REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/356/2005 **ATAS/845/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 9 août 2007

En la cause

Monsieur H_____, domicilié , GENÈVE	recourants
Hoirie de feu C_____, domiciliée , TOULON, FRANCE	

contre

FER CIAM, rue de Saint-Jean 98, case postale 5278, 1211 GENEVE 11	intimée

Siégeant : Karine STECK, Présidente, Christine KOEPPEL et Bertrand REICH, Juges assesseurs

EN FAIT

1. La société X_____ SA en faillite (ci-après : la société), inscrite au Registre du commerce de Genève (RC) le 26 août 1999, avait pour but le commerce de matériels et logiciels informatiques, l'édition et la distribution de logiciels, les travaux de régie, d'engineering et de développement s'y rapportant ainsi que la prise de participations, à l'exclusion de participations immobilières en Suisse.

2. Monsieur H_____ a été inscrit au RC en qualité d'administrateur unique avec signature individuelle le 26 août 1999, date à laquelle Messieurs C_____ et H1_____ y ont également été inscrits, en tant que directeurs avec signature individuelle. Messieurs C_____ et H1_____ sont restés inscrits jusqu'au 5 mars 2001. Le réviseur de la société était la succursale genevoise de Z2_____ FIDES PEAT.

3. La société faisait partie du groupe Y_____., enregistré au Nevada (USA), auquel appartenaient également les sociétés Z_____ SA en faillite, X1_____ SA en faillite et X_____ INC., sise au Canada. Les administrateurs de la société mère étaient Messieurs André H_____ et Paul C_____, mais le principal animateur du groupe, selon Monsieur H_____, était - outre Monsieur H1_____, ancien président du conseil d'administration de la société mère -, Monsieur B_____ qui, au travers de la société Y1_____ sise à Ottawa, était chargé du financement de l'ensemble des sociétés du groupe.

4. Dès le mois d'août 2000, la société fille a rencontré des difficultés financières et les cotisations sociales n'ont plus été acquittées dans les délais prescrits par la loi. La CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'AVS DE LA FÉDÉRATION DES ENTREPRISES ROMANDES (ci-après la caisse), à laquelle la société était affiliée, a dû déposer plusieurs réquisitions de poursuite.

5. Le 12 mars 2001, Z2_____ a remis un premier projet des états financiers consolidés qui laissait apparaître au 31 décembre 2000 une perte cumulée de 3'702'460 fr. et une situation de surendettement (pce 10 rec.).

6. Le 9 avril 2001, un arrangement a été conclu avec la caisse, qui a dû être annulé en septembre 2001 pour non-paiement.

7. Un nouveau rapport portant sur les états financiers a été établi en date du 10 avril 2001, qui concluait à un solde bénéficiaire de 153'106 fr. Les fonds en provenance de la maison mère avaient été inscrits en tant que revenus liés à l'activité de X_____ SA et en tant que créances à l'encontre de la maison mère (pce 11 rec.).

8. A la réception, le 26 avril 2001, d'un rapport de contrôle portant sur les années 1999 et 2000 et mettant en évidence un déficit de Fr. 3'740'894 au 31 décembre 2000 et à une situation de surendettement (pce 15 rec.), Monsieur H_____ a avisé le juge et la faillite de la société a été prononcée le 6 juillet 2001.

9. La caisse a produit une créance de Fr. 72'075.45.90, finalement rectifiée à Fr. 57'619.35 (pce 25 caisse) et portant sur la période d'août 2000 à février 2001.

10. Un second plan de paiement a été convenu avec la caisse le 14 novembre 2001, qui a pu être respecté, de sorte que la part pénale a pu être réglée en septembre 2002.

11. Le 4 juillet 2002, la liquidation de la faillite a été suspendue pour défaut d'actifs. Par la suite, elle a été reprise et un état de collocation a été déposé.

12. Le 11 décembre 2003, la caisse a notifié à Monsieur H_____ une décision en réparation du dommage d'un montant de Fr. 51'435.35, relatif à la période d'août 2000 à février 2001. Deux autres décisions ont été notifiées le même jour à Messieurs H1_____ et C_____ pour un montant de Fr. 46'511.50, relatif à la période d'août 2000 à janvier 2001.

13. Le 22 décembre 2003, Monsieur H_____ a formé opposition à la décision le concernant en faisant valoir que la caisse aurait dû la lui notifier dans l'année suivant la suspension de la faillite, date à laquelle elle avait eu connaissance de son dommage.

14. Le 29 décembre 2003, Monsieur C_____ a également formé opposition à la décision le concernant.

15. Le 30 avril 2004, un acte de défaut de biens a été adressé à la caisse.

16. La faillite a été clôturée par jugement du 8 juillet 2004.

17. Par décision sur opposition du 17 janvier 2005, la caisse a confirmé sa décision initiale à l'encontre de Monsieur H_____.

    Elle s'est référée à la nouvelle teneur des dispositions légales en vigueur depuis le 1er janvier 2003 aux termes desquelles la caisse dispose d'un délai de deux ans dès la connaissance du dommage pour faire valoir ce dernier.

    Pour le reste, elle a rappelé qu'en sa qualité d'administrateur unique, l'intéressé aurait dû surveiller le paiement des charges sociales. Elle a estimé qu'il avait sous-estimé la situation financière de la société et n'avait pas entrepris les démarches qui auraient dû l'être, dès la survenance du manque de liquidités, en été 2000, pour que les charges diminuent.

18. Par décision sur opposition du 17 janvier 2005, la caisse a également confirmé sa décision initiale à l'encontre de Monsieur C_____.

    Elle s'est référée à la nouvelle teneur des dispositions légales en vigueur depuis le 1er janvier 2003 aux termes desquelles la caisse dispose d'un délai de deux ans dès la connaissance du dommage pour faire valoir ce dernier.

    Pour le reste, elle a estimé que Monsieur C_____ avait clairement été organe de la société puisqu'il avait été chargé d'une partie de la gestion, de la comptabilité, d'établir les fiches de paie et de procéder à des paiements. Il avait en outre été formellement inscrit au RC comme directeur jusqu'en mars 2001. Il était donc au courant que les cotisations n'avaient plus été versées depuis le mois d'août 2000 et aurait dû faire le nécessaire pour que ces cotisations soient payées en priorité. L'intimée a par ailleurs estimé que l'intéressé avait été impliqué dans le groupe de manière importante puisqu'il possédait une part importante des actions de la maison mère en jouissance et faisait partie de sa direction. Il était ainsi co-signataire pour la maison-mère avec Monsieur H1_____ d'un accord de financement. Selon l'intimée, il aurait dû influencer la direction de tout le groupe pour que les moyens nécessaires au paiement des cotisations sociales soient mis à disposition de la société.

19. Par acte du 16 février 2005 déposé au guichet du Tribunal cantonal des assurances sociales, Monsieur H_____ a interjeté recours contre cette décision. Il a préalablement soulevé la question de la prescription du droit pour la caisse de réclamer la réparation de son dommage, soutenant que c'était l'ancien droit qui devait s'appliquer en la matière, dès lors qu'il s'agissait d'une institution de droit matériel.

    Quant à sa responsabilité éventuelle, le recourant l'a niée. Il a fait valoir que X_____ SA, société entièrement dévolue au développement de logiciels, tirait les fonds nécessaires à la poursuite de son activité des seuls versements de son actionnaire unique, Z1_____, que la survie de X_____ SA dépendait d'une part du soutien financier de la maison-mère et, d'autre part, de son aptitude à commercialiser ses produits, que les activités de X_____ SA n'étaient pas encore rentables mais qu'avant le 26 avril 2001, le recourant n'avait aucune raison de penser que la société était surendettée, quand bien même elle manquait de liquidités.

    Le recourant a expliqué que c'est le scepticisme à l'égard des valeurs de la nouvelle économie cotées sur les marchés américains après l'éclatement de la bulle spéculative en 2000 qui avait été à l'origine de la difficulté de la société mère à lever des fonds, et, par voie de conséquence, du manque de liquidités de X_____ SA. Un retard dans le paiement du loyer, des salaires et des charges y relatives était alors apparu.

Le recourant a encore souligné qu'à l'époque, le développement des premiers produits du groupe était cependant sur le point de s'achever. Il a produit à cet égard le rapport financier et technologique y relatif dont il ressort que les premiers produits devaient être prêts à la commercialisation durant le 2ème trimestre 2001. Les démonstrations avaient été tellement convaincantes que la société comptait conclure à la fin du 3ème trimestre 2001 des contrats de joint-venture avec des sociétés actives notamment dans le domaine des télécommunications, étant précisé qu'un seul de ces contrats aurait rapporté la somme d'environ 500'000 dollars. Par ailleurs, les premiers contrats de licence auraient permis d'engendrer des revenus de l'ordre de 550'000 dollars. Enfin, des négociations avaient déjà été entamées pour obtenir de nouveaux investissements de la part de compagnies technologiques importantes (cf. pce 9 rec.)

S'agissant du premier rapport fourni par le réviseur de la société en mars 2001, le recourant a allégué que la situation s'expliquait par le fait que les fonds versés par la maison mère apparaissaient au passif du bilan de la société X_____ SA pour un montant de 3'218'187 fr.

Le recourant a encore soutenu qu'il était certes administrateur de la société mais aucunement en position, à lui seul, de contraindre la société-mère de procéder au versement des charges sociales. Il a ajouté que même X2_____ avait envisagé que les fonds apportés par Z1_____ soient considérés comme des revenus résultant de l'activité de développement technologique de la filiale pour le compte de sa société mère et que, n'étant pas comptable, il ne pouvait se douter de la manière dont seraient traitées, de ce point de vue, les rentrées de fonds de Z1_____ qui ont finalement décidé de l'état de surendettement de la société. Par ailleurs, la société Z1_____ avait d'ores et déjà accepté, par acte du 16 mars 2001, de postposer ses créances et de garantir l'apport des fonds nécessaires à sa filiale jusqu'au 31 mars 2001 au moins. Le recourant a enfin rappelé que, dès qu'il avait été informé de l'état de surendettement, il avait avisé le juge.

20. Par acte du 17 février 2005, Monsieur C_____ a également interjeté recours contre la décision de la caisse. Il a fait valoir que son rôle au sein de la société se bornait à celui de comptable, qu'il n'avait aucun pouvoir décisionnel, la direction générale du groupe étant assumée par Monsieur Jean-Pierre H1_____. S'agissant de la trésorerie de la société, il a expliqué qu'elle était uniquement alimentée par Y2_____ au Canada, dont le responsable était Monsieur B_____. Il a allégué que si son nom figurait au RC, ce n'était que par amitié et en raison de l'insistance de Monsieur H1_____. Il a affirmé qu'il lui était impossible de s'immiscer dans la gestion de la société et que son travail se résumait à enregistrer les écritures comptables, établir les déclarations fiscales et sociales et les bulletins de paie. Il a allégué que les salaires des derniers mois de l'année 2000 n'avaient d'ailleurs pas été réglés. Il a ajouté que l'engagement du personnel ne relevait pas de sa compétence.

21. Invitée à se prononcer, la caisse, dans sa réponse du 22 mars 2005, s'agissant de la prescription, a émis l'avis que l'ancien droit n'est applicable que dans les cas où la demande en réparation du dommage est intervenue avant le 1er janvier 2003. Dès lors que la suspension de la faillite avait été publiée le 14 juillet 2002, la décision en réparation du dommage du 11 décembre 2003 n'était, selon elle, pas prescrite.

    Quant à la responsabilité de Monsieur H_____**,** la caisse a fait valoir qu'il n'appartient pas aux assurances sociales de supporter le risque du manque de liquidités des sociétés en nouvelles technologies. L'intimée a admis que la société X_____ SA dépendait entièrement de l'argent provenant de la maison mère aux USA, que les produits étaient prêts à être commercialisés selon le rapport établi par Z1_____ de mars 2001, qu'ils promettaient d'être performants (pce 11 rec.), que l'abandon subit par la maison mère de sa filiale de Genève n'était peut-être pas prévisible mais elle soutient que la forte implication de Monsieur H_____ dans tout le groupe lui imposait une responsabilité accrue et qu'il doit ainsi supporter le risque de l'arrêt du soutien de la maison-mère. L'intimée admet qu'il est possible que Monsieur H_____ n'ait pas eu d'influence sur la maison-mère mais soutient que, dans la mesure où il était directeur dans le conseil d'administration de la maison-mère, il était sensé connaître la politique de la société.

    S'agissant de la responsabilité de Monsieur C_____**,** l'intimée a estimé que celui-ci devait être considéré comme organe de la société dans la mesure où il était inscrit au RC, était chargé de la comptabilité et des formalités en relation avec les salaires, de la direction de tout le groupe et connaissait parfaitement la situation financière de la société. Elle estime qu'en tant que directeur du groupe, il doit assumer le fait que la société était dépendante de la société de financement Y2_____, d'autant qu'il a co-signé le contrat avec cette dernière. S'agissant des cotisations réclamées, la caisse a précisé que seules les cotisations calculées sur les salaires attestés par la société avaient été prises en compte dans le calcul du dommage.

22. Dans sa réplique du 23 avril 2005, Monsieur C_____ a maintenu sa position. Il a répété que son rôle s'était borné à celui de comptable. Il a ajouté que Messieurs B_____E et H1_____ lui avaient assuré que des fonds en provenance du Canada allaient rapidement leur parvenir et permettraient de combler le retard. Le seul reproche qu'on pourrait lui faire, selon lui, est de leur avoir fait confiance.

23. Dans sa réplique du 29 avril 2005, Monsieur H_____ a maintenu sa position. Quant à sa responsabilité, il a relevé que l'intimée avait reconnu que l'abandon de la filiale par la société mère ne pouvait être prévisible. Il fait remarquer que malgré son statut d'administrateur, il ne pouvait contraindre la société mère à verser de l'argent supplémentaire.

24. Dans sa duplique du 19 mai 2005, la caisse, pour sa part, a également maintenu sa position. Elle admet que les règles de prescription émanent du droit matériel, mais estime que, puisque la décision en réparation du dommage n'était pas périmée au 1er janvier 2003, c'est le nouveau délai de prescription qui est applicable, conformément à l'art. 82 al. 1 1ère phrase LPGA selon lequel les dispositions matérielles de la loi ne sont pas applicables aux prestations en cours et aux créances fixées avant son entrée en vigueur.

25. En date du 15 décembre 2005, le Tribunal de céans a rendu un arrêt aux termes duquel il a admis le recours au motif que le droit de la caisse était effectivement prescrit.

26. Saisi d'un recours de droit administratif interjeté par la caisse, le Tribunal fédéral des assurances sociales a estimé, dans un arrêt daté du 8 mai 2006 (ATFA H 20/06 et ATFA H 21/06) que le nouveau droit relatif au délai de prescription devait trouver application et qu'en conséquence, les décisions en réparation du dommage avaient été rendues en temps utile. Les causes ont été renvoyées au Tribunal de céans afin que l'instruction soit reprise quant au fond des recours.

27. Par courrier du 26 octobre 2006, Me Reiser a indiqué qu'elle avait cessé d'occuper pour la défense des intérêts de Monsieur H_____.

28. Une audience s'est tenue en date du 7 décembre 2006, au cours de laquelle a été entendu Monsieur H_____.

    Ce dernier a expliqué qu'il avait certes été administrateur de la société mais que le véritable animateur en était Monsieur B_____, qui était chargé de la logistique et du financement, depuis le Canada et que cette personne avait d'ailleurs aujourd'hui pris encore plus de responsabilités.

    Le recourant a affirmé avoir été administrateur sans participer aux tâches quotidiennes. Il a expliqué qu'à l'époque, il exerçait comme activité principale la fonction de responsable d'une société financière et que ce n'est que pour des raisons amicales qu'il avait accepté, à titre accessoire, d'être nommé administrateur des sociétés Z_____ puis S_____. Il estime avoir rempli le rôle d'administrateur "exécutif" surtout dans les derniers temps.

    Le recourant a expliqué que la marche des affaires avait été excellente, de 1999 à juin 2000, date de la chute du NASDAQ qui s'est répercutée sur la société dont il a rappelé que le financement résultait principalement de la vente de titres, warrants ou options à des investisseurs, lesquels avaient été échaudés par cette chute boursière.

    Le recourant a allégué que les véritables raisons du manque de liquidités lui ont été dissimulées pendant plus de deux mois. On lui a affirmé que se posaient des

problèmes techniques au transfert des fonds. Ce n'est finalement qu'à mi-décembre 2000 qu'il a appris que le manque de liquidités s'expliquait en réalité par des raisons graves et fondamentales, à savoir que la société américaine ne pouvait tout simplement plus les fournir. C'est parce qu'à la fin de l'année 2000, les salaires accusaient près de deux mois de retard qu'il a finalement mis Monsieur H1_____ au pied du mur et l'a menacé de contacter directement Monsieur B_____. C'est alors qu'il lui a révélé ce qu'il en était réellement.

D'après les explications du recourant, la gestion des décomptes de salaires et de la comptabilité incombait à Monsieur C_____, directeur administratif. Ce dernier avait fait du bon travail mais n'avait pas les moyens d'intervenir auprès de la maison mère. Monsieur H1_____, Monsieur C_____ et le recourant disposaient de la signature sur les comptes bancaires.

Selon le recourant, le problème était que, de mi-décembre à mi-janvier, "rien ne bouge" aux USA au niveau financier. On lui a donc signifié qu'il fallait attendre au moins mi-janvier pour reprendre contact avec les investisseurs. Jusque là, il n'avait aucun moyen de forcer les USA à les "dépanner". C'est à cette époque qu'il dit avoir pris la décision de prendre la direction des opérations soit pour assainir les sociétés soit pour les liquider. Il fallait "arrêter la saignée".

Début février, il a donc pris contact avec une étude d'avocats pour qu'on lui indique la marche à suivre en cas de liquidation. Le 6 février 2001, il a adressé un courrier à Z2_____ pour leur demander des comptes sur les valeurs de continuation et de liquidation. Par ailleurs, il a informé le personnel. Certains employés sont partis. La maison mère, aux USA, lui a cependant demandé de maintenir les personnes affectées au développement dont il lui ont assuré qu'il était à bout touchant, ce qui aurait permis de trouver des investisseurs directs et de lever des fonds supplémentaires. Il y avait toujours gardé l'espoir que des produits atteignent "le niveau béta", c'est-à-dire qu'ils puissent être mis en démonstration, ce qui aurait permis une levée de fonds.

Au début du mois de mars 2001, le recourant a suspendu les pouvoirs de Messieurs C_____ et H1_____ et les a radiés du RC. Il voulait ainsi empêcher Monsieur H1_____ de continuer à engager la société S_____.

Le 12 mars 2001, Z2_____ lui a remis ses premiers projets de rapports de situation dont il ressortait clairement que les sociétés étaient surendettées. Cependant Z2_____ lui a fait comprendre que ces rapports étaient susceptibles de modifications. En effet, c'est Z2_____ Canada qui était responsable de la consolidation du groupe et "leader" dans la révision des comptes de ce dernier. Z2_____ Genève devait donc obtenir l'approbation de Z2_____ Canada.

Il s'est avéré par ailleurs que Z2_____, de sa propre initiative, a pris langue avec Messieurs B_____, H1_____ et C_____. Le recourant affirme avoir été tenu à l'écart de ces tractations. Il a également dû faire procéder au séquestre des véhicules de fonction, notamment celui de Monsieur H1_____.

Le recourant a fait remarquer que toutes ces démarches lui ont fait perdre du temps avant de pouvoir aviser le juge.

Le recourant a souligné qu'après avoir reçu le projet définitif de Z2_____, le 26 avril 2001, il a avisé le juge le 7 juin 2001.

S'agissant des paiements, il a expliqué qu'en février 2001, qu'il a reçu des sommes d'environ 25 à 50'000 fr. de Monsieur B_____ qui lui a précisé qu'il s'agissait d'acomptes sur salaires. Ces montants ont servi à payer aux employés un pourcentage de salaire qui leur était dû. Le recourant a admis qu'il aurait sans doute mieux fait de payer les cotisations sociales mais de facto, il a assuré qu'il ne pouvait décemment le faire et priver les employés de ces salaires, au demeurant incomplets. Il n'a d'ailleurs pas même pu payer les loyers.

Le 25 avril 2001, il a contacté la régie R_____ pour tenter de convenir d'un plan d'assainissement. Le recourant a précisé que tous les loyers ont finalement été payés a posteriori, en majorité de sa poche. Il avait en effet donné une garantie personnelle. Pour le reste, c'est la vente du mobilier, des machines et des appareils techniques qui a permis de payer partiellement les loyers.

Madame S_____, représentant l'intimée, a précisé que les cotisations ont été payées mensuellement et que c'est effectivement probablement en octobre-novembre 2000 que Monsieur H_____ a pu se rendre compte des non-paiements.

Le recourant a pour sa part encore précisé qu'il a eu des contacts réguliers avec la caisse, qu'il a négocié des plans d'assainissement mais que, par la suite, les liquidités ont manqué, ce qui ne lui a pas permis de les honorer. Il a payé la part pénale de sa propre poche.

Enfin, le recourant a fait remarquer que toute cette affaire l'avait finalement occupé des heures durant, en sus de son activité principale, pendant six à huit mois, que cela lui a coûté de 250'000 à 300'000 de fonds propres et qu'il a dû mettre un terme à son activité principale en 2004. Il a fait valoir qu'il ne comprendrait dès lors qu'en dépit de tous ces efforts, on puisse néanmoins lui reprocher une négligence grave.

29. A l'issue de l'audience, l'intimée a renoncé à se prononcer une nouvelle fois par écrit.

30. Par ordonnance du 15 mai 2007, la jonction des causes A/356/2005 et A/368/2005 a été prononcée. Un délai a été imparti aux recourants pour se prononcer une dernière fois s'ils le souhaitaient.

31. A l'issue de ce délai, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La question de la compétence du Tribunal de céans, tout comme celles de la recevabilité du recours et de la prescription ont d'ores et déjà été tranchées. Il n'y a donc pas lieu d'y revenir ici.

2. Selon l'art. 52 LAVS, tel qu'en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse de compensation, est tenu à réparation. Si l'organe est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom (ATF 123 V 15 consid. 5b, 122 V 66 consid. 4a, 119 V 405 consid. 2 et les références).

   Ces principes demeurent applicables en l'espèce, dès lors que selon la jurisprudence, en cas de changement de règles de droit et en l'absence de réglementation transitoire, le droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits est pertinent (ATF 127 V 467 consid. 1). Au demeurant, l'art. 52 al. 1 LAVS en vigueur depuis le 1er janvier 2003 reprend l'ancien art. 52 LAVS quasiment sans modification. Les termes «caisse de compensation» sont remplacés par «assurance» (en allemand : remplacement de «Ausgleichkasse» par «Versicherung»; en italien : suppression de «cassa di compensazione»), sans que cela n'entraîne un changement quant aux conditions de la responsabilité de l'employeur (cf. ATF 129 V 13 sv. consid. 3.5).

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

   L'obligation de percevoir les cotisations et de régler les comptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. Celui qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'article 52 LAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (VSI 1993 p. 83 ss

consid. 2a; ATF 111 V 173 consid. 2 = RCC 1985 p. 649; ATF 108 V 186 consid. 1a; ATF 108 V 192 consid. 2a = RC C 1983 p. 100; RCC 1985 p. 646 consid. 3a).

4. En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse en raison de la faillite de la société, ce qui représente, pour la période d'août 2000 à février 2001, 51'435 fr. 35 (montant réclamé à Monsieur H_____) et, pour la période d'août 2000 à janvier 2001, 46'511 fr,. 50 (montant réclamé à Monsieur C_____).

5. Lorsque l'employeur est une personne morale, ses organes répondent solidairement, à titre subsidiaire, du dommage causé par celui-ci. En cas d'insolvabilité de l'employeur, ils peuvent donc être directement poursuivis (ch. 7004 des directives de l'Office fédéral des assurances sociales [OFAS] sur la perception des cotisations [DP]; ATF 114 V 79 consid. 3; ATF 113 V 256 consid. 3c; RCC 1988 p. 136 consid. 3c).

   Pour juger si une personne peut être rendue responsable en tant qu'organe d'une personne morale, il ne suffit pas d'appliquer des critères formels (droit de signer ou inscription au Registre du commerce). Il y a également lieu d'examiner si la personne en question a pris des décisions qui relevaient des organes ou si elle a assumé la gestion proprement dite, influençant ainsi d'une manière déterminante la formation de la volonté au sein de la société.

   Dans le cas des sociétés anonymes, le TFA s'est toujours référé à l'art. 754 al. 1 du Code des obligations (CO; RS 220), en corrélation avec l'art. 759 al. 1 CO. Conformément à ces dispositions, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs. Les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Sont réputés chargés de l'administration ou de la gestion au sens de l'article 756 CO non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels (organes formels), mais également les personnes qui prennent effectivement des décisions relevant des organes ou qui assument la gestion proprement dite et ont ainsi une part prépondérante à la formation de la volonté au sein de la société (organes de fait; cf. notamment RCC 1988 p. 632 consid. 3).

   Il se justifie d'appliquer les mêmes principes dans le cadre de l'art. 52 LAVS car la responsabilité subsidiaire des organes d'une personne morale, dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants, découle indirectement des art. 55 al. 3 du code civil (CC; RS 210) et 754 CO, considérés comme l'expression de règles générales (ATF 96 V 125 = RCC 1971 p. 478). Au demeurant, les motifs qui sont à la base d'une extension de la notion d'organe en droit civil et qui procèdent de la volonté d'accorder une protection efficace aux créanciers sociaux sont tout aussi valables

s'agissant de la responsabilité de droit public instituée par l'art. 52 LAVS. Enfin, sous l'angle du principe de l'égalité de traitement entre les justiciables, il serait inéquitable, le cas échéant, de ne rechercher que les personnes inscrites au RC, lesquelles, précisément, n'avaient peut-être aucun pouvoir réel de décision (RCC 1988 p. 633 consid. 3).

6. En l'espèce, il ressort de l'extrait du RC que Monsieur H_____ a été administrateur unique avec signature individuelle depuis le 26 août 1999 et pendant toute la période durant laquelle les cotisations n'ont pas été versées. Il est ainsi indéniable qu'il avait la qualité d'organe de la société faillie, ce qu'il ne conteste d'ailleurs pas.

   Quant à Monsieur C_____, il a été directeur avec signature individuelle du 26 août 1999 au 5 mars 2001.

   Pour juger si une personne peut être rendue responsable en tant qu'organe d'une personne morale, il ne suffit pas d'appliquer des critères formels (droit de signer ou inscription au RC). Il y a également lieu d'examiner si la personne en question a pris des décisions qui relevaient des organes ou si elle a assumé la gestion proprement dite, influençant ainsi d'une manière déterminante la formation de la volonté au sein de la société.

   Dans le cas d'une SA, le Tribunal fédéral des assurances se réfère aux articles 754 al. 1 et 759 al. 1 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'elles leur causent 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 (RCC 1988 consid. 3 p. 632; consid. 3 p. 177).

   Il se justifie d'appliquer les mêmes principes dans le cadre de l'art. 52 LAVS car la responsabilité subsidiaire des organes d'une personne morale, dans le domaine de l'AVS, découle indirectement des art. 55 al. 3 CC et 754 CO, considérés comme l'expression de règles générales (ATF 96 V 125 = RCC 1971 p. 478). Au demeurant, les motifs qui sont à la base d'une extension de la notion d'organe en droit civil et qui procèdent de la volonté d'accorder une protection efficace aux créanciers sociaux sont tout aussi valables s'agissant de la responsabilité de droit public instituée par l'art. 52 LAVS. Enfin, sous l'angle du principe de l'égalité de traitement entre les justiciables, il serait inéquitable, le cas échéant, de ne

rechercher que les personnes inscrites au Registre du commerce, lesquelles, précisément, n'avaient peut-être aucun pouvoir réel de décision (RCC 1988 consid. 3 p. 633).

Ainsi, ni l'inscription au RC ni le droit de signature ne sont décisifs pour établir le statut d'organe. Ce qui est déterminant, pour apprécier le statut d'organe de personnes qui ne sont pas membres du conseil d'administration, c'est de savoir si elles exercent effectivement la fonction d'organes en prenant des décisions relevant des organes ou en assumant la gestion proprement dite et en influençant ainsi de manière déterminante la volonté de la société (RCC 1989 consid. 4, p. 177ss, particulièrement consid. 4e, p. 180s.).

Le TFA a ainsi rappelé, s'agissant d'un fondé de pouvoir qui n'était ni administrateur ni actionnaire de la SA mais responsable du paiement des salaires et qui disposait du droit de signature individuelle sur les compte en banque, que ce qui est déterminant pour juger des actions en responsabilité en vertu de l'art. 52 LAVS, ce n'est pas l'étendue de la procuration d'une personne déterminée dans les rapports avec l'extérieur, mais bien plutôt les attributions concrètes de cette personne (droits et devoirs) au sein même de l'entreprise sinon, cette personne devrait être considérée comme responsable aussi pour des dommages dont elle n'aurait pas pu empêcher la survenance, à défaut de compétence, comme, par exemple, dans les cas relativement nombreux où la procuration à l'égard de tiers va au-delà des restrictions fixées d'un commun accord entre le commettant et le fondé de pouvoir (RCC 1985 consid. 5a p. 654). Dans le cas d'espèce, retenant que l'intéressé n'avait pas le droit d'ignorer les instructions de l'actionnaire principal et administrateur unique de la société concernant l'utilisation des ressources financières et de payer à la caisse de compensation au lieu des versements prioritaires prescrits par l'actionnaire principal, les cotisations d'assurances sociales, le TFA a jugé que sa responsabilité n'était pas engagée. Selon lui, lorsqu'un fondé de pouvoir chargé du paiement des salaires et sachant que l'entreprise a des difficultés financières se borne à transmettre à son supérieur les sommations de la caisse de compensation et à lui rappeler chaque semaine la nécessité de payer les cotisations, on ne saurait y voir un comportement fautif car il ne pouvait, juridiquement, quelle que fût l'énergie de son attitude, imposer à son supérieur un autre comportement (RCC 1985 consid. 5b p. 655).

Dans un autre arrêt, le TFA, dans le cas d'une personne inscrite au RC comme administrateur, vice-président et directeur de la société, qui avait signé une lettre dont il fallait déduire qu'elle avait eu connaissance de la déduction des cotisations AVS salariales et de leur défaut de versement à la caisse de compensation, a jugé que sa responsabilité était engagée même si cette personne n'était pas au courant du détail des opérations financières. En effet, la qualité de directeur de l'entreprise, outre celle d'administrateur, permet d'exiger de toute personne dans une telle situation un minimum d'attention et de vigilance (RCC 1983, p. 474s. consid. 7b).

En l'espèce, d'après les explications de Monsieur C_____, son rôle se bornait à celui de comptable et il n'avait aucun pouvoir décisionnel, la direction du groupe revenant à Monsieur H1_____. Il a expliqué qu'il lui était impossible de s'immiscer dans la gestion de la société et que son travail se résumait à enregistrer les écritures comptables, établir les déclarations fiscales et les bulletins de paie. Ces affirmations ont été confirmées par Monsieur H_____ lors de son audition par le Tribunal de céans. Selon ses dires, si la gestion des décomptes de salaires et de la comptabilité incombait certes à Monsieur C_____, directeur administratif, ce dernier n'avait cependant pas les moyens d'intervenir auprès de la maison-mère.

Eu égard à ces explications, le Tribunal de céans considère que Monsieur C_____ ne peut être considéré comme organe de fait de la société et tenu pour responsable du dommage occasionné à la caisse. Il convient donc d'admettre son recours.

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

   De jurisprudence constante, il y a négligence grave lorsque l'employeur ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement dans une situation identique et dans les même circonstances. 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, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé (RCC 1988 p. 634 consid. 5a; ATF 112 V 159 consid. 4 = RCC 1987 p. 217; RCC 1985 p. 51 consid. 2a; ATF 108 V 202 consid. 3a = RCC 1983 p. 106; RCC 1983 p. 377 ss).

   Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, on peut, par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions. Une différenciation analogue s'impose lorsqu'il s'agit de déterminer la part de responsabilité des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985 p. 51 consid. 2a et p. 648 consid. 3b).

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

8. En l'espèce, il sied de rappeler que Monsieur H_____, en sa qualité d'administrateur, avait l'obligation de se faire renseigner régulièrement sur la marche des affaires avec toute la diligence nécessaire. L'argument selon lequel il n'a, à l'origine, accepté la charge d'administrateur que pour des raisons amicales ne lui est donc d'aucun secours, étant rappelé qu'un administrateur qui renonce à faire usage de ses droits de contrôle commet précisément une grave négligence au sens de la jurisprudence (RCC 1986 consid. 2b. p. 421).

   Il ressort cependant des faits que tel n'a pas été le cas du recourant, puisqu'il s'est enquis avec insistance de savoir pourquoi certains paiements avaient pris du retard et qu'il apparaît vraisemblable que certaines informations lui ont été cachées dans un premier temps. L'intimée a admis que ce n'est sans doute qu'à la fin de l'année 2000 que le recourant a pu apprendre que les cotisations sociales n'étaient pas payées en temps utile. Dès cet instant, il s'est renseigné sur les finances de la société.

   En janvier 2001, il a interpellé les investisseurs, en février, s'est adressé à un cabinet d'avocats pour s'enquérir de la manière dont il lui faudrait, le cas échéant, procéder à la liquidation de la société, a réclamé les comptes à Z2_____ afin de se faire une idée précise de la situation financière de cette dernière. En parallèle, il a retiré à Monsieur H1_____ le pouvoir représenter la société et procédé au séquestre des véhicules de fonction, informé le personnel de la société de la situation, contacté la régie pour convenir d'un plan d'assainissement, pris contact également avec la caisse pour mettre sur pied un plan de paiement.

   Il ressort des explications de Monsieur H_____ que X_____ SA tirait les fonds nécessaires à la poursuite de son activité des seuls versements de son actionnaire unique, Z1_____ en attendant que ses produits en cours de développement puissent être commercialisés. Certes, les activités de la société n'étaient pas encore rentables mais le développement des premiers produits du groupe était sur le point de s'achever (cf. rapport financier et technologique y relatif dont il ressort que les premiers produits devaient être prêts à la commercialisation durant le 2ème trimestre 2001) et les démonstrations avaient été tellement convaincantes que la société comptait conclure à la fin du 3ème trimestre 2001 des

contrats de joint-venture avec des sociétés actives notamment dans le domaine des télécommunications, étant précisé qu'un seul de ces contrats aurait rapporté la somme d'environ 500'000 dollars. Par ailleurs, les premiers contrats de licence auraient permis d'engendrer des revenus de l'ordre de 550'000 dollars. Enfin, des négociations avaient déjà été entamées pour obtenir de nouveaux investissements de la part de compagnies technologiques importantes (cf. pce 9 rec.). Avant de découvrir le retard pris dans le paiement des cotisations et le fait que la société-mère ne pouvait plus contribuer en liquidités, Monsieur H_____ n'avait donc pas de raisons de penser que la société pourrait traverser des difficultés. Ce n'est qu'au moment où, à sa demande, le réviseur de la société a rendu son premier rapport, en mars 2001, qu'il a pu prendre conscience de la situation. En mars 2001, Z2_____ l'a informé qu'il y aurait sans doute surendettement mais ne l'a confirmé formellement qu'à la fin du mois d'avril 2001. Le recourant n'a alors pas tergiversé plus longtemps et a avisé le juge. En l'occurrence, le critère déterminant pour qualifier le comportement du recourant, au sens de l'art. 52 LAVS, réside dans le fait que quelques mois seulement se sont écoulés entre le moment où l'intéressé a appris le retard de paiement des cotisations sociales (novembre 2000), l'état de surendettement de la société (9 mars 2001; cf. rapport de Z2_____ sur les comptes au 31 décembre 2000; pce 8 rec.) et celui où il a avisé le juge (7 juin 2001). Il s'agit-là, d'après le Tribunal de céans, du laps de temps minimum pour permettre à l'intéressé de prendre la mesure de la situation et les décisions qui en découlaient.

L'argument de la caisse, selon lequel la responsabilité de l'intéressé devrait être examinée avec plus de rigueur dans la mesure où il était également organe de la société mère ne convainc pas. Certes, Monsieur H_____ participait également à cette société mais il apparaît qu'il n'a malgré tout pas été immédiatement informé des intentions de la société-mère, celles-ci lui ayant été dissimulées quelques temps.

Eu égard aux considérations qui précèdent, le Tribunal de céans estime qu'aucune faute ne peut être reprochée à Monsieur H_____ puisqu'il avait objectivement de bonnes raisons de penser que la société allait se développer et disposer rapidement de liquidités et que, lorsqu'il a pu se rendre compte que, malgré tout, la société était en danger en raison du fait que la société-mère avait cessé de la soutenir, il a pris rapidement les mesures appropriées, qui ont amené à la dissolution de la société.

En conséquence, le recours est admis en ce qui concerne Monsieur H_____ également.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

Au fond :

1. Admet le recours interjeté par Monsieur C_____ et annule les décisions des 11 décembre 2003 et 17 janvier 2005 le concernant.

2. Admet le recours interjeté par Monsieur H_____ et annule les décisions des11 décembre 2003 et 17 janvier 2005 le concernant.

3. Condamne l'intimé à verser à Monsieur H_____ la somme de 1'500 fr. à titre de dépens.

4. 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

Janine BOFFI — Karine STECK

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