

## **GE\_GERICHTE A/2826/2005 vom 21. Februar 2007**

GE Cour de justice, 2007-02-21, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_2826\\_2005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_2826_2005)

FR: GE\_GERICHTE A/2826/2005 du 21 février 2007

IT: GE\_GERICHTE A/2826/2005 del 21 febbraio 2007

### **Volltext**

Genève Cour de justice (Cour de droit public) Chambre des assurances sociales 21.02.2007  
A/2826/2005

A/2826/2005 ATAS/171/2007 du 21.02.2007 ( AVS ) , DEPENS En fait En droit  
RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE A/2826/2005  
ATAS/171/2007 ARRET DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES  
Chambre 5 du 21 février 2007 En la cause Monsieur A \_\_\_\_\_, comparant avec  
élection de domicile en l'étude de Maître PEREGRINA Daniel Monsieur B \_\_\_\_\_,  
comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître PEREGRINA Daniel Monsieur  
C \_\_\_\_\_, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître PEREGRINA  
Daniel Monsieur D \_\_\_\_\_, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître  
PEREGRINA Daniel Monsieur E \_\_\_\_\_, comparant avec élection de domicile en  
l'étude de Maître RAMEL Eric Monsieur M. F \_\_\_\_\_ Monsieur D. F \_\_\_\_\_  
recourants contre CAISSE DE COMPENSATION DE L'INDUSTRIE SUISSE DES  
MACHINES, Kirchenweg 8, ZURICH intimée Siégeant : Madame Maya CRAMER,  
Présidente, Mesdames Juliana BALDE et Doris WANGELER, Juges EN FAIT La  
XX \_\_\_\_\_ (XX \_\_\_\_\_) était inscrite au registre du commerce depuis le 31 mars  
1883. Son but consistait notamment en la fabrication et la vente d'instruments de physique,  
d'appareils de précision et de machines. Dans les années 2000 et 2001, elle comprenait entre  
150 et 168 employés. Monsieur M. F \_\_\_\_\_ (ci-après : recourant 1) était  
administrateur de la société dès le 16 avril 1997 jusqu'à la faillite de celle-ci. Jusqu'au 1 er  
octobre 1999, il était délégué au conseil d'administration et directeur général. A partir du 18  
août 1999, il était président de la société, avec signature individuelle dès septembre 1999,  
selon le procès-verbal du conseil d'administration du 13 septembre 1999. Son fils, Monsieur  
D. F \_\_\_\_\_ (ci-après : recourant 2), était directeur commercial de la XX \_\_\_\_\_,  
avec signature collective à deux, dès 1 er septembre 1996. A partir du 27 janvier 2000, il  
était inscrit au registre du commerce comme directeur général, avec signature collective à  
deux, jusqu'à la faillite. Du 16 avril 1997 au 6 septembre 1999, Monsieur E \_\_\_\_\_  
(ci-après : recourant 3) faisait partie du conseil d'administration de la XX \_\_\_\_\_. A  
partir du 11 novembre 1998, il avait été son vice-président. Messieurs A \_\_\_\_\_,  
B \_\_\_\_\_, C \_\_\_\_\_ et D \_\_\_\_\_ (ci-après : recourants 4 à 7) étaient  
administrateurs de la société du 10 juillet 2000, selon l'inscription au registre du commerce,  
au 21 juin 2001, date à laquelle ils ont démissionné en bloc. Par jugement du 17 décembre  
2001, le Tribunal de première instance a accordé à la XX \_\_\_\_\_ un sursis  
concordataire jusqu'au 17 juin 2002, pour proposer un concordat moratoire (ou dividendes)  
en vue d'homologation. Il a nommé en qualité de commissaires au sursis Madame  
G \_\_\_\_\_ et Maître H \_\_\_\_\_. Il a par ailleurs ordonné que toutes les décisions  
prises pendant la durée du sursis concordataire concernant la société et de nature à avoir des  
répercussions sur les intérêts de ses créanciers soient soumises à la signature collective de

son administrateur ou de son directeur, conjointement avec l'un des commissaires au sursis. Ceux-ci étaient invités également à examiner l'opportunité du versement de l'ensemble des fonds présents et à venir en mains de la XX \_\_\_\_\_, ainsi que le paiement de l'ensemble des charges pendant la durée du sursis concordataire sur un compte bancaire spécialement ouvert à cet effet par la société et soumis à la signature collective de son administrateur ou de son directeur, conjointement avec l'un des commissaires au sursis. Par jugement du 4 mars 2002, le Tribunal de première instance a relevé les commissaires précités de leur fonction et nommés à leur place Maîtres I \_\_\_\_\_ et J \_\_\_\_\_, avocats. Le 4 juillet 2002, la faillite de la XX \_\_\_\_\_ a été prononcée. Par courrier du 17 septembre 2003, l'Office des faillites a informé les créanciers qu'aucun dividende n'était prévisible. Par décisions du 10 mars 2004, la Caisse de compensation de l'industrie suisse des machines (ci-après : intimée) a réclamé aux recourants 1 et 2 la somme de 1'674'926 fr. 80, à titre du dommage subi du fait du non paiement des cotisations sociales par la XX \_\_\_\_\_. Ce montant correspond à la créance produite par l'intimée dans la faillite de cette société et est afférente aux cotisations des mois d'août et septembre 1999, ainsi que dès mars 2001 jusqu'à la faillite, y compris les intérêts moratoires, frais de sommation et de poursuite. Par décision de la même date, l'intimée a réclamé au recourant 3 un montant de 67'456 fr. 40 pour le dommage correspondant aux cotisations non payées des mois d'août et septembre 1999. A chacun des recourants 4 à 7, pris solidairement et conjointement, l'intimée a réclamé la somme de 603'345 fr. 05 correspondant aux cotisations impayées des mois d'août et septembre 1999 et de mars à juin 2001, ainsi que les intérêts moratoires, les frais de sommation et de poursuites. En dépit du fait qu'ils n'étaient pas personnellement chargés de la gestion de la société, elle estime qu'ils auraient dû savoir que l'obligation de payer les cotisations sociales serait éventuellement violée, compte tenu de la situation économique difficile de la XX \_\_\_\_\_, de leur conflit avec le directeur général et des retards dans les paiements des cotisations durant les années précédant leur entrée en fonction. Dans ces circonstances, ils auraient dû demander, chaque mois, dès juillet 2000, la liste des créanciers de la société et payer uniquement les salaires à concurrence du montant leur permettant de s'acquitter parallèlement des cotisations y afférentes. En ce qui concerne le recourant 5, l'intimée lui reproche de surcroît de ne pas avoir participé aux séances du conseil d'administration de février à avril 2001. Par décisions sur opposition du 8 juillet 2005, l'intimée a rejeté l'opposition des recourants 1 à 3. Elle a partiellement admis l'opposition des recourants 4 à 7 et diminué le montant du dommage qui leur était réclamé, solidairement et conjointement, à 489'288 fr. 65. Ce faisant, elle a reconnu que ces administrateurs, qui avaient démissionné le 21 juin 2001, ne pouvaient plus être tenus responsables du non paiement des cotisations sociales afférentes à ce mois. Par actes du 10 août 2005, du 6 septembre 2005 et du 12 septembre 2005, les recourants ont saisi le Tribunal de céans, en concluant à l'annulation des décisions sur oppositions précitées, sous suite de dépens. Le recourant 1 ne conteste pas sa qualité d'organe et notamment qu'il était chargé de la gestion courante de la XX \_\_\_\_\_. Il admet qu'il lui appartenait également de donner des instructions aux différents directeurs de la société et de contrôler l'application effective des instructions transmises. Par ailleurs, même après que son fils avait été désigné comme directeur général, il a continué à assumer cette fonction de fait. Il souligne que les tâches de la direction, à la suite de la nomination du recourant 2 à ce poste, étaient redéfinies par le règlement d'organisation adopté le 16 août 2000. Selon celui-ci, le directeur général ne pouvait pas engager des actifs de la société, sans l'accord exprès du conseil d'administration, au-delà de la somme de 50'000 fr. Le recourant 1 expose en outre

que la situation financière de la XX\_\_\_\_\_ était difficile à partir de 1998, de sorte que le conseil d'administration devait trouver différentes solutions, afin de disposer des liquidités nécessaires, soit au moyen d'augmentations de capital, de réduction des coûts ou par la recherche de nouveaux marchés (Brésil par exemple). Lui-même avait en outre investi plusieurs millions dans la XX\_\_\_\_\_. Néanmoins, la XX\_\_\_\_\_ ne s'était jamais trouvée en état de surendettement et les prévisions d'encaissement laissaient envisager des liquidités suffisantes pour le paiement des diverses obligations, y compris des charges sociales. Il reconnaît que le conseil d'administration a donné la priorité aux paiements des salaires et, partiellement, des créances des fournisseurs, afin d'assurer la poursuite de la production. Toutefois, en l'absence de surendettement, il aurait été possible à tout moment de combler le montant des arriérés de cotisations sociales par le biais des liquidités disponibles. Cependant, dès le moment où le Tribunal de première instance a prononcé l'octroi d'un sursis concordataire et a nommé deux commissaires au sursis, le conseil d'administration a perdu le pouvoir de gestion sur la XX\_\_\_\_\_ et n'avait pas pu honorer les charges sociales qui sont aujourd'hui réclamées au recourant 1. Dès cette date, l'affectation des liquidités disponibles de la société devenait du seul ressort des commissaires au sursis. L'attention de ceux-ci a été par ailleurs attirée sur la nécessité de payer l'arriéré des cotisations. Néanmoins, ceux-ci ont décidé de ne pas mettre la priorité sur le paiement de cette dette. Le recourant 1 relève en outre qu'une plainte pénale à l'encontre des anciens administrateurs de la XX\_\_\_\_\_ a été classée par le Procureur général. Le recourant souligne enfin que la dette des cotisations, au 31 décembre 1999, de 1'459'997 fr. 45 a été ramenée, à la fin de l'année 2000, à 484'968 fr. 60 et, au 31 mars 2001, à 247'327 fr. 80. En raison de cette situation, ce recourant estime qu'aucune faute grave ne saurait lui être reprochée. Le recourant 2 fait valoir qu'il a été engagé par la XX\_\_\_\_\_ le 1<sup>er</sup> septembre 1996 comme directeur commercial avec signature collective à deux et que ses tâches consistaient exclusivement en la promotion des instruments de mesure fabriqués par la XX\_\_\_\_\_ et en l'acquisition de nouveaux clients. Elles exigeaient de voyager en moyenne 200 jours par an. Les décisions stratégiques de principe, y compris dans les tâches dévolues au recourant, étaient prises par le conseil d'administration. L'ensemble des questions financières et stratégiques de la société lui échappait. Il fait également observer que la société disposait d'un directeur financier à partir du 2 novembre 1999, en la personne de Monsieur K\_\_\_\_\_, et, du 1<sup>er</sup> janvier 2000 au 30 juillet 2001, de Monsieur L\_\_\_\_\_. Le recourant expose en outre que, vers la fin de l'année 1999, une augmentation de capital de la société a été réalisée et que les nouveaux investisseurs ont alors exigé sa nomination au poste de directeur général. Il s'agissait cependant uniquement d'un argument marketing pour attirer de nouveaux investisseurs. Le recourant a pris la fonction de directeur général le 27 janvier 2000, avec signature collective à deux. Toutefois, en l'absence d'un nouveau directeur commercial, il a continué à occuper également cette fonction. La direction générale de fait de la société continuait à être assumée par un administrateur délégué. Il souligne également que, selon le règlement d'organisation de la société, ses pouvoirs étaient limités à la somme de 50'000 fr. Il n'était par ailleurs pas convoqué en tant qu'administrateur aux séances du conseil d'administration, mais en qualité d'invité. Les décisions concernant la société étaient prises par le seul conseil d'administration et il n'avait aucun pouvoir décisionnel. Par conséquent, le paiement des cotisations sociales échappait à ces compétences. Pour le surplus, il reprend les arguments du recourant 1. Le recourant 3, administrateur de la XX\_\_\_\_\_ du 16 avril 1997 au 6 septembre 1999, fait observer qu'à fin août 1999, les cotisations impayées s'élevaient à

1'360'256 fr. 66. Or, postérieurement à sa démission, la société avait versé à l'intimée une somme supérieure à 4'000'000 fr. Ainsi, au 30 mars 2001, le solde n'était plus que de 247'327 fr. 81. Le recourant 3 estime que les sommes versées par la XX\_\_\_\_\_ à l'intimée doivent être imputées sur les dettes échues les premières, soit sur les dettes les plus anciennes, et non pas sur les dettes plus récentes, comme l'a fait l'intimée. Par conséquent, ce recourant considère que la caisse lui a réclamé un dommage qui résulte du non paiement de cotisations postérieures à sa démission. Les recourants 4 à 7 expliquent qu'ils ont été sollicités en tant qu'administrateurs "externes" de la XX\_\_\_\_\_, afin de la faire bénéficier de leurs compétences. Quant aux circonstances de leur recrutement, ils déclarent que la XX\_\_\_\_\_ avait mandaté en 1999 la X\_\_\_\_\_ afin de trouver de nouveaux investisseurs, dès lors qu'elle souffrait d'une crise importante de liquidités et était au bord de la faillite. Le recourant 5 était directeur de X\_\_\_\_\_, laquelle est spécialisée en recherche de capital risque. Les recherches de celle-ci ont été fructueuses, puisque des investisseurs ont accepté d'injecter des fonds d'environ 10'000'000 fr. dans la XX\_\_\_\_\_. Ils avaient cependant exigé que des personnes expérimentées siègent à son conseil d'administration. C'est ainsi que recourant 5 est devenu administrateur, ainsi que le recourant 4, administrateur de Y\_\_\_\_\_ SA et ancien président de la Chambre du commerce et de l'industrie du Canton de Genève, le recourant 7, directeur d'Z\_\_\_\_\_ SA, et le recourant 6, avocat, qui conseillait la XX\_\_\_\_\_ depuis plusieurs années. La fonction de ces administrateurs "externes" était d'exercer de façon adéquate un contrôle sur les personnes ayant la responsabilité de la gestion journalière, en l'occurrence le recourant 1 et son fils, le recourant 2, qui étaient chargés de la gestion effective des opérations de la XX\_\_\_\_\_ avec l'assistance du directeur financier, Monsieur L\_\_\_\_\_. Les recourants 4 à 7 n'avaient pas le pouvoir de signature envers les banques. Le conseil d'administration a délégué la gestion opérative à l'organe exécutif composé par les recourants 1 et 2, ainsi que Monsieur L\_\_\_\_\_. La responsabilité principale de la gestion incombait aux deux premiers. Avant leur entrée en fonction, les recourants 1 et 2 avaient préparé un budget prévisionnel permettant le paiement des cotisations sociales courantes, ainsi que la réduction de l'arriéré. Le conseil d'administration se réunissait une fois par mois et les séances duraient habituellement plusieurs heures. Dès le mois d'octobre 2000, ils étaient confrontés à de graves problèmes de liquidités de la XX\_\_\_\_\_ qui peinait à atteindre les chiffres prévus dans le budget prévisionnel. Il s'était par ailleurs avéré impossible d'obtenir des crédits bancaires pour surmonter le manque de liquidités. Néanmoins, les recourants ont toujours veillé aux paiements des charges sociales, comme cela ressort des procès-verbaux des séances du conseil d'administration. A l'assemblée générale extraordinaire du 7 mars 2001, les actionnaires s'étaient prononcés pour une nouvelle augmentation du capital d'une valeur nominale de 4'900'000 fr. Fin mai 2001, la banque mandatée a cependant soudainement décidé, au vu de la situation économique de la XX\_\_\_\_\_, de renoncer à son mandat si la société n'était pas en mesure de lui prouver sa capacité de lever au minimum 10'000'000 d'argent frais sous forme de souscription. Malgré les recherches intensives auprès de nouveaux investisseurs, les négociations avec les actionnaires existants, la XX\_\_\_\_\_ n'a pas réussi à remplir cette nouvelle condition et l'augmentation de capital n'a pu être effectuée. Les recourants ont cependant reçu de la part du recourant 1 l'assurance que les charges sociales afférentes aux mois de mars, avril et mai 2001 seraient intégralement réglées au moyen des entrées de fonds prévues. Contre toute attente et pour des raisons inconnues des recourants, cela n'a pas été le cas. A l'appui de leurs dires, les recourant se réfèrent au procès-verbal de la séance du

conseil d'administration du 21 février 2001, dans lequel il est constaté que les liquidités à disposition, complétées par un versement d'environ US\$ 300'000 attendu ces tous prochains jours, permettront le règlement à temps des charges sociales relatives au mois de février. Dans le procès-verbal de la séance du 25 avril 2001, il est noté que le montant des charges sociales relatives aux salaires du mois de mars sera payé par une entrée de US\$ 296'000 entre le 10 et le 15 mai 2001. Le procès-verbal de la séance du 25 avril 2001 mentionne que la vente de deux machines d'une valeur de 905'026 fr. et de 987'571 fr. permettront de payer les salaires du mois de mai 2001. Lors de la séance du conseil d'administration du 10 mai 2001, le recourant 1 a confirmé que les liquidités disponibles étaient utilisées en priorité pour le paiement des charges sociales, ce qui se révéla par la suite être faux. Le recourant 1 avait même précisé à cette séance que 590'000 fr. de liquidités étaient attendues dans les jours suivants et que celles-ci seraient utilisées en première ligne pour les charges sociales courantes et arriérés. L'annexe intitulée "prévision d'encaissements" au procès-verbal du 10 mai 2001, préparée par la direction, faisait état d'encaissements prévus de 1'660'000 fr. pour le mois de mai 2001 et de 2'610'000 fr. pour le mois de juin 2001. Sur la base de ce document, les recourants pouvaient partir du principe que les charges sociales pour les mois de mars à mai seraient payées. Ils n'avaient pas non plus de raisons de penser que tel ne serait pas le cas, les cotisations ayant été réglées à leurs échéances jusqu'à fin mars 2001 et le président du conseil d'administration leur ayant assuré qu'elles le seraient également à l'avenir. En outre, la société disposait de fonds propres supérieurs à 20'000'000 fr., de sorte que la structure du bilan pouvait raisonnablement laisser envisager le paiement de la dette sociale. Six mois après leur départ, soit au 31 décembre 2001, les fonds propres étaient toujours évalués à 11,8 millions, sur la base d'une estimation des actifs à la valeur de liquidation. Lorsque les recourants ont réalisé que la direction n'était pas en mesure de respecter le budget prévisionnel, ils avaient cherché et trouvé un successeur au recourant 2, mais il était apparu que son départ aurait entraîné la démission des trois autres directeurs, amis de ce dernier, ce qui aurait eu pour effet de décapiter la société. Dans l'intérêt de la XX\_\_\_\_\_, cela n'était pas envisageable, raison pour laquelle les administrateurs "externes" ont décidé de démissionner le 21 juin 2001 avec effet immédiat. Ils soulignent en outre qu'au début de leur mandat, le 7 juillet 2000, la dette de cotisations était de 779'568 fr. et qu'ils avaient effectué un versement de 162'124 fr. 04 dès leur entrée en fonction pour les cotisations du mois de juin 2000. A leur sortie effective en juin 2001, l'arriéré des cotisations n'était plus que de 489'288 fr. 65. Par ailleurs, les charges sociales de juin 2000 à février 2001 avaient toujours été payées à temps. Ils ont ainsi contesté avoir commis une faute grave. Se référant à la doctrine, ils allèguent qu'il est inadéquat de rendre un administrateur responsable des fautes et violations de devoirs de ses collègues attributaires, alors qu'il doit céder ses compétences à ces derniers, sauf si leurs fautes peuvent être décelées. Considérer qu'ils aient commis une négligence grave reviendrait à leur imputer toutes les dettes antérieures à leur entrée dans la société, alors même qu'ils étaient parvenus à les réduire par leur diligence et qu'ils avaient justement décidé d'intégrer la société, afin de trouver de nouveaux investisseurs et consacrer de nombreuses heures à sa survie et à la résolution de ses difficultés passées et courantes. Par ordonnance du 26 septembre 2006, le Tribunal de céans a prononcé la jonction des recours des administrateurs de la XX\_\_\_\_\_. Dans sa réponse du 4 novembre 2005, l'intimée conclut au rejet des recours. En ce qui concerne le recourant 1, elle souligne que la XX\_\_\_\_\_ se trouvait dans une situation continue de crise de liquidités, de sorte qu'elle était constamment en retard dans le paiement des cotisations depuis 1996. Il ne saurait dès lors être prétendu

qu'elle était dans une situation exceptionnelle de manque de liquidités en 2001, qui lui aurait permis de ne pas donner une priorité absolue au paiement des cotisations, afin de permettre la survie de l'entreprise. Le développement des affaires a été catastrophique durant les 5 premiers mois de l'année 2001, avec une perte à fin mai 2001 de 6,3 millions. Dans ces conditions, le conseil d'administration ne pouvait pas s'attendre à être en mesure de s'acquitter de la créance envers l'intimée dans un délai raisonnable. Dès avril 2001, aucun versement de cotisations courantes n'a été effectué, de sorte qu'à la fin de l'année, l'arriéré de cotisations s'est élevé à 1,1 million. Quant au recourant 2, l'intimée allègue que les tâches du directeur général décrites dans le règlement d'organisation de la société démontrent que celui-ci était en mesure d'exercer effectivement une influence sur la marche des affaires de la société. Cette opinion est également partagée par les recourants 4 à 7. Selon la jurisprudence, un directeur de société a généralement la qualité d'organe en raison de l'étendue des compétences que cette fonction suppose. La restriction de sa capacité de disposer était en outre limitée à 100'000 fr. et non pas 50'000 fr., selon le règlement d'organisation, s'agissant de charges faisant l'objet du budget. L'intimée relève en outre que le recourant 2 a signé le 10 janvier 2000 un versement d'un montant de 183'009 fr. en sa faveur, ainsi que deux décomptes de cotisation le 11 décembre 2001, ce qui démontre qu'il devait aussi s'occuper comme directeur général du paiement des cotisations sociales. Il faut dès lors admettre qu'il était un organe de la société. N'ayant pris aucune mesure pour régler les retards envers l'intimée, il s'était accommodé de l'éventualité de la violation des prescriptions relatives aux cotisations sociales. Son attitude doit par conséquent être qualifiée de négligence grave. S'agissant de la situation postérieure à la nomination des commissaires au sursis, l'intimée souligne que l'arriéré de cotisations était de 1'187'098 fr. 76 à fin décembre 2001 et donc dû en premier lieu au comportement des organes responsables de la société avant l'octroi du sursis concordataire. En outre, selon la jurisprudence, l'obligation de payer les cotisations durant l'ajournement de la faillite et le sursis concordataire reste du ressort du débiteur, comme cela résulte aussi du jugement du 17 décembre 2001 du Tribunal de première Instance, par lequel les organes de la XX\_\_\_\_\_ ont été maintenus dans leurs compétences statutaires. Concernant le recourant 3, la caisse fait observer que, en vertu du droit des obligations, le débiteur qui a plusieurs dettes à payer au même créancier a le droit de déclarer, lors du paiement, laquelle il entend acquitter. Or, l'employeur doit remettre à la caisse chaque mois un formulaire spécial pour le décompte avec l'indication de la somme des salaires et des cotisations sociales correspondantes. Ainsi, en payant un montant bien défini et en utilisant les références y relatives, le débiteur détermine les mois de cotisation qu'il a l'intention d'acquitter. L'imputation peut aussi avoir lieu d'après les montants du versement. Le 14 décembre 1999, la XX\_\_\_\_\_ a par ailleurs demandé à l'Office des poursuites et faillites que le produit de la vente de la machine saisie couvrît le solde des créances sociales de 1995/1996/1997 et les arriérés de septembre à décembre 1998. Le solde devait être utilisé pour les cotisations de janvier 1999. Le plan d'amortissement du 18 avril 2000 concernait les cotisations de janvier 1999 à avril 1999. Le 30 juin 2000, la XX\_\_\_\_\_ a convenu d'un arrangement analogue pour la cotisation du mois de mai 1999. Les cotisations de juillet à septembre 1999 devaient également être acquittées par tranches. Ainsi, la XX\_\_\_\_\_ a convenu avec l'Office des poursuites et faillites et l'intimée de l'affectation des versements effectués. Les cotisations des mois d'août et de septembre 1999 n'ont été que partiellement amorties, dans la mesure où la XX\_\_\_\_\_ ne s'est pas tenue au plan d'amortissement convenu avec l'intimée et a stoppé ses versements dès le 12 mars

2001. Le débiteur est en outre limité dans son droit de décider à quelle dette un paiement partiel doit être attribué. Si, en plus du capital, il est également redevable d'intérêts et d'autres frais, il ne peut demander l'imputation de ses versements sur le capital que s'il n'est pas en retard d'une autre manière. Quant aux recourants 4 à 7, l'intimée renvoie à sa décision sur opposition. Dans sa réplique du 3 janvier 2006, le recourant 1 persiste dans ses conclusions. A titre préalable, il conclut à ce que l'apport du dossier de l'Office des faillites et poursuites soit ordonné. Il relève qu'à la fin de l'année 2000, les prévisions financières permettaient d'espérer d'importantes rentrées d'argent pour l'année 2001 (par exemple progression des machines à mesurer tridimensionnelles, ouverture d'une filiale au Brésil). Ce n'est qu'au début de l'année 2001, que la situation financière de la société s'était dégradée. Néanmoins, les cotisations courantes ont été payées pour les mois de janvier à mars 2001, ainsi qu'un arriéré de 237'640 fr. 80. Une assemblée générale extraordinaire avait également décidé de réaliser une augmentation de capital à hauteur de 4,9 millions. Ainsi, il faut admettre que le conseil d'administration avait des raisons objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter des cotisations sociales, d'autant plus que la société ne se trouvait pas en situation de surendettement et disposait de fonds propres supérieurs à 20 millions, respectivement 11,8 millions au 31 décembre 2001. Le recourant 1 estime par ailleurs que le manque de liquidités en 2001 était exceptionnel, en raison de la perte subite subie par la société. Le recourant 2 maintient également ses conclusions dans sa réplique de la même date et requiert, à titre préalable l'apport du dossier de l'Office des poursuites et faillites concernant la XX\_\_\_\_\_. Dans ses écritures, il reprend pour l'essentiel son argumentation précédente. Le recourant 3 maintient aussi ses conclusions, par réplique du 3 janvier 2006. Il conteste l'allégation de l'intimée, selon laquelle l'imputation des versements ne peut être effectuée pour les cotisations antérieures que si l'employeur indique la période de décompte et le numéro de référence du bulletin de versement ou en fonction du montant du versement. Selon ce recourant, cela relève d'un formalisme excessif et est arbitraire. Il fait par ailleurs observer que la caisse a fixé unilatéralement les tranches à payer et leurs échéances pour les cotisations arriérées et que ce n'était donc pas la XX\_\_\_\_\_ qui l'avait décidé. Ainsi, l'intimée est responsable du non paiement des cotisations qui lui sont aujourd'hui réclamées, ayant accordé un plan de paiement qui ne tient pas compte de l'ancienneté de la créance. La XX\_\_\_\_\_ aurait en outre eu les moyens de payer les charges sociales antérieures avant l'acceptation du plan de paiement du 18 avril 2000, respectivement le 30 juin 2000, avec les fonds provenant de l'augmentation de capital de la XX\_\_\_\_\_ en 1999. Toutefois, dans la mesure où le recourant n'était alors plus membre des organes de la XX\_\_\_\_\_ à ce moment-là, il ne pouvait prendre aucune disposition pour que la société s'en acquitte. Quant à la question de sa faute en tant qu'administrateur, il fait sienne la motivation des recourants 4 à 7 à ce sujet et relève qu'il n'avait pas reçu des informations correctes de la part du recourant 1 et fait observer qu'il a œuvré pour payer l'arriéré des charges sociales de plus de 1 million en 1996. Un nouveau découvert ne s'était manifesté qu'à partir de 1998. Enfin, il n'avait pas la signature bancaire, n'a pas reçu une quelconque rémunération pour son activité d'administrateur et a toujours agi comme administrateur "externe" de la XX\_\_\_\_\_. Le 3 janvier 2006, les recourants 4 à 7 persistent également dans leurs conclusions. A titre préalable, ils concluent à ce que la comparution personnelle des parties soit ordonnée. Ils allèguent que, contrairement aux affirmations de l'intimée, le plan d'amortissement convenu par la XX\_\_\_\_\_ avec l'Office des poursuites et des faillites se limitait au paiement des cotisations du premier semestre 1999 et qu'aucun plan similaire n'a été convenu pour celles en souffrance du

deuxième semestre 1999, notamment en ce qui concerne les mois d'août et septembre 1999. De l'analyse de la comptabilité de l'intimée, il résulte que les versements effectués par la XX\_\_\_\_\_ à partir du mois de novembre 2000 ont été utilisés par l'intimée non pas pour couvrir en priorité les cotisations en souffrance pour le deuxième semestre 1999, mais uniquement pour diminuer la dette globale contractée par la XX\_\_\_\_\_. Par ailleurs, la XX\_\_\_\_\_ n'a jamais donné des indications à l'intimée pour qu'elle utilise ses versements pour le règlement des cotisations d'un mois déterminé. Elle lui a laissé au contraire le choix de décider de l'affectation de cet argent au règlement des charges courantes ou de celles en souffrance. Ainsi faut-il considérer que les cotisations en souffrance lors de leur démission ont été amorties par les versements effectifs à la société après cette date, de sorte que le dommage que leur réclamait l'intimée ne leur était pas imputable. En plus de leurs arguments antérieurs, ils soulignent que leur tâche première était de sauver la société, lorsqu'ils sont devenus administrateurs, de sorte qu'ils ne sauraient être tenus responsables du non paiement de certaines cotisations sociales. Par ailleurs, la question de la responsabilité d'un organe dépend de manière décisive des compétences qui lui sont attribuées dans le cadre de l'organisation de la société. Lorsque la gestion d'une société est confiée à un ou plusieurs administrateurs et/ou à des tiers, la responsabilité des autres administrateurs est limitée à la manière selon laquelle ils ont choisi, instruit et surveillé les délégués ou directeurs. Les recourants ont parfaitement rempli ces obligations légales. De surcroît, ils sont parvenus à réduire les déficits de la société de façon spectaculaire. Enfin, leur faute éventuelle présente un caractère excusable. A cet égard, ils font état de la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle le fait que la société ne fût pas en situation de surendettement suffisait pour que l'employeur pût s'attendre de façon objective à s'acquitter par la suite des cotisations en souffrance dans un délai raisonnable. Par conséquent, il ne saurait leur être reproché d'avoir privilégié dans un premier temps le paiement des salaires et des fournisseurs, au détriment temporaire d'autres dettes. Dans sa duplique du 3 février 2006, l'intimée maintient ses conclusions. Elle fait observer que, selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral des assurances (TFA), les organes d'une société ne peuvent pas se disculper en alléguant qu'ils avaient, postérieurement, diminué la dette de cotisations. L'intimée relève également que les augmentations de capital de 1'080'000 fr. et de 1'620'000 fr. en respectivement octobre 1999 et juillet 2000 n'avaient pas été utilisées par les recourants pour éteindre entièrement la dette de cotisation envers la caisse. Ce faisant, ils ont fait supporter à l'assurance sociale le risque inhérent au financement d'une entreprise en difficultés. Par ailleurs, la pérennité de la XX\_\_\_\_\_ dépendait de bien d'autres facteurs que celui de différer le paiement des cotisations aux assurances sociales, soit en particulier de la nécessité de l'augmentation du capital prévu dans le premier semestre 2001. Le critère déterminant pour qualifier le comportement des recourants réside dans le fait que les retards dans le paiement des cotisations sociales se sont étendus de 1996 à 2001. Dans ces conditions, il ne pouvait y avoir des raisons sérieuses et objectives de penser que le retard dans le règlement des cotisations n'était que passager et les administrateurs n'étaient dès lors pas autorisés à différer le paiement sur une aussi longue période, sous peine de commettre une négligence grave. S'agissant du recourant 3, elle attire l'attention sur l'art. 34b al. 1 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS), selon lequel une caisse de compensation ne peut convenir d'un plan de remboursement que si le débiteur des cotisations verse ponctuellement en parallèle les cotisations courantes. En cas d'acceptation d'un tel plan, il est donc interdit à la caisse de compensation d'utiliser les versements du débiteur exclusivement pour le remboursement des cotisations arriérées. Les

cotisations courantes ont été versées plus ou moins régulièrement d'octobre 1999 à mars 2001. Dès avril 2000, les acomptes convenus ont été affectés à la réduction des arriérés des mois de janvier à mars 1999 et de juillet à septembre 1999. Dès mars 2001, les cotisations courantes n'avaient plus été payées. A partir de cette date, les versements de la XX\_\_\_\_\_ ont été affectés, jusqu'au sursis concordataire, à l'amortissement des cotisations encore en souffrance des mois de janvier à mai 1999 et de juillet à septembre 1999. En raison de l'insuffisance des versements, les cotisations arriérées des mois d'août et de septembre 1999 n'ont pu être amorties que partiellement. S'agissant des recourants 4 à 7, l'intimée souligne qu'ils avaient la qualité d'organe et portent dès lors la pleine responsabilité d'un administrateur, contrairement aux conseillers externes d'une société. Le 10 février 2006, l'intimée transmet au Tribunal de céans la décision de classement du 3 février 2006 du Procureur général concernant sa plainte pénale contre les administrateurs de la XX\_\_\_\_\_ pour avoir détourné les cotisations sociales. Dans cette décision, le Ministère public considère que les motifs qui l'avaient amené à classer la plainte de l'administration fiscale cantonale pour le détournement de l'impôt à la source doivent être appliqués par analogie à la plainte de l'intimée, dès lors qu'il n'a pas pu être démontré que les administrateurs de la XX\_\_\_\_\_ ont détourné les sommes retenues à leur profit ou à celui d'un tiers. A la même date, l'intimée fait également parvenir au Tribunal de céans copie de son recours contre cette décision de classement. Dans celui-ci, elle fait valoir que l'infraction pénale du détournement des cotisations sociales du salaire d'un employé ne soumet pas la réalisation de cette infraction à la condition que les montants ont été détournés au profit des administrateurs ou à celui d'un tiers. Par ordonnance du 27 mars 2006, la Chambre d'accusation déclare irrecevable le recours de l'intimée contre la décision de classement de sa plainte. A l'audience de comparution personnelle des parties du 14 juin 2006, l'intimée déclare que la liquidation de la faillite n'est toujours pas terminée et qu'elle n'a enregistré aucune nouvelle rentrée. Des procédures judiciaires sont encore en cours et une somme d'environ 1,6 million est litigieuse. Elle précise par ailleurs ses conclusions dans le sens que la somme de 67'456 fr. 40 est réclamée aux recourants 1 à 3 à titre de débiteurs solidaires. Les recourants 4 à 7 sont solidairement avec les recourants 1 et 2 responsables du dommage à concurrence de 489'288 fr. 65. L'intimée n'a pas réclamé de dommages intérêts aux commissaires, dès lors que l'Office des faillites lui avait indiqué dans un premier temps que les dettes de la masse seraient couvertes par les actifs de la faillite. Par ailleurs, elle considère qu'ils ne sont pas responsables du non paiement des charges sociales, en vertu de la jurisprudence. Le recourant 1 déclare à cette audience que la rentrée de 590'000 fr. dont il a fait état à la séance du conseil d'administration du 10 mai 2001 a été versée à la société bien plus tard que prévu, soit pendant le sursis concordataire. Or, à ce moment-là, il n'était plus responsable de l'affectation de cette somme aux charges sociales, cette compétence appartenant aux commissaires. Le recourant 2 fait une déclaration similaire concernant une rentrée attendue de 390'000 fr. dont il a fait état le 28 février 2002 devant le Tribunal de première instance. Il explique qu'il soumettait les différentes factures à payer aux commissaires et c'étaient ceux-ci qui décidaient quelles dettes ils allaient payer. Son père et lui avaient attiré leur attention sur le non paiement des charges sociales. La preuve de ce qu'ils n'avaient pas le pouvoir d'influencer l'affectation des rentrées d'argent constituait le fait que les commissaires s'étaient fait payer prioritairement leurs notes de frais et honoraires. Son père et lui ne devaient par ailleurs pas contresigner les ordres de paiement ou les instructions que les commissaires donnaient. Leur rôle se limitait à des suggestions qui étaient suivies ou pas. Les commissaires ont par ailleurs refusé la prise de commande d'une

machine. Le recourant 2 admet à l'audience qu'il a assumé la gestion administrative de la société en tant que directeur général. Cependant, il n'était pas personnellement chargé des paiements et de la comptabilité et ses pouvoirs étaient limités à 50'000 fr. Le recourant 6 explique que le conseil d'administration a nommé le recourant 2 directeur général, car il avait la conviction que celui-ci était la personne la plus compétente et la mieux apte à prendre la tête de l'entreprise. Il est cependant exact que le recourant 2 a conservé une fonction de marketing pour rechercher des clients, même après avoir été nommé directeur général. Sa nomination avait également pour but de renforcer sa crédibilité lors de ses contacts à l'étranger. Il avait par ailleurs tout à fait la compétence d'influencer la gestion des affaires, notamment pour des instructions quant au paiement des dettes de la société. Des divergences entre le management de l'entreprise et le conseil d'administration ont surgi lorsque les recourants 4 à 7 ont réalisé que le chiffre d'affaires mentionné dans le budget prévisionnel, qui leur avait été soumis à leur entrée en fonction, s'éloignait considérablement du chiffre d'affaires réel. Ils n'étaient alors plus satisfaits de la direction de l'entreprise par le recourant 2 en tant que directeur général et s'étaient mis à la recherche d'un autre directeur qu'ils avaient par ailleurs trouvé. Concernant l'absence du recourant 4 à quelques séances du conseil d'administration, le recourant 6 indique que cela tenait au fait qu'il était domicilié au Tessin. Le conseil d'administration avait néanmoins avec lui des contacts par téléphone durant les séances et se concertait avec lui. Le recourant 6 rappelle en outre que les administrateurs se réunissaient une fois par mois et que les séances duraient une demie journée en moyenne, ce qui était tout à fait exceptionnel pour un conseil d'administration. Il explique que les recourants 4 à 7 étaient entrés dans le conseil d'administration juste après l'augmentation du capital (en juin 2000). Les recourants 1 et 2 leur avaient préparé un budget prévisionnel prévoyant, entre autres, le paiement des charges sociales courantes, ainsi que de l'arriéré des cotisations par des paiements périodiques mensuels, conformément à l'accord passé avec l'intimée. Dans l'optique de l'assainissement de l'entreprise et du redémarrage industriel, il aurait été impossible, au moment de leur entrée dans la société, de payer la totalité de l'arriéré des charges sociales. Les déclarations du recourant 6 sont confirmées par le recourant 5. Le recourant 1 déclare qu'il livrait, avec le recourant 2, le 5 de chaque mois le "reporting" à l'attention du conseil d'administration. Ce fait est confirmé par le recourant 6. Il s'agissait de la comparaison entre le budget prévisionnel et les chiffres réels. Le recourant 3 déclare que, lorsqu'il était administrateur, le recourant 2 était directeur général et souvent absent à l'étranger. Ce dernier n'était présent qu'à 20 à 30 % des conseils d'administration en tant que secrétaire. Il n'avait pas la compétence d'influencer la gestion des affaires. Quant aux causes de la faillite et de l'insuffisance des biens de celle-ci, le recourant 1 explique que, peu après la dernière augmentation du capital, la XX\_\_\_\_\_ a été enjoindre par le Conseil d'Etat de rembourser en une seule fois la somme de 9 millions de francs que la caisse de pensions avait prêté à la XX\_\_\_\_\_. Ce prêt était garanti par une hypothèque, de sorte que son remboursement à court terme n'était pas prévu. Il s'agissait dès lors d'une dépense qui a considérablement changé les prévisions. Le recourant 6 déclare à cet égard qu'il est entré avec les recourants 4, 5 et 7 dans le conseil d'administration après le remboursement du prêt de 9 millions et que cette question ne les avait pas particulièrement inquiétés. Le recourant 1 indique en outre qu'un des plus grands clients de la XX\_\_\_\_\_, un fabricant d'hélicoptères américain, a suspendu la commande de trois machines pour fabriquer des pièces d'hélicoptères, à la suite de trois accidents survenus avec ses hélicoptères. Le gouvernement américain avait en effet demandé au fabricant la suspension des livraisons de

ses engins. La valeur de cette commande était de 6 millions de francs et cette perte était imprévisible, ce qui a considérablement changé la donne. Le recourant 2 précise à ce sujet que la commande était en fait de 8 machines dont 3 étaient déjà fabriquées, de sorte que la valeur totale de la commande était de 17 millions de francs. Les trois machines auraient dû être initialement livrées au 3<sup>ème</sup> trimestre 2000, et ne l'ont été finalement qu'avec du retard. Le prix de vente a été encaissé pendant le sursis concordataire. Le recourant 6 ajoute que la suspension de la livraison de 5 machines ressortait du procès-verbal du conseil d'administration de décembre 2000. Selon ce dernier recourant, le budget prévisionnel ne s'était pas réalisé tel que prévu notamment du fait que les machines se vendaient moins bien que les administrateurs l'espéraient. Cependant, selon son appréciation, la société était répartie sur des bases saines après la dernière augmentation de capital et les administrateurs ont cru à une renaissance de la XX\_\_\_\_\_ à ce moment. Le recourant 5 le confirme, en relevant en particulier que la société n'avait aucune dette bancaire et qu'elle n'avait jamais été, sur le plan bilanciel, en situation de surendettement. L'intimée conteste que les bases de la société étaient saines en 2000. Un spécialiste qui a analysé le bilan de la XX\_\_\_\_\_ de juillet 2000 a en effet estimé que tel n'était pas le cas. Tous les administrateurs expriment à l'audience leur désaccord avec cette analyse et le recourant 6 fait observer que la diminution spectaculaire de l'arriéré de cotisations, pendant la durée du mandat des recourants 4 à 7, démontre qu'il était tout à fait possible de faire coïncider l'assainissement de la société avec le remboursement de la dette de cotisation. En ce qui concerne le déficit de la faillite, le recourant 6 expose que le maigre produit de la réalisation des actifs de la société était notamment dû au fait qu'un immeuble, qui avait été acquis par la XX\_\_\_\_\_ à 50 millions de francs en 1990 et qui était évalué à 28 millions de francs fin 2001, n'a pu trouver d'acheteur et a ainsi dû être cédé au créancier hypothécaire par compensation de créances. Le recourant 2 ajoute que la vente de cet immeuble à un autre acheteur au prix du marché a été empêché par le Conseil d'Etat qui a tardé à donner à la XX\_\_\_\_\_ l'autorisation pour la vente de celui-ci. Cette autorisation était nécessaire du fait que la XX\_\_\_\_\_ n'avait qu'un droit de superficie sur ce bien immobilier. Déjà avant le sursis concordataire, la XX\_\_\_\_\_ avait l'intention de vendre cet immeuble, pour avoir quelques liquidités. Le recourant 3 précise en outre à cette audience que, lorsqu'il était devenu vice-président le 24 août 1999, la XX\_\_\_\_\_ n'avait plus que deux administrateurs, à savoir le recourant 1 qui détenait 42 % du capital social et lui-même avec le même pourcentage du capital. Le 6 septembre 2006, le Tribunal de céans procède à l'audience de Mme G\_\_\_\_\_, commissaire lors du sursis concordataire de la XX\_\_\_\_\_. Celle-ci ne se rappelle plus si un compte spécial distinct des comptes à l'époque de la XX\_\_\_\_\_ a créé pour le versement des liquidités et le paiement de l'ensemble des charges de la société pendant la durée du sursis concordataire. Le recourant 2 indique à ce sujet que les commissaires y avaient finalement renoncé, d'entente avec les administrateurs, pour des raisons pratiques. Le témoin explique par ailleurs que les commissaires avaient obtenu les signatures sur les comptes de la XX\_\_\_\_\_. Elle déclare en outre ce qui suit : "En principe, les administrateurs de la XX\_\_\_\_\_ ne pouvaient plus procéder à aucun paiement, sauf pour la somme "tampon" de 20'000 fr. par semaine. Nous donnions notre aval pour les paiements effectués dans ce cadre rétroactivement. (...) Nous émettions des recommandations pour les paiements auxquels il fallait donner la priorité. Les paiements prioritaires devaient notamment permettre d'assurer la survie de l'entreprise, ainsi que de payer les salaires et charges sociales. Lorsque nous signions les ordres de paiement pour les salaires courants, nous signions parallèlement

l'ordre de paiement pour les charges sociales. Il nous arrivait de bloquer le paiement de certaines factures qui ne nous paraissaient pas prioritaires, comme par exemple une facture d'honoraire d'un conseil de la XX\_\_\_\_\_. Lorsque les charges sociales courantes ne pouvaient être payées avec les salaires, il m'est arrivé de fractionner le paiement des salaires, afin de pouvoir payer les charges sociales y afférentes. J'ai ainsi signé, sur demande de la direction de la XX\_\_\_\_\_, en février 2002 deux fois le suivi des paiements et des charges sociales. Selon mes souvenirs, j'ai reçu pour l'intégralité de mon activité de commissaire la somme de 50'000 fr. Je n'ai pas produit dans la faillite de la XX\_\_\_\_\_ une note de frais honoraires. Sur question de Me C\_\_\_\_\_, je précise que rien que les salaires et les charges sociales courantes représentaient en date du 11 février 77% des ordres de paiement contresignés par les commissaires (71% au 28 février). Nous nous sommes concentrés essentiellement sur le paiement des charges courantes, ainsi que les paiements permettant de faire entrer de l'argent dans la société, pendant la période du sursis concordataire dès le 17 décembre 2001. S'agissant de l'arriéré de cotisations, nous avons demandé les documents, mais n'avons reçu les informations nécessaires que très tard. En raison du manque de visibilité de l'entreprise, nous ne pouvions pas faire un plan de paiement pour l'arriéré de cotisations. Je ne me souviens pas avoir reçu un état comptable exact concernant cet arriéré. Les liquidités de la XX\_\_\_\_\_ étaient si étroites que seuls les paiements urgents pouvaient être effectués. Je ne me souviens pas d'avoir signé un ordre de paiement pour l'arriéré des charges sociales antérieur au 17 décembre 2001. Me C\_\_\_\_\_ me soumet sa pièce 7, à savoir l'inventaire des actifs selon LP 299 au 31 décembre 2001, lequel fait ressortir des liquidités et titres de 1'908'000 fr. Je n'ai pas eu connaissance ni de ces liquidités, ni de cette pièce. Toutefois, la XX\_\_\_\_\_ a dépensé entre le 8 janvier et le 7 février 2002 (situation établie au 11 février) 1'630'000 fr. environ pour les charges courantes. Outre les salaires et charges sociales, 10% des paiements concernaient les fournisseurs et 8% les clients. Je ne peux pas préciser comment les liquidités qui ressortent de l'inventaire précité ont été utilisées, mais il est vraisemblable qu'elles ont servi au paiement des charges courantes qui étaient très élevées. A la demande de Me C\_\_\_\_\_, je verse à la procédure le suivi des documents signés par les commissaires pour les paiements de la XX\_\_\_\_\_ au 11 et 28 février 2002. Les commissaires ont été relevés de leur fonction le 4 mars 2002. (...) Il est normal que le commissaire laisse à la direction le temps de redresser la situation. Sinon, les buts du sursis concordataire ne peuvent pas être atteints. Je précise en outre que notre mandat avait été très court et que nous n'avons pas eu, pendant la durée de celui-ci, un projet de refinancement permettant d'envisager le paiement d'autres dettes, notamment de l'arriéré de cotisations". Quant au recourant 2, il affirme que les commissaires ont dû avoir connaissance du montant de l'arriéré des cotisations sociales, celui-ci étant connu. Le 6 septembre 2006, le second commissaire au sursis, M. H\_\_\_\_\_, est auditionné en tant que témoin. Il déclare qu'aucun compte spécial n'a été ouvert pendant la durée du sursis concordataire pour le versement de l'ensemble des liquidités de la XX\_\_\_\_\_ et le paiement de ses charges. Dans l'organisation interne des commissaires, Mme G\_\_\_\_\_ était chargée de signer les ordres de paiement de la XX\_\_\_\_\_ et de discuter régulièrement avec les administrateurs des paiements à effectuer. M. H\_\_\_\_\_ n'a signé qu'une seule fois un ordre de paiement, lequel concernait les salaires de la XX\_\_\_\_\_ avant les fêtes de Noël. La fonction de M. H\_\_\_\_\_ consistait à gérer les 600 créanciers de la XX\_\_\_\_\_. Il s'occupait de l'appel aux créanciers et de l'inventaire des créances. Il ne donnait dès lors pas d'instructions sur les priorités à donner au paiement de certaines

créances. Il croit cependant se souvenir avoir cosigné avec Mme G \_\_\_\_\_ des courriers rappelant à la XX \_\_\_\_\_ la priorité à donner au paiement des charges sociales courantes. Il se souvient en outre de discussions avec cette dernière, où elle faisait état de ce que la direction attendait des rentrées importantes qui permettraient en particulier le paiement des charges sociales. Le 5 octobre 2006, l'intimée persiste dans ses conclusions. Les recourants 4 à 7 maintiennent également leurs conclusions dans leurs écritures du 13 octobre 2006. En plus de leurs précédents arguments, ils font valoir que personne n'a jugé utile, après leur départ, de poursuivre leurs efforts pour diminuer le découvert lié à l'arriéré de cotisations sociales non payées, même pas les commissaires au sursis, alors même qu'ils en avaient la possibilité. En effet, l'inventaire des actifs établi au 31 décembre 2001 démontre que la XX \_\_\_\_\_ bénéficiait de liquidités d'environ 1,9 million de francs. De surcroît, un montant important de l'ordre de 600'000 fr. semble être rentré dans la caisse de la société au moment du sursis concordataire, selon les déclarations du recourant 1 lors de l'audience de comparution personnelle. Par ailleurs, les commissaires disposaient tout à fait des informations nécessaires, comme cela a été confirmé par le recourant 2 à cette même audience. Ils avaient en particulier connaissance, ou auraient dû en avoir, fin 2001 déjà du montant de l'arriéré des cotisations sociales, ainsi que du fait que la XX \_\_\_\_\_ disposait d'importants actifs. Les faits de la cause démontrent ainsi parfaitement que les recourants ont tout fait pour sortir la XX \_\_\_\_\_ de sa situation difficile et d'assurer, au moins temporairement, sa survie, tout en surveillant le paiement régulier des charges sociales courantes et le remboursement de l'arriéré de cotisations. Ces recourants relèvent en outre qu'ils n'étaient en fonction que pendant une année et qu'ils ont réussi à réduire de façon spectaculaire l'arriéré des cotisations accumulées avant leur entrée en fonction, alors même qu'ils n'étaient nullement responsables de celles-ci. Enfin, ils arguent que l'art. 34b al. 1 RAVS n'instaure aucune exception à la disposition légale du code des obligations, selon laquelle l'imputation d'un paiement se fait sur la dette échue la première, dès lors qu'il n'était nulle part prescrit que la caisse est obligée d'imputer les paiements du débiteur aux charges sociales courantes, en l'absence d'une déclaration du débiteur dans ce sens. Cette solution lèserait par ailleurs de façon injustifiée les intérêts du débiteur, du moment où ce dernier verrait sa dette augmentée exponentiellement par les intérêts courants sur les dettes les plus anciennes. Les recourants répètent à cet égard que la société n'a jamais déclaré à l'intimée vouloir imputer ses paiements sur des dettes déterminées depuis novembre 2000. L'intimée n'a pas non plus mentionné, dans un extrait du compte de la XX \_\_\_\_\_, pour l'extinction de quelle dette les versements avaient été utilisés. Dans la mesure où la XX \_\_\_\_\_ avait versé à l'intimée 390'000 fr. après le départ des recourants 4 à 7, une grande partie des cotisations sociales qui leur sont réclamées (489'288 fr. 65) est éteinte par ce versement. Sur ce, la cause est gardée à juger. EN DROIT La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1<sup>er</sup> août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1<sup>er</sup> let. r et 56 T LOJ). Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs. Conformément à l'art. 56V al. 1<sup>er</sup> 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. La LPGA a entraîné de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-vieillesse, notamment en ce qui concerne l'ancien art. 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (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 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS) ont été abrogés. Le cas d'espèce demeure toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). Les dispositions légales seront dès lors citées dans leur ancienne teneur. Les règles de procédure quant à elles s'appliquent sans réserve dès le jour de l'entrée en vigueur de la LPGA (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). Interjeté dans les formes et délais prescrits, les recours sont recevables (art. 56 et 60 LPGA).

a) Aux termes de l'art. 82 al. 1 RAVS, le droit de demander la réparation d'un dommage se prescrit lorsque la caisse de compensation ne le fait pas valoir par une décision de réparation dans un délai d'une année à compter du moment où elle a eu connaissance du dommage et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du fait dommageable. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit en l'occurrence d'un délai de péremption à considérer d'office (ATF 112 V 8 consid. 4c; RCC 1986 p. 493). Lorsque ce droit dérive d'un acte punissable soumis par le code pénal à un délai de prescription de plus longue durée, ce délai est applicable (art. 82 al. 2 RAVS). Le Tribunal fédéral des assurances (ci-après 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 72 consid. 3b ; 113 V 180 consid. 2; 112 V 6 consid. 4d; 108 V 50 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» (FRITZSCHE, *Schuldbetreibung und Konkurs II*, 2<sup>ème</sup> éd., p. 112) d'où résulte la perte de la créance de la caisse. Selon la jurisprudence, en cas de faillite, le dommage est en règle général déjà suffisamment connu lorsque la collocation des créances est publiée, respectivement lorsque l'état de collocation (et l'inventaire) est déposé pour être consulté (ATF 126 V 443 consid. 3a; 121 V 234 consid. 4a; 119 V 89 consid. 3 et les références citées) Le délai de péremption de cinq ans débute en revanche au moment où survient le dommage. Le dommage survient dès que l'on doit admettre que les cotisations dues ne peuvent plus être recouvrées pour des motifs juridiques ou des motifs de fait (ATF 126 V 443 consid. 3a; 121 III 382 consid. 3bb; 121 III 386 consid. 3a). Ainsi en cas de faillite, en raison de l'impossibilité pour la caisse de récupérer les cotisations dans la procédure ordinaire de recouvrement, le dommage subi par la caisse est réputé être survenu le jour de la faillite; le jour de la survenance du dommage marque celui de la naissance de la créance en réparation (ATF 123 V 12 consid. 5c) et la date à partir de laquelle court le délai de 5 ans de l'art. 82 al. 1 in fine RAVS (fait dommageable) (ATFA non publié du 4 avril 2003, H 266/02).

b) Dans le cas d'espèce, l'intimée a eu connaissance du dommage le 17 septembre 2003, date à laquelle l'Office des faillites l'a informée qu'aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers chirographaires. L'intimée a notifié le 10 mars 2004 aux recourants les décisions en réparation du dommage. Ces notifications sont donc intervenues

dans le délai d'une année prescrit par l'art. 82 al. 1 RAVS, ainsi que dans le délai de cinq ans de l'art. 82 al. 1 in fine RAVS, la faillite de la société ayant été prononcée par jugement du Tribunal de Première Instance du 4 juillet 2002. Le litige porte sur la responsabilité des défendeurs dans le préjudice subi par l'intimée, en application de l'art. 52 LAVS, lequel prévoit que l'employeur doit couvrir le dommage qu'il a causé en violant les prescriptions intentionnellement ou par négligence grave. Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom (ATF 123 V 12 consid. 5b; 122 V 65 consid. 4a; 119 V 401 consid. 2 et les références). a) Dans le cas d'une société anonyme, la notion d'organe responsable selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui ressort de l'art. 754 al. 1 CO. La responsabilité incombe aux membres du conseil d'administration, ainsi qu'à toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation, c'est-à-dire à celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 128 III 29 consid. 3a; 117 II 432 consid. 2b et 570 consid. 3; 107 II 349 consid. 5a). Il faut cependant, dans cette dernière éventualité, que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, c'est-à-dire d'exercer effectivement une influence sur la marche des affaires de la société (ATF 128 III 29 consid. 3a; 117 II 432 consid. 2b; 111 II 480 consid. 2a). Ainsi, la notion d'organe selon l'art. 754 CO doit être comprise dans un sens large : sont également réputés chargés de l'administration et de la gestion les organes dits "de fait", c'est-à-dire les personnes qui, sans être désignées formellement en qualité d'organes, prennent en fait les décisions réservées à ces derniers ou se chargent de la gestion proprement dite (cf. notamment BÜRGI, note 119 ad. art. 753/54 CO; SCHUCANY, note 1 ad. art. 754 CO; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2è ed. p. 209 ss; ATF 132 III 528 consid. 4.5). Conformément à ces principes, le Tribunal fédéral a par exemple reconnu la qualité d'organes dirigeants aux deux seuls actionnaires d'une société, qui dirigeaient eux-mêmes celle-ci en lieu et place d'un administrateur unique nommé à titre fiduciaire (ATF 114 V 78 consid. 3; ATF 102 II 353). Un directeur de société a généralement la qualité d'organe en raison de l'étendue des compétences que cette fonction suppose (ATF 104 II 197 consid. 3b; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, § 37, p. 443 note 17; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2è éd., p. 1072, note 1969). Mais il ne doit répondre que des actes ou des omissions qui relèvent de son domaine d'activité, ce qui, en d'autres termes, dépend de l'étendue des droits et des obligations qui découlent des rapports internes. Sinon, il serait amené à réparer un dommage dont il ne pouvait empêcher la survenance, faute de disposer des pouvoirs nécessaires (ATF 111 V 178 consid. 5a; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, op. cit., § 37, p. 442 note 8; ATF non publié du 8 octobre 2003, H 320/01 et H 333/01 consid. 6.2). b) L'art. 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 ss RAVS, prescrit que l'employeur doit déduire, lors de chaque paie, la cotisation du salarié et verser celle-ci à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation. Les employeurs doivent remettre périodiquement aux caisses les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le TFA a déclaré, à réitérées reprises, que celui qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 193 consid. 2a et les références; ATF non publié du 8 octobre 2003, H

320/01 et H 333/01 consid. 4). Selon la jurisprudence, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui manque de l'attention qu'un homme raisonnable aurait observée dans la même situation et dans les mêmes circonstances. La mesure de la diligence requise s'apprécie d'après le devoir de diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie que celle de l'intéressé. En présence d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions. Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 199 consid. 3a; RCC 1985 p. 51 consid. 2a et p. 648 consid. 3b). Il n'y a cependant obligation de réparer le dommage, dans un cas concret, que s'il n'existe aucune circonstance justifiant le comportement fautif de l'employeur ou excluant l'intention et la négligence grave. A cet égard, on peut envisager qu'un employeur cause un dommage à la caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions en matière d'AVS, sans que cela entraîne pour autant une obligation de réparer le préjudice. Tel est le cas lorsque l'inobservation des prescriptions apparaît, au vu des circonstances, comme légitime et non fautive (ATF 108 V 183 consid. 1b et 2b; RCC 1985 p. 603 consid. 2, 647 consid. 3a). Ainsi, il peut arriver qu'en retardant le paiement des cotisations, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie, par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie. Mais il faut alors, pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'art. 52 LAVS, que l'on puisse admettre que l'employeur avait, au moment où il a pris sa décision, des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable (ATF 108 V 183 ; RCC 1992 p. 261 consid. 4b). Il appartient à l'employeur de faire valoir des motifs justifiant ou excusant son comportement, à charge pour lui d'en rapporter la preuve en vertu de son devoir de collaborer à l'établissement des faits (art. 81 al. 2 LAVS). c) La responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS suppose un rapport de causalité adéquate entre la violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions et la survenance du dommage (MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, vol. II, p. 70 ad. let. f; KNUS, Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV, thèse Zurich 1989, p. 58/59; FRESARD, La responsabilité de l'employeur pour le non-paiement de cotisations d'assurances sociales selon l'art. 52 LAVS, in Revue Suisse d'Assurances, 1987 p. 11). Selon la jurisprudence, la causalité est adéquate si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance (ATF 118 V 290 consid. 1c et les références; ATF 119 V 401 consid. 4a). a) Concernant le recourant 1, il n'est guère contesté que celui-ci était un organe de la société pendant toute la période considérée, dès lors qu'il était inscrit en tant qu'administrateur de la XX\_\_\_\_\_. b) Il ne peut non plus être nié qu'il a intentionnellement différé le paiement des cotisations sociales, dans l'espoir que les rentrées subséquentes lui permettront de les régler. Il convient dès lors d'examiner s'il peut se prévaloir de circonstances qui font apparaître sa faute comme excusable. Il sied notamment de déterminer s'il pouvait donner la priorité aux paiements d'autres créances, dans une optique de survie de la société, en raison du fait que celle-ci n'était non seulement pas en état de surendettement, mais n'avait pas non plus de dettes bancaires, de sorte que la créance de l'intimée semblait à tout moment pouvoir être couverte par les actifs de la société. Dans l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances (TFA) publié dans ATF 108 V 183 , notre Haute Cour a admis, dans un cas similaire, que l'absence de surendettement pouvait constituer un motif justifiant ou excusant

le comportement de l'organe de la société. Elle a ainsi considéré que, lorsque la société n'était pas surendettée au moment de l'ouverture de la faillite, sans qu'il apparaisse que les positions du bilan eussent été manipulées ou manifestement mal évaluées, le report du paiement des cotisations était excusable. Dans le cas soumis au TFA, la perte des créanciers était en partie également due au fait qu'un bien immobilier, lequel constituait un actif important, a été vendu à un prix largement en-dessous du prix du marché, dans le cadre de la liquidation de la faillite. Le TFA a par ailleurs tenu compte du fait que, selon l'expérience générale, même des évaluations réalistes de la valeur du marché ne sont souvent pas atteintes dans les exécutions forcées, dès lors que les acheteurs savent que la vente doit être exécutée dans un certain délai. Néanmoins, notre Haute Cour a estimé que cela n'avait pas d'influence sur la qualification de la faute de l'organe de la société (ATF 108 V p. 188 consid. 2). Toutefois, la jurisprudence du TFA est devenue ces dernières années de plus en plus sévère et ne permet de considérer comme excusable une faute d'un organe de la société que dans des conditions exceptionnelles. Ainsi, il a été jugé dans un arrêt récent qu'il ne suffisait pas que l'administrateur eût pris certaines mesures en vue d'assainir la société, pour le disculper. Notamment le fait que l'organe de la société a espéré pouvoir assurer la survie de la société grâce à un apport personnel d'une importante somme ne permettait pas encore de considérer qu'il existait des raisons sérieuses et objectives de croire au règlement des cotisations en souffrance (ATFA non publié du 21 février 2006, cause H 244/04, consid. 4.2). En l'occurrence, il appert que la XX\_\_\_\_\_ a rencontré de sérieuses difficultés de longue date, soit depuis 1998, selon les dires du recourant 1. Après un espoir d'un redressement de la société sur des bases saines, suite à l'augmentation de capital en juin 2000, et sa prise en main sérieuse par les nouveaux administrateurs, en la personne des recourants 4 à 7, qui a permis une réduction considérable de l'arriéré de cotisation, de grands problèmes de liquidités sont apparus de nouveau en octobre 2000. Dans ces circonstances, ceux-ci ne pouvaient être considérés comme étant passagers, compte tenu également de l'annulation d'une importante commande de machines, comme l'ont expliqué les recourants 1 et 2 lors de l'audience de comparution personnelle, et d'une diminution de la demande de machines de manière générale (cf. procès-verbal d'audition du recourant 6). Par ailleurs, la survie de la société ne dépendait pas d'un ajournement du paiement des cotisations, mais d'une nouvelle augmentation de capital de la société, de l'avis unanime des organes. Après que les efforts dans ce sens eurent échoué, soit en mai 2001, il apparaissait alors clairement que les cotisations sociales ne pourraient pas être payées dans un délai raisonnable, sauf éventuellement dans le cas de la liquidation de la société. Certes, les actifs de la société semblaient à tout moment largement couvrir l'arriéré de cotisation, les fonds propres de la société étant encore comptabilisés à la valeur de liquidation à 11,8 million au 31 décembre 2001. Toutefois, en l'occurrence, ce fait ne saurait disculper le recourant 1. En effet, les efforts du conseil d'administration pour augmenter le capital de la société se sont soldés par un échec, la Banque Julius Baer ayant considéré que les bases de la société n'étaient pas suffisamment solides, raison pour laquelle elle a soumis son concours à la condition que la société parvienne à lever au minimum 10'000'000 fr. frais sous forme de souscriptions, ce qui s'est avéré impossible. Il apparaissait dès lors à ce moment que la situation financière était très préoccupante, en dépit des fonds propres importants figurant au bilan. S'agissant du principal actif de la société, le bâtiment d'exploitation, les organes devaient également tenir compte du fait qu'il était en droit de superficie, ce qui rend la vente plus difficile. Aussi, le Tribunal de céans est de l'avis qu'à partir du moment où l'augmentation de capital a échoué, l'employeur n'était plus en droit de différer le paiement

des cotisations sociales courantes, ainsi que de l'arriéré de celles-ci, sans faire supporter à l'intimée le risque d'un échec financier. Par conséquent, une faute grave du recourant 1 doit être admise. c) En ce qui concerne le montant du dommage, le recourant 1 ne le conteste pas. Il résulte également des décomptes de cotisations de l'intimée que la somme totale des cotisations non payées, y compris les intérêts moratoires, les frais de sommation et de poursuite, s'élève à 1'674'926 fr. 80. d) Reste à examiner la causalité adéquate entre le comportement du recourant 1 et la survenance du dommage. En premier lieu, il y a lieu d'examiner si l'éventuel comportement contraire à la loi des commissaires permet de nier le lien de causalité. Cela ne saurait cependant être admis, en application de la jurisprudence en la matière. En effet, la cause primaire de la perte des cotisations constitue le comportement contraire à la loi des organes de la société et le lien de causalité n'est pas rompu par une éventuelle faute concomitante des commissaires. De surcroît, même pendant un sursis concordataire, l'organe de la société reste responsable du paiement des cotisations, sauf avis contraire du juge (ATFA non publié du 21 janvier 2004, cause H267/02 consid. 6.2). C'est ce que prévoit également le jugement du Tribunal de première instance du 17 décembre 2001, aux termes duquel les décisions de la société devaient être prises pendant le sursis concordataire de concert entre les commissaires et les administrateurs de la société. Ceux-ci n'étaient par conséquent pas totalement dépossédés de leur pouvoir de décision. Mme G \_\_\_\_\_, commissaire, a déclaré en outre devant le Tribunal de céans que lorsqu'elle signait des ordres de paiement pour des salaires courants, elle signait en parallèle l'ordre de paiement pour les charges sociales. Par ailleurs, dans l'optique de la survie de la société pendant le sursis concordataire, il n'était pas concevable de payer l'arriéré de cotisations avec les liquidités alors disponibles. Il est à relever également que si les recourant 1 et 2 avaient eu l'intention de s'acquitter de l'arriéré de cotisation à bref délai avec les liquidités alors encore disponibles, ils n'auraient certainement pas demandé un sursis concordataire, mais au contraire ne se seraient pas opposés à l'ouverture de la faillite. Il était en effet impossible d'assurer la continuation de l'exploitation de la société, tout en affectant l'intégralité des liquidités au paiement des cotisations en souffrance. Les recourants 1 et 2 ne sauraient dès lors se cacher derrière les commissaires, afin de se disculper du non paiement de l'arriéré pendant le sursis, cette façon de faire correspondant à leur volonté. Il convient également d'examiner si la causalité adéquate est rompue du fait que l'immeuble de la XX \_\_\_\_\_, qui avait été évalué par l'Office des faillites à 28 millions (cf. teledata du 24.10.2003, pièce 16 intimée) a dû finalement être cédée au créancier hypothécaire par compensation de créances au prix de 16'920'000 fr. Toutefois, comme l'a relevé le TFA dans l'arrêt précité (ATF 108 V 188 consid. 2), selon l'expérience générale, les valeurs du marché ne peuvent souvent pas être atteintes dans les exécutions forcées. Ce fait doit dès lors encore être considéré comme étant dans le cours normal des choses. Par ailleurs, aucune faute d'une gravité exceptionnelle n'est reprochée à l'Office des faillites, de sorte qu'il ne peut être retenu que la faute de l'organe de la société devient secondaire par rapport à celle de cet Office et ne la fait plus apparaître comme une cause adéquate du dommage, selon l'expérience générale de la vie et le cours normal des choses. En tout état de cause, le comportement du recourant 1 a clairement favorisé la survenance du dommage. Par conséquent, il sied d'admettre la responsabilité du recourant 1 pour le dommage subi par l'intimée. a) Concernant le recourant 2, il était directeur commercial de la société, avec signature collective à deux, du 1<sup>er</sup> septembre 1996 au 1<sup>er</sup> octobre 1999, selon les inscriptions du registre du commerce. Dès le 27 janvier 2000, il y était inscrit comme directeur général jusqu'à la faillite. Toutefois, selon l'intimée, il était déjà directeur général

dès octobre 1999. Le recourant 2 le conteste et fait de surcroît valoir que, même après sa nomination en tant que directeur général, il avait continué à exercer les fonctions de directeur commercial et la direction générale était en fait assumée par un administrateur délégué. Il n'était par ailleurs pas membre du conseil d'administration, n'avait pas non plus le clearing bancaire et ne disposait que de la signature à deux. Le recourant 2 avait déjà fait ces mêmes déclarations en date du 3 mai 2004 devant le Tribunal de première instance. Il avait alors affirmé qu'il fonctionnait essentiellement comme directeur commercial et que c'était l'administrateur délégué qui s'occupait de la gestion. Fin 1999, lors d'une augmentation de capital, les nouveaux investisseurs avaient exigé qu'il prenne le poste de directeur général qui devait respecter les directives du conseil d'administration. Les statuts et le règlement interne de la société avaient été modifiés afin de limiter les pouvoirs du directeur général, puisque la gestion avait été confiée à l'administrateur délégué. Il n'avait aucune influence sur la stratégie et la destinée de l'entreprise et n'avait qu'un travail d'exécution et non pas de stratégie ou d'orientation. Le recourant 2 se prévaut également du règlement d'organisation du conseil d'administration de la société du 16 août 2000 (pièce 13 recourant 2), selon lequel il n'avait qu'un pouvoir de disposer limité de 50'000 fr. par transaction. Selon ce règlement, la direction des affaires courantes est déléguée par le conseil d'administration à l'organe exécutif qui est constitué sous forme d'un comité de direction composé d'un directeur général et de directeurs de département (art. 1.13 et 2.1). Le directeur général a par ailleurs notamment la compétence de décider du choix des stratégies produits/marchés, la mise en œuvre de la politique financière, notamment le suivi de la trésorerie et de la gestion des risques et de l'engagement de personnel hors budget (art. 2.9 let. i, ii, v et vii). Il devait également veiller à l'exécution des décisions du conseil d'administration et l'informer sur la marche des affaires (ch. 2.5 et 2.11 du règlement). Par ailleurs, il lui incombait de donner aux directeurs de département les instructions nécessaires à la conduite des affaires de la société lors des séances des comités de direction (ch. 2.10 du règlement). Aux termes de ce règlement, le directeur général était l'organe exécutif le plus élevé dans l'organisation de la société. Il en résulte également que le paiement des salaires et des cotisations relevait de son domaine de compétence même s'il devait exécuter essentiellement les décisions du conseil d'administration. Par conséquent, il ne lui incombait pas seulement de préparer les décisions, mais il avait également la faculté de participer à la création des bases de celles-ci et ainsi de prendre part à la formation de la volonté de la société. Selon les déclarations des recourants 5 et 7, il avait par ailleurs tout à fait la compétence d'influencer la gestion des affaires. Le fait que sa capacité de disposer était limitée n'y change rien. En effet, celle-ci l'était en fait, pour les actes de disposition prévus dans le budget, à 100'000 fr. et non pas 50'000 fr. De surcroît, il s'agissait d'une limitation par opération/transaction. Quant à la question de savoir quand le recourant 2 a commencé à exercer effectivement la fonction de directeur général, elle peut rester ouverte. Il convient en effet d'admettre que cela était au plus tard le cas lorsque M. Jean-Daniel ISOZ a été nommé directeur commercial à sa place, en date du 1<sup>er</sup> avril 2000. Par ailleurs, selon la jurisprudence, le devoir de l'organe est également de veiller à ce que soient payées non seulement les cotisations en cours, mais également les cotisations échues depuis des années (RCC 1992, p. 369). La seule exception est admise au cas où la société, au moment de l'acceptation du mandat par l'administrateur, était surendettée. Dans cette hypothèse, il est au plus responsable du dommage résultant de l'augmentation de la dette des cotisations envers la caisse de compensation jusqu'à la fin de son mandat (ATF 119 V 405 ss consid. 4). En l'espèce, la XX \_\_\_\_\_ n'était de loin pas surendettée et le recourant 2 s'en

prévaut au contraire. Par conséquent, il doit être également tenu responsable de l'arriéré de cotisation qui existait déjà au moment de l'acceptation de la fonction de directeur général. b) Concernant sa faute, il y a lieu de l'apprécier de la même manière que celle du recourant 1. En application de la jurisprudence en la matière, une négligence grave doit par conséquent être retenue. Quant au recourant 3, il était administrateur jusqu'au 6 septembre 1999 et vice-président de la société à partir du 11 novembre 1998. Il lui est réclamé le dommage correspondant à la cotisation sociale non payée afférente au mois d'août 1999. Aux termes de l'art. 34 al. 1 a du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS), dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2000, les cotisations sont à payer par les employeurs chaque mois. L'al. 4 de cette disposition prescrit que les cotisations sont exigibles à l'expiration de cette période et doivent être payées dans les 10 jours suivants. Il résulte de ce qui précède que, au moment où le recourant 3 a démissionné de la société, le délai pour le paiement de la créance de cotisation afférente au mois d'août n'avait pas encore expiré. Par ailleurs, dans la mesure où le recourant 3 n'était pas personnellement chargé de la gestion administrative de la société, il convient d'admettre qu'il ne lui incombait qu'un devoir de contrôle des personnes qui pourvoyaient à la gestion, soit en l'occurrence le recourant 1 en tant que directeur général à l'époque. Or, un tel contrôle s'exerce généralement dans les mois qui suivent et certainement pas encore avant même que la créance soit échue. Aussi, il n'y a pas lieu de tenir le recourant 3 responsable du non paiement de la cotisation litigieuse. a) Les recourants 4 à 7 sont devenus administrateurs de la société le 10 juillet 2000 et ont démissionné en bloc le 21 juin 2001. Leur qualité d'organe de la société ne fait aucun doute. b) S'agissant de l'appréciation de leur faute, il convient de relever qu'en cas de délégation valable de la gestion à un ou plusieurs membres du conseil d'administration ou à un tiers, en application de l'art. 716b CO, l'administrateur ne répond pas personnellement des fautes commises par ses subordonnés, mais uniquement, en principe, de la "cura in eligendo, instruendo et custodiendo" (ATF 122 III 198 consid. 3a; RCC 1989 P. 116 consid. 4a). En l'espèce, en application de l'art. 1.13 du règlement de l'organisation de la XX\_\_\_\_\_, la direction des affaires courantes de la société était déléguée par le conseil d'administration à l'organe exécutif composé d'un directeur général et de directeurs de départements. La gestion directe de la société n'incombait donc pas aux recourants 4 à 7. Il y a dès lors lieu d'examiner s'ils ont manqué de diligence dans le choix, l'instruction et la surveillance des délégués et directeurs chargés de la gestion. En premier lieu, il n'appert pas que les recourants 4 à 7 aient commis une erreur manifeste en laissant la gestion directe de la société entre les mains du recourant 1 et 2, ainsi que les autres directeurs de la société. Concernant le recourant 2, qui a été choisi comme directeur général en 2000, il sied de relever qu'il avait été déjà directeur commercial de la XX\_\_\_\_\_ depuis 1996 et qu'il est dès lors à supposer qu'il la connaissait parfaitement et était à même de la gérer avec compétence. Son choix ne saurait dès lors être considéré comme une faute du conseil d'administration. S'agissant du devoir d'instruction et de surveillance, il convient en premier lieu de constater que, dès le début du mandat des administrateurs 4 à 7, la dette de cotisation a continuellement diminué. Elle était fin juin de 799'274 fr. 76. Le 30 mars 2001, elle ne s'élevait plus qu'à 247'327 fr. 81. A partir de ce mois, la situation financière de la société s'est cependant sérieusement aggravée et elle n'a plus été en mesure de payer les cotisations sociales courantes ni de respecter le plan de paiement pour l'arriéré. Toutefois, il résulte des procès-verbaux du conseil d'administration que celui-ci s'est réuni au moins tous les mois et a examiné à ce moment-là attentivement notamment si le résultat d'exploitation du budget prévisionnel correspondait au résultat réalisé. Ainsi, les administrateurs ont

sollicité, lors du conseil d'administration du 13 mars 2001, un budget prévisionnel réactualisé, lorsqu'ils ont constaté que le budget prévisionnel n'avait pas été atteint. Un budget révisé a été soumis aux recourants 4 à 7 lors de la séance du conseil d'administration du 5 avril 2001 et examiné à cette occasion. Par ailleurs, l'assemblée générale extraordinaire du 7 mars 2001 avait voté une augmentation de capital et, dans un premier temps, celle-ci semblait possible. Elle aurait permis à la société de palier au manque de liquidités auquel elle était confrontée dès mars 2001. Ce n'est que le 24 ou 25 avril 2001 que le conseil d'administration a appris de la Banque Julius Baer que celle-ci avait posé une condition supplémentaire pour financer l'augmentation de capital projetée. Le conseil d'administration s'est immédiatement réuni en date du 26 avril 2001 pour constater l'échec dans l'exécution de l'augmentation de capital, dans la mesure où il s'avérait impossible de remplir la condition de la banque, à savoir de trouver un apport minimum en espèces de 10 millions sous forme d'engagements de souscription fermes. Le conseil d'administration a en outre immédiatement convoqué une assemblée générale ordinaire pour le 2 mai 2001. Des procès-verbaux des séances du conseil d'administration, il résulte également que les recourants 4 à 7 se sont préoccupés du paiement des charges sociales. Ainsi, le procès-verbal du conseil d'administration du 25 avril 2001 indique "Le Conseil d'Administration rappelle sa décision précédente concernant la priorité de paiement qui doit être donnée aux salaires et aux charges sociales ... " (p. 2). Lors du conseil d'administration du 10 mai 2001, le recourant 1 leur avait expliqué qu'une entrée de l'ordre de 590'000 fr. devait intervenir dans les 15 jours et qu'environ 400'000 fr. de cette somme serait utilisé en priorité pour le paiement des charges sociales courantes et, dans la mesure du possible, les montants dus au titre des plans de paiement. Les administrateurs constatent ainsi "Sur la base de l'information communiquée par M. F \_\_\_\_\_, il apparaît que les salaires ainsi que les charges sociales courantes devraient pouvoir être réglés pour ce qui est des mois de mai à juin." (p.v. du 10.05.2001, p. 2). Enfin, après l'échec de l'augmentation de capital, les administrateurs 4 et 5 ne sont de loin pas restés inactifs et ont continué à chercher des solutions. Ainsi, le recourant 5 a essayé de relancer l'augmentation de capital à l'aide d'une structure financière nouvelle (p.v. du 10.05.2001 p. 3 ch. 4). Par ailleurs, il n'est pas contesté que les recourants 4 à 7 ont fait la proposition de nommer un nouveau directeur général à la tête de la société, proposition qui s'est toutefois avérée irréalisable, dans la mesure où elle aurait entraîné le départ de trois autres directeurs de la XX \_\_\_\_\_. A cela s'ajoute que les instructions du conseil d'administration avaient été suivies par le management de la société jusqu'en février 2001. Les recourants 4 à 7 ne devaient dès lors pas se douter immédiatement en avril 2001 que cela ne serait plus le cas par la suite. Sur la base des informations reçues, ils avaient également des raisons sérieuses de penser que la situation financière de la société, au niveau des liquidités, permettrait de payer les charges sociales dans un bref délai. Il ne pouvaient en effet pas se rendre compte que les rentrées financières attendues et annoncées par les recourants 1 et 2 prendraient tant de retard. Peu de temps après avoir dû constater l'échec de l'augmentation de capital et l'impossibilité de nommer un autre directeur général à la tête de la société, les recourants 4 à 7 ont démissionné. S'agissant plus précisément du recourant 5, l'intimée fait valoir que celui-ci était absent des séances du conseil d'administration de février à avril 2001. Cependant, il a participé très régulièrement à toutes les séances du conseil d'administration en l'an 2000 et encore à celle du 31 janvier 2001. Il est vrai qu'il était excusé pour les quatre séances du conseil d'administration suivantes. Cependant, dans la phase critique de la société, avant la démission en bloc des recourants 4 à 7, il était présent téléphoniquement lors des séances et

a participé en personne à la dernière du 10 mai 2001. En tout état de cause, il n'est pas établi que le recourant 5 aurait pu empêcher le non paiement des cotisations sociales dès mars 2001, en participant à toutes les séances du conseil d'administration. En effet, il disposait des mêmes informations que les recourants 4, 6 et 7. Le lien de causalité entre ses absences et le dommage fait ainsi défaut. Sur la base de l'ensemble des éléments évoqués ci-dessus, le Tribunal de céans considère que les recourants 4 à 7 ont entrepris tout ce qui était dans leur pouvoir pour s'assurer que les charges sociales de la société puissent être payées. Pendant toute la durée de leur mandat, ils ont en effet procédé aux contrôles qui leur incombent, notamment en comparant constamment leur budget prévisionnel avec les résultats réels et en enjoignant les personnes responsables de donner la priorité au paiement des charges sociales. Cela étant, aucune négligence grave ne saurait leur être reprochée. Partant, les recours des recourants 1 et 2 seront rejetés. Ceux des recourants 3 à 7 seront admis. Ces derniers obtenant gain de cause, une indemnité de 1'500 fr. est accordée à chacun d'eux à titre de dépens. PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant (conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ) A la forme : Déclare les recours recevables. Au fond : Rejette les recours des MM. M. F\_\_\_\_\_ et D. F\_\_\_\_\_. Admet les recours de MM. E\_\_\_\_\_, A\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_. Annule les décisions du 8 juillet 2005 de l'intimée les concernant. Condamne l'intimée à verser une indemnité de 1'500 fr. par personne à MM. M. E\_\_\_\_\_, A\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_, C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, à titre de dépens. 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 Claire CHAVANNES La présidente Maya CRAMER Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.