoncé à poursuivre deux autres administrateurs, Madame D_____ et Monsieur C_____, considérant qu'ils avaient quitté leur fonction le 27 février 2002 déjà, qu'ils n'avaient aucun pouvoir de décision dans la société, qu'ils s'étaient néanmoins souciés du paiement des cotisations sociales et avaient du reste conclu avec la caisse un arrangement de paiement fin novembre 2001, arrangement qu'ils avaient respecté.
10. Par décision du 6 mai 2005, la caisse a réduit le montant de sa prétention à 100'224 fr. 40, afin de tenir compte du dividende qu'elle avait reçu le 29 avril 2005 de l'Office des faillites.
11. Les trois anciens administrateurs de la société, représentés par Maître Christophe ZELLWEGER, ont formé opposition le 24 mai 2005 contre la décision du 22 avril 2005, modifiée le 6 mai 2005. Ils considèrent qu'ils ne sont pas responsables du dommage subi par la caisse.
12. Par décision du 11 juillet 2006, la caisse a rejeté l'opposition.

Elle relève que la société se trouvait dans une situation financière difficile depuis la reprise des cinémas Z_____ et X_____ début 2000 déjà, que la situation s'était aggravée au point que les cotisations n'ont plus été payées et que les pertes reportées en début 2001 ascendaient à 899'674 fr. 81, que dès lors la crise de liquidité à laquelle elle devait faire face ne pouvait être qualifiée de passagère.

Elle admet que seul Monsieur F. S_____ dirigeait dans les faits la société, mais rappelle, s'agissant de Messieurs A. et C. S_____, que le fait de ne pas s'occuper de la gestion d'une société ne suffit pour les excuser.

La caisse reproche aux anciens administrateurs de la société de n'avoir pas donné la priorité au paiement des charges sociales et de n'avoir pas provoqué une mise en faillite plus tôt, fin 2001 par exemple, ce qui aurait évité la péjoration du dommage.

13. Les trois anciens administrateurs, par l'intermédiaire de leur mandataire, ont interjeté recours le 12 septembre 2006 contre ladite décision.

Ils rappellent que les cotisations impayées portent essentiellement sur la période janvier 2002 à janvier 2003 avec des compléments janvier - décembre 2001, étant précisé que les factures concernant ces cotisations ont été émises le 30 mai 2002 et le 27 février 2003. Ils entendent ainsi démontrer que c'est à tort que la caisse soutient que les cotisations n'ont plus été payées dès leur entrée dans le conseil d'administration. Par ailleurs, compte tenu du sursis concordataire accordé par le

TPI le 12 décembre 2002, la période durant laquelle ils pourraient se voir reprocher une faute pour ne pas s'être acquittés des charges sociales est réduite à environ six mois, soit du 30 mai 2002 au 12 décembre 2002. Or, selon les comptes de la société au 31 décembre 2001, la société disposait alors d'actifs évalués à 3'880'415 fr. 95 et subissait des dettes pour 2'661'810 fr. 56. Il n'y avait dès lors aucune raison pour eux de déposer le bilan au sens de l'art. 725 CO à fin 2001.

Même s'ils reconnaissent que la situation financière s'était péjorée courant 2002, les recourants soulignent avoir toujours pensé qu'elle se redresserait et que les actifs seraient quoi qu'il en soit suffisants pour désintéresser tous les créanciers privilégiés. Preuve en est qu'il résulte du bilan au 31 décembre 2002 qu'il demeurait un excédent des actifs de 610'624 fr. 10. Ils rappellent enfin que dès le 12 décembre 2002, ils n'avaient plus les pouvoirs de disposer des actifs de la société.

Les recourants affirment par ailleurs ne pas comprendre pour quelle raison le tableau de distribution établi le 6 avril 2005, qui permettait un désintéressement intégral des créanciers de première et deuxième classes, a été modifié le 14 avril 2005 de sorte que la caisse notamment n'a pu voir sa créance couverte intégralement. Ils s'étonnent à cet égard que les créanciers de deuxième classe n'ont alors entrepris aucune démarche pour sauvegarder leurs droits.

14. Dans sa réponse du 5 octobre 2006, la caisse a souligné que le manque de liquidités n'avait pas été de courte durée, puisqu'elle avait dû engager des poursuites contre la société dès mars 2001, que les loyers des salles de cinéma n'avaient pas pu être payés depuis début 2002, qu'il existait selon l'office des poursuites un passif de 1'300'000 fr., que Monsieur S. F_____, chargé de la comptabilité de la société en 2001, envisageait dans une lettre du 18 mars 2002 adressée à l'organe de contrôle et à la fiduciaire prenant sa place, la possibilité que la société soit surendettée fin 2000. La caisse relève enfin que le sursis concordataire n'aurait pas été accordé si le TPI n'avait pas jugé réaliste que la dette de cotisations accumulées allait être payée.
15. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties le 21 novembre 2006.

a) Monsieur F. S_____ a déclaré que :

"Je suis entré au conseil d'administration et suis devenu actionnaire de la société en même temps, soit le 28 novembre 2000. A ce moment-là la situation de la société était saine. Je m'occupais de la gestion de la société avec Monsieur P_____ C_____. J'étais chargé du paiement des salaires, j'avais toutefois délégué la question du paiement des charges sociales à Monsieur F_____, comptable. C'est moi-même et Monsieur C_____ qui prenions les décisions, Monsieur

F_____ suivait nos instructions. Monsieur F_____ a sollicité des plans de paiement à la caisse, à ma demande.

S'agissant du plan de paiement accordé par la caisse le 30 novembre 2001, je dois vous expliquer ceci : la société s'est trouvée dans de grandes difficultés à la suite des événements survenus aux Etats-Unis en septembre 2001. Des films programmés ont été annulés; certains distributeurs ont annulé la sortie des films pour la fin de l'année. Tout ceci a causé un manque à gagner pour notre société. La société XXX_____ s'occupait de la programmation de films. Monsieur C_____ gérait cette société et j'ai le sentiment qu'il voulait profiter de la situation. L'enjeu serait le rachat des salles de cinéma au profit de XXX_____. Il me cachait des choses. Je n'avais plus la maîtrise de la situation. Je rappelle que c'est Monsieur C_____ qui était chargé de signer les chèques en paiement des cotisations AVS-AI.

Interrogé au sujet de la lettre adressée par Me WOODTLI à la caisse le 27 novembre 2002, plus particulièrement des derniers paragraphes en page 2, aux termes desquels :

"Cela étant, Monsieur P_____ V. C_____ et Madame E. D_____ ont toujours considéré que la question de l'arriéré de cotisations en matière AVS/AI/APG + PS accumulé par X_____ constituait un problème à régler en priorité.

C'est pourquoi ils ont pris contact avec la FRSP-CIAM dans le but de trouver un arrangement et de mettre sur pied un plan de paiement échelonné.

Un accord a ainsi été conclu le 30 novembre 2001 entre la FRSP-CIAM et X_____, sous l'égide de mes mandants. Monsieur F. S_____, lorsqu'il a eu connaissance de cet accord, s'est déclaré "mis devant le fait accompli".

En effet l'intéressé considérait, et semble toujours considérer au vu de votre courrier du 14 novembre 2002, ce problème comme secondaire.

Il apparaît d'ailleurs, que Monsieur F. S_____ ait décidé de ne pas respecter et renouveler l'accord qui avait été convenu avec la FRSP-CIAM sous l'égide de mes clients",

Monsieur F. S_____ a répondu : "je n'ai pas de commentaires, je ne me l'explique pas. Ils ont manifestement voulu me discréditer."

Je ne conteste pas que Monsieur C_____ a été informé de ce qu'une réunion des administrateurs se tiendrait le 1^{er} février 2002, par télécopie du 31 janvier 2002 expédié à 16 h 19. Je précise que les statuts de la société prévoient qu'une convocation doit intervenir 24 h. avant. De plus il y avait urgence. J'ai reproché à Monsieur C_____ de faire partir des chèques sans qu'il y ait d'argent

physiquement disponible sur le compte (réunion du conseil d'administration du 25 janvier 2002). Le 25 janvier 2002, j'ai demandé des extraits de compte à la banque YYY_____ et j'ai pu constater que Monsieur C_____ avait effectué un grand nombre de prélèvements qui semblaient injustifiés (cf. PV conseil d'administration du 1^{er} février 2002).

La comptabilité de la société était confiée jusqu'en 2000 à une fiduciaire zurichoise. Je conteste que Monsieur F_____ n'ait pas eu les documents nécessaires pour établir la comptabilité 2001 et je répète que c'est sur mes instructions qu'il s'est occupé des arrangements de paiement pour la TVA, l'AVS, la LPP, etc.

Dès l'octroi du sursis provisoire en décembre 2002 je ne me suis plus occupé de la gestion de la société. Je précise à cet égard qu'il n'y avait que peu de salariés en 2003, et plus du tout depuis le 31 mars 2003. Maître E_____ ne me donnait quoi qu'il en soit pas de marge de manœuvre.

J'étais confiant, j'avais pu négocier une programmation de films intéressants début 2002. Deux problèmes ont surgi : j'ai été contacté en août 2002 par la société qui gère la publicité. Cette société subissait une forte baisse de son chiffre d'affaires, de sorte qu'elle n'a pas payé les redevances pendant plusieurs mois, ce qui représentait un manque à gagner de 90'000 fr. par trimestre. Elle a également baissé le taux des redevances de 20% rétroactivement depuis janvier 2002. D'autre part, la politique de distribution a été modifiée par les distributeurs américains. Jusque-là deux ou trois salles se partageaient le même film. Dans le courant 2002, ce sont six ou sept salles qui se partageaient le même film.

Je précise que tous les salaires ont été payés, déduction faite de la part salariale, jusqu'au 12 décembre 2002, date du premier jugement du TPI, ce à l'exception de mon propre salaire que je n'ai pas intégralement perçu pour le mois de décembre 2002 et de celui de mon épouse de fin mai à fin décembre 2002. Je n'avais procédé à aucune diminution de mon salaire par ailleurs. Les salariés de la société ont tous pu être remplacés. Je n'ai par ailleurs jamais reçu aucune rémunération en ma qualité d'administrateur (jeton de présence)".

b) Messieurs C. et A. S_____ ont déclaré :

"C'est notre père qui nous a demandé de rejoindre le conseil d'administration. Nous ne nous occupons de rien dans la société. Nous n'y avons jamais travaillé. Nous n'avons jamais examiné les comptes de la société ni d'autres documents du reste. Nous participons aux réunions de conseil d'administration. Notre père nous donnait quelques explications au préalable. Nous n'avons jamais reçu aucune rémunération pour notre mandat d'administrateur".

c) La représentante de la caisse a précisé que "les décomptes finaux pour 2001 et 2002 sont intervenus non pas à la suite d'un contrôle d'employeur, mais en

ajustement par rapport aux acomptes payés. Il m'est demandé quelle réaction la caisse a eue en recevant le deuxième tableau de distribution du 14 avril 2005. Nous n'avons pas réagi, pensant que la modification était plausible".

16. Dans leurs écritures du 22 décembre 2006, les recourants relèvent qu'aucun d'entre eux n'a touché la moindre rémunération pour son activité au sein du conseil d'administration de la société, et que Monsieur F. S_____ a renoncé à son salaire pour le mois de décembre 2002.

Ils allèguent que la caisse a commis une faute concomitante, ce qui exclurait quoi qu'il en soit toute faute de leur part, en ne réagissant pas lorsque le second tableau de distribution a été établi, laissant apparaître un découvert pour la caisse de 100'224 fr. 40.

S'agissant de la période couverte par le sursis concordataire, ils produisent notamment un courrier du commissaire au sursis daté du 13 décembre 2002 à eux adressé, selon lequel "plus aucun engagement ne peut être souscrit sans mon accord. Vous voudrez bien noter qu'aucune facture ou engagement ne peut être réglé par caisse, compte bancaire ou ccp sans avoir été préalablement visé par moi-même".

Ils soulignent ainsi que le commissaire au sursis a pris le contrôle total de toutes les liquidités de la société, à compter du 12 décembre 2002. Ils ne comprennent dès lors pas comment il pourrait leur être reproché d'avoir commis une faute en ne s'acquittant pas des charges sociales durant la période de sursis concordataire. Ils répètent par ailleurs que durant le court laps de temps s'écoulant entre la plus ancienne des factures de cotisations et le prononcé du sursis concordataire, ils n'auraient sérieusement pas pu imaginer que les cotisations pourraient ne pas être payées ultérieurement.

17. Le 26 juin 2007, la caisse a conclu au rejet du recours. Le 7 juillet 2007, elle a précisé que lorsqu'elle avait pris connaissance du tableau de distribution modifié, soit le 8 avril 2005, elle s'était enquis par téléphone auprès de l'Office des faillites et avait reçu comme explication pour la modification intervenue qu'une garantie de loyer devait être restituée. Elle relève par ailleurs qu'il appartenait aux administrateurs de l'informer d'une augmentation de la masse salariale en 2002, ce qui lui aurait évité de facturer à la société en février 2003 un important complément pour 2002.
18. Par courrier du 19 juillet 2007, les recourants ont persisté dans leurs conclusions.
19. Sur ce la cause a été 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. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch.1 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La LPGA est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'art. 52 LAVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'art. 52 LAVS et les art. 81 et 82 RAVS ont été abrogés.

4. Le recours, interjeté en temps utile, est recevable (articles 56 et 60 LPGA).

5. Aux termes de l'art. 52 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.

La caisse de compensation compétente fait valoir sa créance en réparation du dommage par décision.

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".

6. Le délai de deux ans court du moment où la caisse de compensation a connaissance du dommage et également de la personne tenue à le réparer (RCC 1991, p.132). La caisse a connaissance du dommage dès le moment où, avec toute l'attention que l'on peut attendre d'elle, elle doit constater qu'elle ne peut plus recouvrer les cotisations (VSI 1996, p. 167).

Le Tribunal fédéral des assurances (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 (ATF 116 V 75, consid. 3b; 113 V 181, consid. 2; 112 V 8, consid. 4d, 158; 108 V 52, consid. 5; 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, 2ème éd. p. 112), d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

En cas de faillite ou de concordat par abandon d'actifs, la caisse n'a pas nécessairement connaissance d'un ajournement seulement où elle peut consulter le tableau de distribution et le compte final établi par l'office des faillites ou le liquidateur, ou à la date à laquelle elle reçoit un acte de défaut de biens. En effet, celui qui subit une perte dans une faillite ou dans une procédure concordataire et veut intenter une action en dommage et intérêts en général, et selon la pratique des tribunaux, déjà suffisamment connaissance du dommage au moment où la collocation des créances lui est notifiée ou à celui où l'état de collocation et l'inventaire ont été déposés et peuvent être consultés. A ce moment-là le créancier est ou devrait être en général en mesure de connaître l'état des actifs, la collocation de sa créance et le dividende probable (ATF 116 II 161; 116 V 75; 113 V 182).

En l'espèce, la faillite a été prononcée le 23 février 2004 et le tableau de distribution a été modifié le 14 avril 2005. C'est à ce moment-là que la demanderesse a su qu'elle subirait un dommage. Force dès lors est de constater que par sa décision en réparation notifiée le 22 avril 2005, elle a agi dans le délai de deux ans dès la connaissance du dommage prévu à l'art. 52 al. 3 LAVS. Le délai de cinq ans après la survenance du dommage a également été respecté.

7. Le montant du dommage correspond à celui pour lequel la caisse de compensation subit une perte (RCC 1972, p. 687). Appartiennent à ce montant les cotisations paritaires (cotisations patronales et d'employés ou ouvriers) dues par l'employeur, les contributions aux frais d'administration, les intérêts moratoires, les taxes de sommation et les frais de poursuite (Directives de l'OFAS sur la perception des cotisations N° 7015 et ss.).

Le dommage est survenu dès que le montant dû de par la loi ne peut plus être recouvré pour des raisons juridiques ou de fait (RCC 1978, p. 259). Il en va ainsi lorsque la créance de cotisations est périmée par suite de prescription au sens de l'art. 16 al. 1 LAVS ou lorsque l'employeur est insolvable (prononcé de la faillite ou délivrance d'un acte de défauts de biens). Aussi le dommage subi par la caisse représente-t-il le montant des cotisations paritaires AVS-AI-APG-AC, et assurance-maternité, les contributions allocations familiales, resté impayé pour un total de 100 224 fr. 40.

8. L'art 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 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).

9. 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; ATFA 114 V 79, consid. 3; 113 V 256, consid. 3c; RCC 1988, page 136, consid. 3c; ATFA 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'art. 754, 1er al., en corrélation avec l'art. 759, 1er al. 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'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).

En l'occurrence, les recourants étaient administrateurs de la société, titulaires de la signature individuelle et de la signature collective à deux, du 28 novembre 2000 à la faillite, et inscrits comme tels au registre du commerce. Ils ont dès lors indiscutablement la qualité d'organe formel de la société anonyme. (cf. FORSTMOSER, op. cit. N° 654 et 655, p. 2089 ; GUHL, MERZ & KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht, 7ème éd., p. 691; ATF 86 II 271 et 93 II 22). Il n'est partant, pas nécessaire d'examiner s'ils assumaient un rôle prépondérant à la formation de la volonté au sein de la société.

10. De jurisprudence constante, le TFA a reconnu qu'il y avait négligence grave lorsque l'employeur ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement, dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (cf. RCC 1972, p. 690). La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard doit donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité et de gestion, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé. Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, on peut, par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions (cf. RCC 1972, p. 690 ; RCC 1978, p. 261). 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).
11. Les recourants allèguent que leur responsabilité ne saurait être engagée, vu le court laps de temps durant lequel les cotisations n'ont pas été payées. Ils rappellent à cet égard que les factures concernant les cotisations restées impayées ont été établies par la caisse les 30 mai 2002 et 27 février 2003, que ce n'est en conséquence qu'à partir du 30 mai 2002, que leur comportement pourrait être examiné au regard de l'art. 52 LAVS, et ce, jusqu'au 12 décembre 2002 seulement, date à laquelle le TPI a accordé à la société le sursis concordataire provisoire.

Selon la jurisprudence du TFA en effet, on peut tenir compte de la durée pendant laquelle les cotisations sont restées impayées, car si la période concernée est courte, l'organe peut être disculpé. Ce critère ne doit toutefois être pris en considération que comme un élément parmi d'autres dans l'appréciation globale de toutes les circonstances concrètes. Le TFA a ainsi jugé qu'une période de trois mois était suffisamment courte pour nier l'obligation de réparer le dommage (cf. VSI 1996 p. 228).

L'employeur ne peut être tenu pour responsable de la différence entre la somme des acomptes versés et le montant exact des cotisations, à moins qu'il n'ait cherché par le versement d'acomptes nettement insuffisants à repousser au maximum l'échéance de sa dette en raison d'un manque de trésorerie, qu'il n'ait pas annoncé l'augmentation de la masse des salaires tout de suite après l'échéance de la période de décompte ou qu'il n'ait pas adapté les acomptes à la nouvelle masse salariale conformément à ce qui lui était communiqué. Doit par contre être considéré comme négligence grave le fait de ne pas acquitter le solde dû sans délai (VSI 1994, p. 104; VSI 1993, p. 172; RCC 1992, p. 259).

Certes en l'espèce des compléments de cotisations pour l'année 2001 et pour l'année 2002 ont-il été notifiés à la société les 30 mai 2002 et 27 février 2003. Il convient toutefois de relever que Monsieur F. S_____ avait annoncé en juillet 2001 une baisse de la masse salariale de 91'000 fr. à 65'000 fr., baisse dont la caisse a dûment tenu compte dès août 2001. Pour l'année 2002, la société n'avait informé la caisse d'aucun changement.

Les recourants ne sauraient dès lors considérer que leur comportement au sens de l'art. 52 LAVS ne doit être examiné que depuis le 30 mai 2002. Il y a également lieu de rappeler à cet égard que la caisse a été contrainte d'agir par voie de poursuite contre la société dès mars 2001. La jurisprudence susmentionnée relative à la période courte durant laquelle les cotisations sont restées impayées ne peut, partant, être prise en considération pour le cas d'espèce.

12. a) Les recourants considèrent qu'à compter du 12 décembre 2002, date à laquelle le TPI a accordé à la société le sursis concordataire provisoire, ils ne peuvent se voir reprocher aucune faute, le commissaire au sursis ayant pris le contrôle total de toutes les liquidités de la société.

b) Selon l'art. 298 al. 1 LP, le débiteur peut poursuivre son activité sous la surveillance du commissaire. Le juge du concordat peut cependant prescrire que certains actes ne pourront être valablement accomplis qu'avec le concours du commissaire, ou autoriser le commissaire à poursuivre l'activité de l'entreprise à la place du débiteur. L'art. 298 al. 2 LP prévoit que sauf autorisation du juge du concordat, il est interdit, sous peine de nullité, d'aliéner ou de grever l'actif immobilisé, de constituer un gage, de se porter caution et de disposer à titre gratuit pendant la durée du sursis.

A moins que le juge du concordat n'en dispose autrement, il découle ainsi de l'art. 298 LP que le débiteur conserve la libre disposition de ses biens. Celui-ci peut poursuivre l'exploitation de son entreprise et accomplir tous les actes juridiques qui entrent dans le cadre de la gestion quotidienne de celle-ci, à l'exception toutefois de ceux qui sont mentionnés à l'art. 298 al. 2 LP (Staehelin/Bauer/Staehelin (édit.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG III,

Art. 221-352, Bâle 1998, n. 3 ad art. 298; Pierre-Robert Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne 2003, n. 8 ss ad art. 298). Le versement des cotisations dues sur les salaires payés n'entre pas dans la catégorie des actes juridiques qui tombent sous le coup des actes prohibés par l'art. 298 al. 2 LP.

c) En l'espèce, dans son premier jugement, soit celui du 12 décembre 2002, le TPI n'a prévu aucune limitation du pouvoir de gestion des administrateurs. Il précise au contraire la mission du commissaire au sursis qui devra examiner l'état de la fortune et des revenus de la société, ainsi que les perspectives de concordat et surveiller l'activité de la société pendant la durée du sursis. Il y a ainsi lieu de constater que les recourants étaient censés continuer d'assumer leur fonction d'administrateur durant le sursis concordataire provisoire.

d) Il est vrai pourtant que dès le 13 décembre 2002, le commissaire au sursis a informé les administrateurs que plus aucun engagement ne pouvait être souscrit sans son accord.

Le fait que le commissaire au sursis était chargé de la surveillance de l'activité de la société au sens de l'art. 298 al. 1 LP et donnait des instructions à la direction de la société concernant la priorité des paiements à effectuer ne libérait cependant pas les recourants, en leur qualité d'organes de la société, de leurs devoirs de surveillance et de contrôle en matière de paiement des cotisations sociales (voir arrêt K. du 5 février 2003, H 183/01, consid. 3.3 et les arrêts cités). Si les administrateurs de la société étaient certes tenus de suivre les instructions et injonctions du commissaire au sursis, c'est à eux qu'incombait toutefois de poursuivre les activités de la société et de s'occuper du paiement des charges courantes. Selon la jurisprudence en effet, les montants dus à des institutions de prévoyance sociale à partir de la date du sursis sont des dettes de la masse qui ne sont pas touchées par le concordat et qui peuvent, de ce fait, être immédiatement payées (ATF 100 III 30; RDAT 1999 I n° 71 p. 278, arrêt M. du 17 janvier 2002, H 38/01, et arrêt non publié H. du 17 mars 1998, H 277/97; H 66/2005).

e) Il est vrai également que depuis le 10 mars 2003, le juge du concordat a expressément restreint les pouvoirs de disposition des organes de la société par la signature conjointe entre ses administrateurs pris individuellement ou collectivement d'une part et le commissaire au sursis d'autre part. Il a confirmé cette restriction le 26 août 2003.

Le TFA a confirmé que lorsque le juge du concordat n'a pas limité les pouvoirs des organes de la société ou lorsqu'il n'a pas prescrit que certains actes devaient être accomplis avec le concours du commissaire au sursis, la gestion reste en mains de son ancienne direction, laquelle est dès lors responsable du paiement des cotisations AVS-AI notamment (ATF du 19 juillet 2006, cause H.66/2005), ce qui signifie en

d'autres termes que la gestion de la société échappe aux administrateurs dès qu'ils ne peuvent plus agir seuls.

En l'espèce, le juge du concordat n'a certes pas écarté les recourants de la gestion de la société. Il n'a pas limité leurs pouvoirs en leur enjoignant de ne pas s'occuper de tout ou partie des affaires de la société. Il a toutefois prévu que les actes devaient être signés conjointement avec le commissaire au sursis. Il appert par ailleurs des courriers adressés par ce dernier à différents créanciers de la société qu'il s'occupait concrètement de la gestion courante (Swisscom, loyers, ...).

f) On ne saurait dès lors reprocher aux recourants de ne pas s'être préoccupés du versement des charges sociales, à compter du 10 mars 2003, date à laquelle leurs pouvoirs d'administrateur ont été restreints, en ce sens qu'ils n'avaient plus la libre disposition des biens de la société.

13. Les recourants soulignent le fait qu'ils ont persisté à croire, malgré l'aggravation des difficultés rencontrées par la société courant 2002, que la situation s'améliorerait et que les actifs seraient quoi qu'il en soit suffisants pour que les créanciers privilégiés puissent être désintéressés.

Le Tribunal de céans constate cependant que le déficit accumulé entre le 1er janvier et le 30 octobre 2002 s'élevait à 544'494 fr., à telle enseigne que la société était à cette date surendettée et insolvable. Les recourants ne pouvaient dès lors, dans ces circonstances, sérieusement penser qu'ils pourraient ultérieurement payer leur dette de cotisations. Il y a à cet égard lieu de rappeler que le juge du TPI a accordé un sursis, puis en a accepté la prolongation (RCC 1985 p. 604), uniquement au motif que la société était en pourparlers avec une société affiliée à un groupe de dimension internationale d'une surface financière importante intéressée à reprendre les grandes salles du centre ville, et compte tenu du préavis favorable émis par le commissaire au sursis dans son rapport du 13 février 2003. Il importe à cet égard de relever que les perspectives, selon ce rapport, étaient de ne couvrir entièrement que les créanciers de 1^{ère} classe, les autres ne se voyant verser qu'un dividende de l'ordre de 10 à 20%. Dans ces conditions la Caisse aurait, quoi qu'il en soit, subi un dommage.

Selon la jurisprudence du TFA, l'administrateur ne saurait favoriser les autres créanciers. Il peut certes 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. Ce n'est cependant pas le cas en l'espèce, la société étant surendettée au moment de demander le concordat (RCC 1983, 102 ; RCC 1992, 261). On ne saurait parler ici de crise passagère de liquidités.

14. Les recourants ne comprennent pas le reproche que leur adresse la caisse lorsqu'elle considère qu'il leur aurait appartenu de déposer le bilan conformément à l'art. 725 CO fin 2001 déjà. Force est pourtant de constater que fin 2001 déjà, la situation

dans laquelle se trouvait plongée la société était déjà très préoccupante (cf PV de l'assemblée générale du 24 septembre 2002, lettre de Monsieur F_____ du 18 mars 2002, notamment). Déposer le bilan leur aurait permis de ne pas aggraver autant le dommage subi par la caisse.

15. En l'espèce, C. et A. S_____ allèguent n'avoir pas participé à la gestion de la société, ce qui a été confirmé par leur père.

Or, l'administrateur qui ne demande aucun renseignement sur le paiement et les décomptes des cotisations, ne donne pas d'instructions, n'ordonne pas de contrôles agit par négligence grave (RCC 1989, p. 116; RCC 1983, p. 102). Un administrateur peut certes déléguer à des tiers les fonctions de gestion. Cette délégation ne le décharge cependant pas de son obligation de surveillance au sens de l'art. 716a al. 1 CO (RCC 1989 p. 116).

Constitue quoi qu'il en soit une faute grave le fait d'accepter et de conserver le mandat d'administrateur sans exercer les pouvoirs et les devoirs qui sont attachés à cette charge. Même le membre exclu ou tenu à l'écart de la gestion a l'obligation de surveiller les personnes qui gèrent la société jusqu'à ce qu'il soit relevé de ses fonctions (RCC 1989, p. 114; RCC 1986, p. 420).

Force est ainsi de constater que par passivité et par ignorance des responsabilités incombant à un administrateur, Messieurs C. et A. S_____ se sont accommodés du non-paiement des cotisations, et ont, partant, commis une grave négligence.

16. En conséquence, si la responsabilité des recourants est clairement engagée au sens de l'art. 52 LAVS jusqu'au 10 mars 2003, il n'en est pas de même à compter de cette date. Ils ne répondent ainsi du dommage subi par la Caisse, soit des cotisations échues, que jusque-là.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement en ce sens que la responsabilité des recourants n'est engagée que jusqu'au 10 mars 2003.
3. Renvoie la cause à la caisse afin qu'elle recalcule le montant du dommage dont répondent solidairement les recourants.
4. Condamne l'intimée à verser aux recourants la somme de 1'200 fr., à titre de participation à ses frais et dépens.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. 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

Marie-Louise QUELOZ

Doris WANGELER

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