



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1580/2003

ATAS/195/2005

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**1<sup>ère</sup> chambre**

**du 8 mars 2005**

En la cause

**Monsieur et Madame A. et U. D\_\_\_\_\_**,  
domiciliés à Genève,  
mais comparant par Maître Robert SIMON en l'Etude  
duquel ils élisent domicile

recourants  
anciens administrateurs  
de X\_\_\_\_\_ SA  
(faillie)

contre

**CAISSE CANTONALE GENEVOISE  
DE COMPENSATION,**  
domicilié route de Chêne 54 à Genève

intimée

### **EN FAIT**

1. Selon l'extrait du Registre du commerce genevois, X\_\_\_\_\_ S.A. (ci-après la société) a été constituée en 1969 par 3 personnes dont A. D\_\_\_\_\_ en qualité d'administrateur, président et directeur ; il était au bénéfice d'une signature individuelle. Le 28 février 1995, A. D\_\_\_\_\_ en est devenu propriétaire par acquisition du capital actions et administrateur unique. U. D\_\_\_\_\_, épouse du précité, en a été l'administratrice du 26 septembre 1996 au 15 juin 1998 ; elle était au bénéfice d'une signature collective à deux.
2. Le 1<sup>er</sup> novembre 1996, la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION (ci-après la Caisse) adressait à la société une sommation concernant une somme de 19'199 fr. 30 due au 31 décembre 1995. Le 6 novembre 1996, la société adressait à la Caisse un courrier afin de présenter des excuses pour ne pas avoir acquitté la somme échue dans le délai imparti. Elle exposait s'être trouvée et se trouver encore dans une situation de trésorerie précaire due à des stocks surfaits et à une baisse, espérée momentanée, des affaires.
3. Le 28 avril 1997, la société adressait un courrier à la Caisse afin de solliciter un arrangement de paiement pour la somme de 46'213 fr. 80 due au 31 décembre 1996. Le 7 mai 1997, la Caisse accordait les facilités sollicitées à la société tout en précisant que le sursis consenti au paiement de l'arriéré était subordonné au paiement ponctuel des cotisations courantes ainsi qu'au respect du plan de paiement confirmé.
4. Le 16 octobre 1997, la société demandait à la Caisse d'accepter, à titre tout à fait exceptionnel, un report des dernières mensualités du plan de paiement. Elle exposait avoir pris d'importantes mesures pour diminuer ses frais généraux, mesures dont les effets étaient attendus pendant le premier trimestre de 1998.
5. Le 2 décembre 1997, le conseil d'administration de la société a déposé auprès du Tribunal de première instance de Genève un avis de surendettement assorti d'une demande d'ajournement de faillite.
6. Le 19 mai 1998, la Caisse a constaté un retard de paiement de 27'708 fr. concernant le solde des cotisations au 31 décembre 1996, et réclamé le paiement à la société.
7. Le 13 juillet 1998, la société a déclaré retirer son avis de surendettement au juge, ce aux motifs qu'elle avait réalisé un bénéfice d'exploitation pendant les cinq derniers mois et qu'elle avait pu conclure des conventions de postposition avec certains de ses créanciers. En possession des états financiers révisés de l'exercice 1998 et du rapport ad hoc de l'organe de révision, le juge compétent a, par

décision du 2 juillet 1999, notamment rejeté la demande d'ajournement de faillite et considéré qu'il n'y avait pas lieu de déclarer la faillite de la société.

8. Le 31 août 1998, une sommation concernant les sommes dues au 31 décembre 1997 a été adressée à la société pour une somme de 37'017 fr. 95. Le 22 septembre suivant, un plan de paiement était établi. Puis, un autre plan de paiement a été proposé par la société le 21 mai 1999 pour le règlement des cotisations dues à fin 1998. La Caisse l'a accepté, mais la société ne l'a pas respecté.
9. Le 24 mai 2000, la Caisse a constaté que le solde des cotisations paritaires dues au 31 décembre 1996 était soldé. Elle a en conséquence notifié à la société le montant des intérêts moratoires et frais en 6'270 fr. 05 tout en indiquant qu'elle radierait la procédure en cours auprès de l'Office des poursuites à réception de cette somme. Le 2 mai 2001, cette même somme faisait l'objet d'une sommation.
10. Le 20 novembre 2000, la Caisse adressait un courrier à la société concernant le non respect du plan de paiement établi le 22 septembre 1998. Elle réclamait le paiement d'un solde de 15'363 fr. Celui-ci n'ayant pas été réglé et le plan de paiement pas respecté, la Caisse a requis une poursuite pour les cotisations en retard au 31 décembre 1997, les frais et les intérêts moratoires au 31 décembre 2000. La société, soit pour elle A. D\_\_\_\_\_, a formé opposition au commandement de payer.
11. Le 11 juin 2001, la faillite de la société a été prononcée par le Tribunal de première instance de Genève.
12. Le 14 juin 2001, la Caisse adressait une nouvelle sommation portant sur les années 1996 à 2001 à la société.
13. Le 19 octobre 2001, la Caisse produisait définitivement un montant de 86'480 fr. 85 auprès de l'Office des poursuites et faillites Arve-Lac.
14. Le 20 mars 2002, la Caisse était informée par l'Office des poursuites et des faillites Arve-Lac que sa créance de cotisation était colloquée en deuxième classe pour la somme de 86'480 fr. 85, que l'état de collocation était déposé et qu'aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers chirographaires. Cet état de collocation a ensuite été modifié et déposé une seconde fois le 21 mai 2002.
15. Le 26 février 2003, deux décisions ont été rendues par la Caisse. L'une concerne l'épouse. Elle tient compte du fait qu'elle était, selon le registre du commerce, administratrice de la société faillie du 26 septembre 1996 au 15 juin 1998. Elle lui demande le paiement de 44'102 fr. 25, dont elle est considérée solidairement responsable avec son mari. Un décompte concernant les années 1996 et 1997 pour la somme totale de 44'102 fr. 25 est annexé à cette décision. Selon cette pièce, cette somme se compose de 6'408 fr. 05 aux titres de frais de sommation,

---

d'intérêts moratoires et de frais de poursuites pour l'année 1996 ; de 37'694 fr.20 aux titres de cotisations, frais de sommation, d'intérêts moratoires et de frais de poursuites pour l'année 1997. L'autre décision concerne son époux, le paiement de 84'151 fr. 25 lui est demandé dans les 30 jours. Un décompte détaillant le total de 84'151 fr. 25 par année de 1996 à 2001 est annexé à la décision. Selon cette pièce, cette somme se compose de 6'408 fr. 05 aux titres de frais de sommation, d'intérêts moratoires et de frais de poursuites pour l'année 1996 ; de 37'694 fr.20 aux titres de cotisations, frais de sommation, d'intérêts moratoires et de frais de poursuites pour l'année 1997 ; de 25'049.- fr. aux titres de cotisations, frais de sommation, d'intérêts moratoires et de frais de poursuites pour l'année 2000 et de 17'469 fr. 60 aux titres de cotisations, frais de sommation, d'intérêts moratoires et de frais de poursuites pour l'année 2001 soit un total de 86'620 fr. 85 dont 84'151 fr. 25 sont échus au 31 mai 2001.

16. Par pli du 10 mars 2003, l'intéressée a formé opposition à la décision de la Caisse. Elle a fait valoir qu'aucun dommage n'était réalisé, la faillite n'étant pas clôturée. Elle a souligné avoir démissionné de son poste d'administratrice le 31 décembre 1997, date à laquelle la société n'était ni au bénéfice d'un sursis concordataire, ni en faillite.
17. Le 10 mars 2003, son conjoint a formé opposition par pli recommandé adressé à la Caisse. Il a exposé ne pas comprendre que la décision lui réclamant le remboursement de 84'151 fr. 25 soit fondé sur l'état de collocation publié le 20 mars 2002 au motif que selon celui-ci le dividende prévisible serait de 0%. Il a par ailleurs contesté la quotité des sommes réclamées, dans la mesure où, selon lui, celle de 84'151 fr. 25 était cumulée à celle de 44'102 fr. 25 demandée à son épouse. Or, le montant ainsi obtenu était plus élevé que le total des cotisations reconnues dues, soit 84'151 fr. 25. Il a enfin contesté le mode d'imputation utilisé par la Caisse pour attribuer les sommes versées sur les sommes dues. Il a conclu à l'annulation de la demande de paiement.
18. Le 10 avril 2003, deux décisions sur opposition ont été rendues par la Caisse et notifiées par lettre signature (LSI) aux intéressés. L'une concerne l'administratrice. Son dispositif déclare l'opposition recevable puis confirme la décision du 23 février 2003 la concernant en tant qu'elle lui demande le paiement de 44'102 fr. 25. La seconde décision sur opposition concerne son époux. Il lui est reproché d'avoir engagé sa responsabilité d'administrateur notamment en ne payant pas les cotisations échues, en ne respectant pas les plans de paiement échelonnés proposés, en versant des cotisations trop faibles par rapport aux salaires versés et d'avoir omis de reverser les retenues jusqu'à menace de dénonciation pénale. Par ailleurs, cette décision relève que les difficultés économiques ou la perte de clients ne permettent pas de justifier le non-paiement des cotisations sur une si longue durée. Les manquements imputés aux organes sont de ne pas avoir pris les mesures que la situation imposait. Son dispositif

déclare l'opposition recevable puis confirme la décision du 23 février 2003 le concernant en tant qu'elle lui réclame le paiement de 84'151 fr. 25.

19. Le 12 mai 2003, les deux administrateurs ont, chacun par pli recommandé séparé adressé à la Commission cantonale de recours AVS/AI alors compétente, formé recours contre la décision sur opposition de la Caisse les concernant. Ils ont exposé que le dossier concernant la faillite était pendant auprès des offices des poursuites et faillites de Genève. En conséquence, ils estimaient qu'ils n'avaient aucune raison de payer quoi que ce soit. L'époux a contesté l'existence d'une négligence grave. Il a souligné que les cotisations des exercices 1998 et 1999 avaient été intégralement versées ; que la somme due pour 1996 était constituée de frais et d'intérêts et celle pour 1997 due à un complément exigé sur la base des attestations de salaire. Il a encore relevé avoir déjà mentionné ne pas comprendre pourquoi les versements effectués en 1998 et 1999 n'avaient pas été utilisés pour couvrir des cotisations dues antérieurement. Concernant les années 2000 et 2001, il a argué que les difficultés sont apparues en 2000 et que sa seule erreur a été « de n'avoir pas arrêté plus tôt, espérant toujours pouvoir sauver la société et les emplois en question ».
20. Le 16 juillet 2003, la Caisse s'est déterminée sur les recours datés du 12 mai 2003.
21. La cause a été transmise d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales le 1er août 2003.
22. Le 25 août 2003, Me Robert SIMON, avocat, s'est constitué avec élection de domicile pour la défense des intérêts des deux recourants. Il a, en annexe de son écriture, remis les comptes de la société pour les années 1995 à 2001, notamment. Il a fait valoir plusieurs griefs tant de forme que de fond à l'encontre des décisions rendues. Il a soutenu que la motivation des premières décisions est insuffisante et ne permet pas de déceler les motifs retenus au titre de négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS. Il a soutenu que les mesures que pouvaient ou devaient prendre ses mandants ne sont pas exprimées suffisamment clairement pour leur permettre de comprendre en quoi ils ont failli dans la gestion en ne payant pas les cotisations sociales dues et ainsi engagé leur responsabilité. Il a allégué que l'épouse n'avait pas titre de directrice et donc pas la responsabilité de la gestion de l'entreprise qui incombait à son seul mari auquel elle était fondée à faire confiance. Quant à ce dernier, il soutient qu'il a investi ses biens et ceux de proches afin d'assurer la pérennité de la société et des emplois et ainsi perdu davantage encore que la Caisse.
23. Le 1<sup>er</sup> octobre 2003, la Caisse a, dans le délai qui lui avait été imparti à cet effet, formulé des observations. Elle a notamment relevé que les motivations effectivement sommaires de ses décisions contenaient tous les éléments

---

nécessaires à la compréhension de chacune des demandes en paiement fondées sur l'art. 52 LAVS. Elle a rappelé que ses décisions sur opposition répondaient aux griefs soulevés. Elles comportaient l'indication des bases légales que la Caisse considère que les recourants ont violées. La Caisse s'est enfin déterminée sur le mode d'imputation retenu. A cet égard, elle a précisé que les paiements s'effectuent au moyen de bulletins de versements pré libellés. Ils comportent la mention des périodes concernées. Ceci induit l'attribution des paiements reçus aux périodes mentionnées dans le libellé. La Caisse a en conséquence persisté dans les conclusions de ses décisions sur opposition et demandé leur confirmation.

24. Le mardi 25 mai 2004, une audience de comparution personnelle a eu lieu. Lors de celle-ci les recourants ont exposé ne pas avoir reçu de nouvelles de l'Office des faillites et poursuites concernant la liquidation de la faillite de la société. Ils ont précisé que de 1996 à 1999 la société employait quatre personnes à Marly et cinq à Genève, ce dernier chiffre ayant baissé à deux par la suite. Pour sa part, l'administratrice a exposé avoir une formation commerciale et avoir été mise au courant des affaires de la société par la fiduciaire. Concernant les paiements effectués et les modalités de leur imputation, les recourants ont précisé qu'ils s'acquittaient des versements au moyen de bulletins pré-remplis par la Caisse et que lorsqu'ils les complétaient eux-mêmes, soit en cas de paiements échelonnés, ils ne précisaient pas les périodes concernées par leurs versements. Pour sa part, la Caisse a précisé que les bulletins pré-imprimés sont informatisés et qu'ils comportent usuellement la période, le montant étant généralement complété par la société, sauf en cas de plan de paiement. Les deux parties ont dit persister dans leurs conclusions respectives.
25. Suite à cette audience, le Tribunal de céans a interpellé l'Office des faillites afin de connaître l'état de la procédure de liquidation de la faillite.
26. L'Office des faillites a répondu par courrier du 28 juin 2004 en envoyant l'état de collocation et en attirant l'attention de Tribunal sur le fait qu'une revendication de 80'000.- faisait l'objet d'un examen approfondi.
27. Le 30 juillet 2004, les recourants se sont, par deux écritures de même teneur, déterminés suite au courrier de 28 juin 2004 de l'Office des faillites. Ils ont repris le détail des chiffres fournis par l'Office et ont contesté qu'ils puissent permettre à la Caisse d'établir un dommage. Ils ont pris des conclusions additionnelles en ces termes : « Si par impossible Mme D \_\_\_\_\_ et/ou M. D \_\_\_\_\_ devai(en)t être condamné(s), que votre Tribunal ordonne leur subrogation, à concurrence de leur(s) paiement(s), dans les droits de la Caisse, « pari passu » avec tous les créanciers 2<sup>ème</sup> classe et, en cas de paiement partiel, en concours « pari passu » avec la Caisse pour le solde éventuel de la créance de la Caisse. » puis repris leurs griefs antérieurs. Ils ont également sollicité une audience de plaidoirie de 20 à 25 minutes afin de développer des arguments au nom de

l'administratrice. Ceux-ci incluaient notamment que le fardeau de la preuve appartenait à la Caisse ; que les griefs de la Caisse à l'encontre de la défenderesse étaient imprécis dans la mesure où ils n'indiquaient pas quels actes concrets elle aurait omis qui seraient constitutifs de faute grave. Il était encore allégué qu'aucun dommage n'était prouvé par la Caisse, cette dernière n'ayant pas produit toutes les factures envoyées depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1996, tous les paiements reçus depuis cette même date, un décompte détaillé mettant en lumière les imputations et la base légale appliquée pour ces dernières.

28. Le 19 août 2004, la Caisse communiquait ses observations. Elle indiquait, confirmant en cela les dires de Me SIMON, qu'à défaut d'inventaire le dividende ne pouvait être évalué de manière exacte. Elle précisait qu'à l'évidence ce dividende ne serait que très partiel et, cas échéant, serait à imputer sur ses prétentions.
29. Le 29 novembre 2004, une audience a été convoquée afin de donner aux parties la possibilité de s'exprimer. La Caisse a demandé au Tribunal d'excuser son absence. Pour sa part le Conseil des époux a refusé la convocation qui indiquait « audience de comparution personnelle » et sollicité, conformément à ses dernières conclusions, une audience de plaidoirie. Les convocations ont été annulées.
30. La cause a été convoquée le 31 janvier 2005 pour une dernière audience de comparution personnelle et de plaidoirie en présence des trois juges siégeant dans la présente cause. A l'issue de l'audience à laquelle le Conseil des recourants a plaidé, la cause a été gardée à juger.

### **EN DROIT**

1. 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 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.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch.1 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article

---

56 LPGA qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. L'article 82 alinéa 1 du règlement sur l'assurance vieillesse et survivants du 31 octobre 1947, qui régissait les effets du temps sur une créance en réparation du dommage, a été abrogé à la suite de l'entrée en vigueur de la LPGA, le 1er janvier 2003. La question est désormais réglée par l'art. 52 al. 3 LAVS. Selon cette dernière disposition, le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus. L'employeur peut renoncer à invoquer la prescription. Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (FF 1994 V p. 964 sv., 1999 p. 4422, cité in ATF H/96/03 du 30/11/2004, notamment).

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

En cas de faillite ou de concordat par abandon d'actifs, la caisse n'a pas nécessairement connaissance du dommage au moment seulement où elle peut consulter le tableau de distribution et le décompte final établis par l'Office des faillites ou le liquidateur, ou à la date à laquelle elle reçoit un acte de défaut de biens. En effet, celui qui subit une perte dans une faillite ou dans une procédure concordataire et veut intenter une action en dommages et intérêts a, en général, selon la pratique des tribunaux, déjà suffisamment connaissance du dommage, au moment où la collocation des créances lui est notifiée, ou à celui où l'état de collocation et l'inventaire ont été déposés et peuvent être consultés. A ce moment-là, le créancier est, ou devrait être en général, en mesure de connaître l'état des actifs, la collocation de sa créance et le dividende probable (cf. ATF 116 II 161, consid. 4a ; RCC 1990 page 415 ; RCC 1987, p. 607).

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

au moment où, eu égard à l'insolvabilité de l'employeur, les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire. (cf. MAURER Schweizerisches Sozialversicherungsgesetz, volume II p. 69).

L'ouverture de la faillite ne permet cependant pas, à elle seule, de savoir si la créance est irrécouvrable. Ainsi, lorsque la liquidation de la faillite a été suspendue faute d'actif, le dommage est réputé survenu à ce moment-là (ATF 103 V 122, consid. 4 ; RCC 1978, p. 260). Il s'agit du moment où, de manière officielle, la faillite a été déclarée infructueuse (cf. RCC 1973, p. 78, consid. 2). A cet égard, peu importe que l'acte formel qui constitue l'ordonnance de suspension de la liquidation de la faillite mette fin à cette procédure. Est seul décisif le fait que, en prononçant cette mesure, le juge établit l'absence de biens à liquider et deniers à distribuer aux créanciers et qu'il s'ensuit une perte de la créance de cotisations de la caisse (cf. ATF 108 V 52, consid. 5 ; RCC 1983, p. 109).

En l'espèce, la faillite de la société a été prononcée le 11 juin 2001 et publiée dans la FAO du 20 mars 2002. C'est donc à ce moment-là que la Caisse a eu connaissance du fait qu'elle risquait de subir un dommage. Dès lors, par son action notifiée aux intéressés le 26 février 2003, elle a respecté le délai (art. 52 al. 3 LAVS).

Les intéressés ont formé opposition le 10 mars 2003, soit dans les 30 jours à compter de la notification de la décision. Ils ont ensuite reçu les décisions sur opposition du 10 avril 2003 et formé recours le 12 mai 2003, en respectant la forme et le délai légaux (art. 60 al.1 LPGA).

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

La procédure en réparation du dommage fondée sur l'art. 52 LAVS est soumise à des règles particulières, énoncées par l'art. 61 a LPGA. Cette procédure, dominée par le principe inquisitoire, doit être simple, rapide, en règle générale publique et gratuite pour les parties.

Il convient de préciser que la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants. Toutefois, 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 « assurances », sans que cela n'entraîne un changement quand aux conditions de la responsabilité de l'employeur (ATF 129 V 13 sv. consid. 3.5). Le juge apprécie la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état

---

de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue (cf. ATF 121 V 366 consid. 1b). Le cas présent fait suite aux décisions qui ont été rendues par la Caisse le 26 février 2003 et plus particulièrement aux décisions sur opposition du 10 avril 2003. Dès lors, ce sont les dispositions entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003 qui s'appliquent.

- 4b) En l'espèce, les recourants soulèvent le grief de manque de motivation des décisions prises par la Caisse. Le moyen soulevé ici se confond avec celui de la violation du droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst qui implique également pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision (ATF 126 I 102 consid. 2b). La motivation d'une décision est suffisante lorsque l'intéressé est mis en mesure d'en apprécier la portée et de la déférer à une instance supérieure en pleine connaissance de cause (ATF 125 II 369 consid 2 c. p. 372 ; 122 IV 14 consid. 2c). Il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé son prononcé, sans qu'elle soit tenue de répondre à tous les arguments avancés (ATF 121 I 54 consid. 2c p. 57 ; SJ 1994 p. 163 consid. 1b). L'étendue de l'obligation de motiver dépend de la complexité de la cause à juger (ATF 111 Ia 4 consid. 4b). La jurisprudence admet également que tous les arguments soulevés par les parties n'ont pas à être discutés de manière détaillée, ni à être chacun réfuté expressément (ATF 129 I 232 consid. 3.2. p. 236 et les réf.). En l'occurrence, les recourants reconnaissent que pour chacun d'eux une décision séparée a été notifiée et qu'elle comporte les éléments pertinents tels que le montant du dommage, les périodes distinctes pour chacun pour des motifs énoncés, et les bases légales appliquées. C'est donc en vain que ce grief est soutenu. La lecture des décisions entreprises ne permet en effet pas d'établir l'oubli allégué. De surcroît, les recourants ont pu prendre connaissance des écritures subséquentes de la Caisse, ce qui répare l'éventuel manque de motivation allégué relatif aux premières décisions émises par la Caisse. Enfin, il y a lieu de relever que les recourants ont admis que ce vice est réparable avant de soutenir que l'instance de céans se doit de casser les décisions et de renvoyer la cause à la Caisse pour qu'elle répare son oubli. Déférer à cette demande de renvoi, contradictoire en soi, serait faire fi de l'économie de procédure.
- 4c) Dans la mesure où les recourants ont par ailleurs conclu que l'autorité de céans « ordonne leur comparution personnelle », il se justifiait, comme cela a été fait, de donner suite à cette dernière conclusion qui leur a permis, lors de l'audience du 25 mai 2004, de faire valoir leur droit d'être entendu, de respecter les principes sus rappelés.
5. D'après l'art. 52 al. 1 LAVS, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation. Il s'agit d'une responsabilité pour faute relevant du droit public (ATF 108 V 186 consid. 1b ; RCC 1985 p. 602, consid. 2). C'est sur cette disposition que la Caisse fonde ses prétentions.

Si l'employeur est une personne morale, telle que, dans le cas qui nous occupe, une société anonyme au sens des articles 620 ss CO, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom (ATF 123 V 15 consid. 5b ; VSI 1997 p.216 ; ATF 122 V 66 consid. 4a = VSI 1996 p. 231; ATF 119 V 405 consid. 2 et les références = VSI 1994 p. 212). Par « organe » il faut entendre toute personne physique qui représente la personne morale à l'extérieur ou qui peut exercer une influence décisive sur le comportement de celle-ci (cf. chiffre 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le TFA s'est toujours référé à l'article 754, premier alinéa, en corrélation avec l'article 759, premier alinéa du CO. Conformément à ces articles, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion du contrôle, répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elle leur cause en manquant intentionnellement ou par négligence à leur devoir et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Sont réputés chargés de l'administration de la gestion au sens de l'article 756 CO « non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels, mais également les personnes qui prennent effectivement les décisions relevant des organes, ou qui assument la gestion proprement dite ayant ainsi une part prépondérante à la formation de la volonté au sein de la société » (cf. ATF 107 II 353, consid. 5a ; ATF 112 II 1985). Dans le cas présent, les deux recourants étaient membres du conseil d'administration, avec les pouvoirs et les responsabilités qui y étaient liés. A ce titre, ils ne peuvent exonérer l'un d'entre eux de sa responsabilité au motif qu'il ne participait pas à la gestion de la société, celle-ci résultant d'un devoir légal.

Il n'est pas contesté que les deux recourants ont agi, à des titres différents qui seront détaillés ci-après, en qualité d'organe de la société. Le caractère subsidiaire de la responsabilité des organes d'une personne morale signifie que la caisse de compensation ne peut agir contre ces derniers que si le débiteur des cotisations sociales (la personne morale) est devenu insolvable (ATF 123 V 16 consid. 5b = VSI 1997 p. 216 ; ATF 121 III 384.consid. 3bb ; ATF 113 V 256 = RCC 1988 p. 136 ; ATF 111 V 172 = RCC 1985 p. 649; RCC 1985 p. 602 et 646, notamment). Or, cette condition de la subsidiarité est, dans le cas particulier, réalisée dans la mesure où la faillite a été prononcée le 11 juin 2001 par le Tribunal de première instance et en conséquence la société dissoute.

La condition essentielle de l'obligation de réparer le dommage consiste, selon le texte même de l'art. 52 al. 1 LAVS, dans le fait que l'employeur a, intentionnellement ou par négligence grave, violé des prescriptions et ainsi causé un préjudice. L'intention et la négligence grave constituent différentes formes de la faute. Le législateur a distingué l'intention ou dol, soit le cas où la personne a conscience et volonté de la violation, de la négligence, faute non intentionnelle caractérisée comme un manque de diligence dû à l'inertie de la volonté qu'il a en l'espèce qualifiée par un degré de gravité.

- 6a) Il y a d'abord lieu, pour chacun des deux recourants, d'examiner séparément si au vu des circonstances particulières ils réalisent les conditions permettant à la Caisse d'agir à leur encontre, soit s'ils ont adopté un comportement fautif injustifié, ou agi intentionnellement ou par une négligence grave dans leurs tâches d'administrateurs.

De jurisprudence constante, le TFA a reconnu qu'il y avait négligence grave lorsque l'employeur ne se conformait pas à ce qui pouvait être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (cf. RCC 1972, p. 690). La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard, doit donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité et de gestion, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé.

- 6b) Le recourant a, à la fois, été l'actionnaire, l'administrateur et le directeur de la société. C'est à ces divers titres, qui font de lui un « organe » qu'il est recherché en responsabilité par la Caisse en application de l'art. 52 LAVS. Il invoque plusieurs excuses pour justifier sa manière d'agir pendant sa présidence du conseil d'administration. Il y a lieu de déterminer s'ils établissent son absence de faute et de négligence grave.

Il peut arriver qu'en retardant le paiement de cotisations, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie, par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie ou de dettes urgentes envers des fournisseurs. Il convient cependant, pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'art. 52 al. 1 LAVS, que l'on puisse admettre que l'employeur avait des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pouvait à court terme sauver son entreprise et s'acquitter de sa dette dans un délai raisonnable, évitant de cette manière qu'un dommage ne soit causé à la caisse de compensation, ainsi qu'aux autres créanciers. Dans de telles circonstances, la négligence grave sera niée, même en cas d'échec des mesures d'assainissement (cf. RCC 1985, p. 602ss). Tel n'est toutefois pas le cas en l'occurrence, ainsi qu'il va l'être démontré ci-dessous.

L'une des objections du recourant est qu'en ne payant pas les cotisations il a préservé des emplois. Lors de l'audience de comparution personnelle il a exposé que la société employait quatre puis deux personnes. Alarmé par la situation, il a préféré continuer l'activité. Il a ainsi opté pour des mesures qu'il croyait aptes à assurer la survie de l'entreprise. Il l'a sciemment fait au détriment du respect de ses obligations légales. Or, c'est précisément ce qui lui est reproché. L'assurance sociale n'a pas à assumer les risques inhérents à la survie d'une entreprise lorsque celle-ci, comme en l'espèce ne vit pas une difficulté passagère, mais durable. L'option choisie par le recourant n'était pas fondée sur une appréciation raisonnable. La déclaration de faillite démontre que la société n'a pas eu à faire face à un manque passager de liquidités mais à des difficultés beaucoup plus

sérieuses qui nécessitaient un véritable assainissement. Même s'il prétend avoir eu des raisons de croire à la possibilité d'un redressement, et si cela a été appuyé par une décision judiciaire rendue en 1998 en raison principalement d'une demande de retrait, sa faute reste grave car il devait, au vu de la situation et de sa durée, craindre sérieusement un échec. Dans ce contexte, la poursuite de l'exploitation constituait une négligence grave.

S'il est exact que des arriérés de cotisations ont été payés, il a ensuite été accumulé de nouveaux retards et les engagements pris n'ont, à moult reprises, pas été respectés. Les retenues de nouvelles cotisations sur les salaires de son personnel n'ont pas été complétées par la part patronale et l'ensemble des sommes dues n'a pas été versé à la caisse. Les plans de paiement sollicités par la société qui en fixait elle-même les modalités n'ont pas été respectés. L'on ne saurait, comme le fait le recourant, reprocher à la Caisse sa clémence envers la société. Elle a, au vu des arguments développés dans les lettres de la société, été attentive à lui permettre de redresser la situation. Elle a accordé crédit à ses explications et à ses assurances en donnant suite à ses demandes d'échelonnement des paiements qui pouvaient sembler raisonnables. La Caisse n'a pas d'emblée pu relever que les déclarations de salaires établies par la société étaient sous estimées et qu'en conséquence les acomptes versés étaient inférieurs aux montants des cotisations. La responsabilité de ses déclarations puis de l'irrespect des plans successifs de paiement ne peut qu'incomber à la société.

Une autre objection est la reprise en détails des résultats de chaque exercice et leur mise en regard des cotisations réclamées. Il en ressort, selon le recourant, que lorsque les résultats financiers de l'exercice étaient positifs, les cotisations sociales étaient payées, mais que tel n'était pas le cas lorsque les résultats ne le permettaient pas. Il n'explique toutefois pas, comme le relève à juste titre la Caisse, pourquoi les sommes dues au titre d'intérêts de retard pour l'exercice 1996 correspondant à une somme de 6'408 fr. 05 et les cotisations échues en 1997 soit 37'694 fr. 20 n'ont pas été payées malgré les bons résultats des exercices 1998 (124'270 fr.) et 1999 (59'753 fr.). En effet, seules les cotisations courantes de ces deux exercices ont été acquittées alors qu'il résulte des chiffres qui précèdent que la société aurait pu s'acquitter de son dû pour 1996 et 1997 et rester dans les chiffres noirs. Les plans de paiements étaient clairement subordonnées à l'acquittement des cotisations courantes et au respect des engagements pris quant à l'échelonnement du paiements des montants en retard. En laissant ainsi en souffrance les créances échues de la Caisse, le recourant a violé ses devoirs.

Par ailleurs, il objecte avoir affecté au sauvetage de la société, ainsi que certains de ses proches, de fortes sommes prises sur leurs deniers personnels, sommes qu'ils ont perdues alors même qu'ils n'étaient pas tenus de les engager. Il s'avère qu'il a ainsi maintenu la survie de l'entreprise pendant plusieurs mois, sans pour autant lui éviter la faillite et sans amoindrir le dommage pour la Caisse. Il a déjà

été jugé que le fait que des administrateurs aient eux-mêmes subi des pertes dans la faillite de leur société n'exclut pas leur négligence (ATF du 30/11/2004 op. cit.).

Enfin, le recourant invoque une faute concomitante de la caisse au motif qu'elle n'a pas poursuivi la société avec toute la diligence voulue en vue d'encaisser les cotisations arriérées.

La jurisprudence admet la réduction de l'obligation de réparer le dommage en raison d'une faute propre de la caisse de compensation intéressée (ATF 122 V 185), ce notamment lorsque la caisse accorde un sursis au paiement de cotisations sociales et n'en poursuit pas l'encaissement à temps, en violation de ses obligations légales. La violation de ces obligations doit être constitutive de négligence grave et être en relation de causalité avec le dommage subi (ATF 122 V 189, consid. 3c).

Dans le cas présent, la caisse a envoyé des rappels et des sommations ; elle a établi, sur demande de la société, des plans de paiement. Elle a introduit des poursuites, après avertissement, lorsqu'elle a constaté que ces plans n'étaient pas respectés. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de retenir qu'elle aurait gravement négligé son obligation d'exiger le paiement des cotisations et d'en poursuivre l'encaissement. Une faute concomitante ne saurait être retenue.

Dans la mesure où ces objections ne s'avèrent pas justifier ou excuser le dommage créé, elles sont vaines. Il doit être retenu que le recourant a agi de manière fautive ou tout le moins par négligence grave. A ce titre, il encourt la responsabilité prévue par l'art. 52 LAVS. La décision prise par la caisse à son encontre doit être confirmée.

- 6c) Pour sa part, la recourante admet avoir été membre du conseil d'administration et, à ce titre, organe de la société au sens formel. Sa période d'activité en cette qualité s'étend sur la période du 26 septembre 1996 au 15 juin 1998.

Elle expose, sans que cela soit pertinent, avoir accepté cette charge au seul motif que le recourant pensait, à tort, qu'il fallait au moins deux personnes au conseil d'une société suisse. Elle nie avoir pris des décisions réservées aux organes ou s'être chargée de la gestion sociale proprement dite. Elle conteste avoir participé de manière décisive à la formation de la volonté de la société. Elle soutient avoir fait toute confiance à son mari. Elle allègue implicitement n'avoir pas eu la possibilité d'empêcher le dommage vu sa méconnaissance des affaires sociales et voit dans ce qui précède un moyen de s'exonérer de toute responsabilité. En cela, elle soutient qu'une faute ne peut être reconnue comme telle que si le membre du conseil d'administration a la possibilité d'influencer la marche des affaires, soit par certains actes, soit par l'omission de ceux-ci.

La recourante a toutefois admis en audience de comparution personnelle le 25 mai 2004, qu'elle a une formation commerciale et que la fiduciaire l'a mise au courant des affaires de la société.

Il faut, pour retenir l'intention ou la négligence grave de la recourante, que la violation de ses devoirs présente une certaine gravité de sa part en tant qu'organe. Il y a lieu de déterminer si la recourante, en sa qualité de membre du conseil d'administration de la société faillie, avait ou au moins aurait du avoir connaissance de la dette de cotisations impayées. Si elle s'est accommodée de cette situation alors une négligence grave pourra lui être imputée et en conséquence sa responsabilité, telle que soutenue par la caisse, retenue, entraînant l'obligation de réparer le dommage.

Selon la jurisprudence, celui qui entre dans le conseil d'administration d'une société a le devoir de veiller tant au versement des cotisations courantes qu'à l'acquittement des cotisations arriérées, pour une période pendant laquelle il n'était pas encore administrateur. En règle générale, il y a dans les deux cas un lien de causalité entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations, de sorte que l'administrateur répond solidairement de tout le dommage subi par la caisse de compensation en cas de faillite de la société (RCC 1992 p. 262, 268 sv. consid. 7b). Mais lorsque la société est déjà surendettée au moment où l'administrateur est entré en fonction, celui-ci ne peut être tenu pour responsable, au plus, que du dommage résultant de l'augmentation de la dette de cotisations envers la caisse jusqu'au moment de la faillite, les tentatives de redressement financier de la société ayant échoué. Il n'y a plus lieu en effet de retenir un lien de causalité entre les cotisations impayées, pour des salaires versés avant son entrée au conseil d'administration, et le dommage subi par la caisse (ATF 119 V 405 ss. consid. 4). Les intérêts moratoires pour l'arriéré de cotisation, courus depuis l'entrée dans le conseil d'administration, sont cependant inclus dans le dommage (ATF 119 V 408 consid. 4d).

A cet égard, il y a lieu de souligner que la période pour laquelle la recourante est recherchée en responsabilité est celle du 26 septembre 1996 au 15 juin 1998. Or, il ressort des faits établis qu'une sommation a été notifiée à la société en novembre 1996 déjà ; qu'un plan de paiement était établi en mai 1997 et non respecté ; que le 2 décembre 1997, en proie à des difficultés, le conseil d'administration de la société a bien déposé auprès du Tribunal de première instance de Genève un avis de surendettement assorti d'une demande d'ajournement de faillite mais que le 13 juillet 1998, soit peu après la sortie de la recourante de la société, cette dernière a déclaré retirer son avis de surendettement. Or, c'est pendant cette période que la recourante était administratrice et que les cotisations qui lui sont réclamées aujourd'hui par la Caisse dans la présente procédure, et plus particulièrement les intérêts moratoires des cotisations échues à fin décembre 1996, ont été laissées impayées. La recourante ne saurait s'exonérer de toute responsabilité pour cette

période. Elle ne saurait davantage soutenir avec succès qu'elle n'était qu'une épouse, sans lien réel avec la société malgré sa qualité d'administratrice car le fait d'accepter un mandat d'administrateur sans exercer les pouvoirs et les devoirs inhérents à cette charge constitue une faute grave (ATFA du 7 avril 1993, cause C.B ; D.D ; RCC 1989 p. 114 ; RCC 1987 p. 620 ; RCC 1983 p. 153).

Il a été retenu en 1988 que lorsqu'un membre du conseil d'administration est effectivement exclu de la gestion, son statut d'organe de la S.A. reste intact jusqu'à ce qu'il ait été relevé de ses fonctions par l'assemblée générale. Par conséquent, son devoir de surveillance concernant l'accomplissement de l'obligation légale de payer des cotisations doit être jugé d'autant plus sévèrement. La passivité en dépit de la connaissance (éventuelle) de l'absence de paiement de cotisations dues doit être considérée comme une inobservation, par négligence grave, des prescriptions correspondantes (RCC 1989 p. 114 ss).

Il a par ailleurs été jugé qu'un manquement aux obligations de l'organe peut ne pas être grave, par exemple, lorsque la durée pendant laquelle les cotisations sont restées en souffrance est relativement courte (cf. arrêt n.p. H 61/93 qui portait sur une durée de 3 mois). Mais il convient toujours d'apprécier, dans le cas particulier, toutes les circonstances concrètes. La durée de l'infraction est donc l'un des critères d'évaluation qui doit être pris en compte lors de cette appréciation globale. Ce critère peut constituer, selon la jurisprudence, un motif parmi d'autres permettant de nier l'obligation de réparer le dommage (VSI 1999 p. 228 s. ; ATF 108 V 186 s. = RCC 1983 p. 100 consid. 1b ; ATF 108 V 200 s. = RCC 1983 p. 106 consid. 1). Dans le cas présent, la durée du mandat d'administratrice de la recourante est de quelques 20 mois. Cette jurisprudence ne saurait, au vu de la durée de son mandat, lui être appliquée.

Il a également été admis que lorsque les tâches sont réparties entre plusieurs organes, on ne peut exiger que chaque membre du conseil d'administration connaisse chaque affaire en particulier aussi bien que le président du conseil, seul organe exécutif de l'entreprise ou le président dudit conseil qui sait ou devrait à tout le moins savoir au regard de sa position, par quelque moyen que ce soit, que l'obligation de s'acquitter des cotisations qui incombe à la société n'a pas été observée au mépris des prescriptions légales ATF 108 V 202). Toutefois, même un membre exclu ou maintenu à l'écart de la gestion reste tenu de surveiller les personnes qui gèrent la société jusqu'à ce qu'il soit relevé de ses fonctions.

De surcroît, le Tribunal fédéral des assurances a eu l'occasion de juger que la personne qui entre dans un conseil d'administration comme « homme de paille » ne fait pas usage de ses droits et obligations de contrôle au sens de l'art. 716a ch. 5 CO, notamment et commet une négligence grave (RCC 1986 p. 421). Il ressort des faits invoqués par les recourants que cette dernière jurisprudence peut s'appliquer à l'épouse recourante puisqu'elle a laissé le soin à son mari de gérer et

diriger la société en violation de ses obligations légales d'administratrice. Elle ne saurait se prévaloir d'avoir laissé son mari agir dans le cadre du pouvoir du chef de famille.

Par ailleurs, la recourante invoque la possibilité de déléguer l'exercice d'une attribution prévue à l'art. 754 al. 2 CO pour s'exonérer de toute responsabilité au détriment de son époux. Elle ignore que cette disposition n'exonère pas l'organe qui ne prouve avoir pris, en matière de surveillance notamment, tous les soins commandés par les circonstances. Or, en l'espèce, dès son accession à l'administration, la recourante aurait pu et du savoir que les cotisations faisaient l'objet de sommations et que les plans de paiements n'étaient pas respectés. C'est en ces manquements que la faute de la recourante est grave et qu'elle justifie les prétentions de la Caisse.

La recourante objecte que si les montants versés avaient été imputés différemment, les sommes dues pour les années 1996 et 1997 auraient pu être soldées. Ainsi seules les cotisations dues pour les années postérieures à son mandat d'administratrice seraient en souffrance. La période pendant laquelle la recourante a été administratrice serait couverte par les paiements effectués. La recourante serait de ce fait libérée de l'action en responsabilité fondée sur l'art. 52 LAVS par la Caisse.

La recourante oublie toutefois que selon l'art. 86 al. 1 CO, le débiteur qui a plusieurs dettes à payer au même créancier a le droit de déclarer, lors du paiement, laquelle il entend acquitter. L'alinéa 2 de cette même disposition précise toutefois que, faute de déclaration de sa part, le paiement est imputé sur la dette que le créancier désigne dans la quittance, si le débiteur ne s'y oppose immédiatement. Or, il ne ressort pas des pièces versées à la procédure que, lors des versements, des instructions sur la manière de procéder aux imputations aient été données. La pratique de la Caisse est, selon les déclarations de sa représentante, de libeller les bulletins de versement en précisant les périodes d'imputation. Dans la mesure où de tels bulletins de versement ont été utilisés, sans modification, les imputations aux périodes indiquées ont été tacitement acceptées. Les recourants ne sauraient dès lors se prévaloir de leur propre imprécision concernant les imputations, qu'ils allèguent avoir souhaitées mais admettent n'avoir pas énoncées, lors de leurs versements pour contester la manière de faire de la Caisse.

7. Il est encore lieu de rappeler que l'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances a déclaré, à réitérées reprises, que celui qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 195 consid. 2a et les références). Dans le cas d'espèce, il est établi qu'avant de réaliser partie de ses obligations, la société a reçu une sommation puis

---

une menace de plainte pénale. S'il est exact que la société a payé des arriérés de cotisations, elle a ensuite accumulé de nouveaux retards et n'a pas respecté les engagements pris. Elle a retenu de nouvelles cotisations sur les salaires de son personnel mais n'a pas complété ces sommes par sa propre part et pas versé l'ensemble à la caisse comme elle le devait.

8. Il y a ensuite lieu de voir si les comportements ci-dessus admis comme constituant pour le moins une négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS ont induit un dommage ; ce que les recourants contestent et, cas échéant quand ce dernier est survenu, les recourants soutenant qu'il n'est pas actuel dans la mesure où la liquidation de la faillite n'est pas achevée.

En l'espèce, les cotisations en souffrances ne pouvaient plus être perçues selon la procédure ordinaire à partir de l'ouverture de la faillite de la société, le 11 juin 2001 (ATF 123 V 16 consid. 5c = VSI 1997 p. 216). Dès lors, un dommage était né pour la Caisse.

9. Il y a enfin lieu, vu l'existence d'une négligence grave et d'un dommage de déterminer la quotité des prestations dues ; celle-ci étant contestée.

Le dommage est réputé survenu au moment où les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire prévue aux articles 14 ss LAVS eu égard à l'insolvabilité du débiteur (RCC 1991 p. 399ss ; ATF 113 V 256 = RCC 1988 p. 138 et VSI 1997 p. 219 et références citées). Le dommage est réputé survenu à ce moment-là. La créance en réparation du dommage contre les organes de la société faillie au sens de l'art. 52 LAVS est née ce même jour (VSI 1994 p. 217 consid. 4b). Or, à cette date, une somme de 84'151 fr. 25 était due. Elle a toutefois été modifiée lors du dépôt de l'état de collocation. Ce sont en effet 86'480 fr. 85 qui ont été colloqués en deuxième classe (art. 219 al. 4 LP). C'est donc à cette date seulement que l'étendue exacte de son préjudice, au sens de l'art. 82 al. 1 RAVS, a été connue de la caisse de compensation. Il est malgré ce qui précède avéré, dans le cas d'espèce, que le montant du dividende de la faillite n'est pas connu définitivement jusqu'à la clôture de la faillite, le montant du dividende n'étant pas définitivement établi. (cf. p. 406 RCC 1991).

10. La quotité de la somme dont le paiement est demandé à la recourante a été calculée par la Caisse sur la période du 26 septembre 1996 au 15 juin 1998 au motif que l'extrait du registre du commerce, en conformité avec la jurisprudence, est déterminant à cet égard (ATF 119 V 406 consid. 4b = VSI 1994 p. 212). La recourante le conteste. Ce faisant, elle ignore la jurisprudence selon laquelle la date effective de la nomination ou de la démission d'un administrateur n'a d'effet que dans les rapports internes (ATF 104 I b 324 consid. 3a). Dans les rapports externes avec les tiers de bonne foi, l'inscription du registre du commerce n'est opposable à ceux-ci que dès le jour ouvrable qui suit celui dont la date figure sur

le numéro de la FOSC où est publiée l'inscription (art. 932 al. 2 CO ; ATF 104 Ib 325 consid. 3b). Le moment déterminant en ce qui concerne le début de la période pendant laquelle une responsabilité peut être imputée à l'organe est celui de son entrée effective au conseil d'administration mais au plus tard celui de son inscription au registre officiel (ATFA 21 octobre 1997, H 148/96 in VSI 2/1998 p. 108). Le moment déterminant en ce qui concerne la sortie du conseil d'administration est celui de la démission effective. Ces dates fixent, en principe, les limites temporelles de la responsabilité. L'administrateur démissionnaire ne peut plus dès lors influencer la gestion de la société (ATF 112 V 4 = RCC 1986 p. 420 ; ATF 109 V 94 et les références = RCC 1983 p. 521 ; cf. également ATFA op.cit p. 108).

Les caisses de compensation ont l'obligation de calculer les intérêts moratoires (41bis RAVS) et ne peuvent renoncer à leur encaissement. Dès lors, sur ce point également, les décisions entreprises en tant qu'elles tiennent compte de tels intérêts dans le calcul des sommes réclamées, seront confirmées.

Il résulte de ce qui précède, que comme le suggère la Caisse, ses prétentions seront déclarées fondées sous réserve que ce dividende sera, cas échéant, à imputer sur ses prétentions.

Les organes de l'employeur qui, comme en l'espèce, ont causé un même dommage en répondent solidairement (RCC 1991 p. 132 ; RCC 1983, p. 102). La Caisse peut, bien entendu, n'en obtenir la réparation qu'une seule fois, mais tous les débiteurs sont tenus de payer ensemble le montant total. La Caisse peut donc agir contre eux tous, contre quelques-uns d'entre eux ou contre un seul. Si une personne n'est responsable que pour partie du dommage, la responsabilité solidaire n'existe que dans les limites de cette part. Dans le cas d'espèce, le recourant se voit actionné en paiement de 84'151 fr. 25 alors que son épouse l'est à raison de 44'102 fr. 25 au motif qu'elle a exercé sa fonction d'organe pendant une période de moindre durée que son époux.

Au vu de ce qui précède, la somme réclamée à chacun des recourants est conforme aux principes légaux et bien fondée tant dans son principe que, comme vu ci-dessus, dans sa quotité.

11. Les recourants ont additionnellement conclu que « Si par impossible l'administratrice et/ou l'administrateur devai(en)t être condamné(s), que votre Tribunal ordonne leur subrogation, à concurrence de leur(s) paiement(s), dans les droits de la Caisse, « pari passu » avec tous les créanciers 2<sup>ème</sup> classe et, en cas de paiement partiel, en concours « pari passu » avec la Caisse pour le solde éventuel de la créance de la Caisse. »

Cette ultime conclusion des recourants est, dans la mesure où elle est recevable, rejetée en tant qu'elle est sans objet. En cas de dividende, il a été jugé ci-avant que celui-ci sera imputé sur les sommes dues à la Caisse.

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

**Statuant**

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

**A la forme :**

1. Déclare recevable les recours de A. D\_\_\_\_\_ et de U. D\_\_\_\_\_ contre les décisions sur opposition rendues par la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION en date du 26 février 2003.

**Au fond :**

2. Les rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière:

Marie-Louise QUELOZ

La Juge suppléante :

Nicole DOURNOW

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