

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1276/1999

ATAS/935/2004

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 11 novembre 2004

3^{ème} Chambre

En la cause

Caisse interprofessionnelle AVS de la Fédération des demanderesse
Entreprises Romandes – FER-CIAM – rue de St-Jean 98, case
postale 5278, 1211 Genève 11

contre

Monsieur D_____

défendeur
ex-administrateur de
la société X_____
SA (en liquidation)

Siégeant : **Madame Karine STECK, Présidente,**
 Mesdames Valérie M ONTANI et Isabelle DUBOIS , Juges

EN FAIT

1. Créée le 21 juin 1993, X_____ SA (ci-après la société) était affiliée à la caisse interprofessionnelle d'assurance-vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux (devenue depuis lors la Fédération des entreprises romandes ; ci-après : la caisse). La société avait pour but la promotion et le commerce d'avions ainsi que la conception, la réalisation et le contrôle d'opérations aéronautiques (cf. extrait du Registre du commerce [RC], pièce 29 caisse). Monsieur D_____ en était l'administrateur unique ; la Fiduciaire de Gestion et de Contrôle SA (FGC) en a été l'organe de révision jusqu'au 21 avril 1998 (pièce 29 caisse).
2. Par courrier du 23 avril 1996, Monsieur D_____ informait la caisse que, vu les difficultés rencontrées par la société mère basée en Israël, il était impossible de payer les cotisations (pièce 13 caisse). Un arrangement a alors été conclu le 5 juillet 1996 (pièce 14 caisse), aux termes duquel les cotisations arriérées devaient être remboursées par acomptes, à condition que les cotisations courantes soient payées dans les termes légaux. Cet arrangement n'a pas été respecté, les sommes ne parvenant qu'avec retard à la caisse (pièces 15 et 16 caisse).
3. A plusieurs reprises, la caisse, constatant que les cotisations n'avaient pas été versées, a menacé la société de déposer plainte pénale (pièces 12, 18 et 19 caisse). Le 17 décembre 1997, elle a accordé à la société un sursis de paiement jusqu'au 31 janvier 1998 (pièce 21 caisse).
4. Des poursuites ont été engagées qui se sont soldées, le 23 juin 1998, par la délivrance à la caisse de procès-verbaux valant actes de défaut de biens (pièce 9 caisse).
5. La faillite de la société, prononcée par le Tribunal de Première Instance de la République et canton de Genève le 6 octobre 1998 (pièces 24 et 29 caisse), a été suspendue faute d'actifs le 10 novembre 1998 (pièce 25 caisse). L'ouverture de la faillite a été publiée le 10 janvier 1999 (pièces 26 et 27 caisse). La liquidation s'est faite en la forme sommaire (pièce 26 caisse).
6. La caisse a pour sa part produit une créance totale de Fr. 9'025.40, comprenant les cotisations sur salaires d'octobre 1996 à septembre 1997, les compléments relatifs à l'année 1996 et aux mois de janvier à novembre 1997, ainsi que les cotisations de formation professionnelle 1997 et 1998 (cf. pièce 28 caisse).

7. Le 23 juin 1999, la caisse de compensation a notifié une décision en réparation du dommage à Monsieur D_____ pour un dommage de Fr. 8'254.80 (pièce 1 caisse). Ce montant correspond aux cotisations impayées, y compris intérêts moratoires, frais administratifs, frais de poursuite et taxes de sommation, d'octobre 1996 à septembre 1997. S'y ajoutent les compléments de cotisations des années 1996 et 1997.
8. Monsieur D_____ a formé opposition en date du 20 juillet 1999 (pièce 2 caisse). Il reconnaît sa responsabilité mais conteste le montant qui lui est réclamé. Il allègue qu'une partie de son salaire aurait été déclaré à tort, dans la mesure où il n'aurait pas été rémunéré en 1997. Il rappelle par ailleurs avoir personnellement payé une somme importante en 1998 et s'interroge sur sa prise en compte dans le calcul du dommage. Enfin, il soutient que vu ses difficultés financières, il ne pourrait pas s'acquitter du montant dû.
9. Par courrier du 23 juillet 1999, la caisse a remis à l'intéressé les copies des déclarations trimestrielles de salaires de l'année 1996 ainsi que les attestations des salaires payés durant les années 1996 et 1997 et un relevé de compte, accompagnées d'explications (pièce 3 caisse). Par ailleurs, elle lui a demandé de lui fournir les pièces pouvant justifier de sa situation financière (pièce 5 caisse).
10. Le 5 août 1999, Monsieur D_____ a remis à la caisse une partie de sa déclaration fiscale ainsi qu'une attestation d'indemnités de chômage du mois de juillet 1999 (pièce 4 caisse). La caisse lui a fait remarquer que sans l'état de ses charges et des indications sur sa situation de famille, il lui était impossible de répondre favorablement à une demande de plan de paiement (pièce 6 caisse).
11. Par courrier du 25 août 1999, la CIAM a requis la mainlevée de l'opposition auprès de la Commission cantonale de recours en matière d'AVS. Elle soutient qu'il incombait à Monsieur D_____, en sa qualité d'administrateur unique de la société, de veiller à ce que les obligations envers l'assurance-vieillesse soient remplies. Or, elle constate qu'il n'a rien entrepris pour que les cotisations arriérées soient payées, malgré le plan d'amortissement convenu ; elle en conclut que, par sa passivité, il s'est rendu coupable de négligence grave.
12. Dans sa réponse du 31 août 1999, le défendeur fait valoir que la caisse n'aurait pas déposé sa demande de mainlevée en temps utile. Pour le reste, il souligne que la société était une filiale de Y_____ Ltd, laquelle était en grande partie financée par le gouvernement israélien. C'est la raison pour laquelle il a estimé, à l'époque, que les difficultés financières rencontrées ne pourraient être que passagères et qu'il a choisi de verser en priorité les salaires des employés. Ce n'est que lorsque Y_____ a été mise en sursis concordataire qu'il a demandé la mise en faillite de sa propre société. Le défendeur conteste n'avoir rien entrepris

pour régulariser la situation de la société. Il soutient avoir respecté le plan d'amortissement convenu en juillet 1996 et fait remarquer que ce n'est qu'en janvier 1998 que la caisse de compensation a réclamé un complément de cotisations suite à une correction de leur part. Il souligne que ce n'est qu'à partir de janvier 1997 que la société s'est trouvée dans l'incapacité de régler les cotisations et qu'il en a d'ailleurs payé personnellement une partie le 14 mai 1998. Enfin, il formule des doutes quant à l'exactitude du montant qui lui est réclamé.

13. Par courrier du 30 janvier 2002, la Commission de recours a imparti un délai au défendeur pour produire les documents attestant qu'il aurait reçu des assurances de la part de la société Y_____, ainsi que les documents relatifs à la mise en sursis concordataire de cette dernière. Le défendeur a assuré une nouvelle fois que c'était la société Y_____ Ltd, en Israël, qui finançait la société et payait ses salaires. Il a expliqué qu'après de nombreux rappels de sa part, les responsables lui avaient confirmé qu'ils prendraient en charge tous les frais, raison pour laquelle il n'a pas mis la société en liquidation. Il n'a cependant pas conservé copie de ces courriers, qui ont été remis à l'office des poursuites et faillites. Il estime être une victime dans la mesure où la société lui doit une année et demi de salaire. Il admet avoir eu tort de préserver le bureau de Genève et d'avoir fait confiance à la société mère.
14. Par courrier du 19 février 2002, le défendeur a confirmé que la société actionnaire d'X_____ SA, Y_____ Ltd. en Israël, finançait les coûts de fonctionnement de sa filiale dont les salaires y compris le sien. Après de nombreux rappels de sa part, on lui avait assuré que tous les frais seraient payés, raison pour laquelle il avait renoncé à mettre la société en liquidation. Il a malheureusement reçu par la suite un fax de la société actionnaire lui demandant de fermer les bureaux de Genève. Il indique ne pas avoir gardé ces courriers en sa possession. Il confirme par ailleurs que la société Y_____ Ltd. a effectivement été mise en sursis concordataire en 1997 et que depuis lors elle est en faillite. Il rappelle avoir pour sa part perdu plus d'une année et demie de salaire. Il explique être resté deux ans au chômage et avoir dû lutter pour pouvoir obtenir des indemnités et démontrer qu'il n'était pas à la fois employeur et employé. Il a aujourd'hui retrouvé un travail et un salaire qui lui permet d'entretenir sa famille et de rembourser peu à peu ses dettes. Il reconnaît avoir commis deux erreurs, celles d'avoir tout tenté pour préserver le bureau de Genève et d'avoir fait confiance à un groupe sous prétexte qu'il était financé par le gouvernement israélien. Il conteste plus particulièrement les amendes, intérêts et pénalités diverses qui lui sont réclamées et émet l'hypothèse qu'une partie des cotisations qui lui est réclamée soit calculée sur les salaires qu'il n'a jamais touchés.

-
15. Le 1^{er} août 2003, la cause a été transmise au Tribunal cantonal des assurances sociales.
 16. Entendu en comparution personnelle le 2 septembre 2004, le défendeur a indiqué que les premiers problèmes de liquidités étaient apparus en 1996 et s'étaient aggravés en 1997. La société était une filiale dépendant d'un groupe israélien financé d'une part par des prêts et des dons du gouvernement israélien et d'autre part par des actionnaires privés. La société était une société de services qui ne dégagait pas de bénéfice. Le changement de parti au pouvoir en Israël et les difficultés économiques apparues dans le pays sont à l'origine selon lui des problèmes de financement. Il rappelle avoir payé en 1998 la part pénale. Ce montant a été déduit du dommage. S'agissant du montant du dommage, le défendeur a admis ne pas avoir d'éléments concrets pour le contester. Il s'est seulement étonné des chiffres réclamés dans la mesure où des paiements étaient intervenus et s'est insurgé contre le fait de devoir payer des intérêts et des frais de poursuite. Il estime pour sa part avoir agi au mieux et avoir tenté de préserver la société et de payer les salaires. La caisse s'est proposé de fournir au défendeur un tableau récapitulatif des montants dus. Le défendeur a pour sa part expliqué avoir continué à faire confiance à la société mère car cette dernière affirmait être à la recherche de nouveaux investisseurs avec lesquels des discussions étaient en cours. Des versements intervenaient, certes au compte-gouttes. Il précise n'avoir pas été administrateur unique par foi et avoir régulièrement demandé que deux autres administrateurs soient nommés, émanant de la maison mère, en vain. C'est à la suite de la réception d'un fax d'un liquidateur qu'il a décidé de déposer le bilan. Il a versé à la procédure copie de son courrier du 26 mai 1998 demandant la mise en faillite au Tribunal de première instance.
 17. Conformément à sa promesse, la caisse a produit en date du 13 septembre 2004 un tableau récapitulatif des cotisations facturées durant les années 1996 et 1999, établi selon les déclarations de salaires trimestriels et les attestations de salaires (liste nominative) communiquées par la société pour lesdites années. Il en ressort que le dommage se répartit comme suit : Fr. 3'670.60 de cotisations AVS-AI-APG, Fr. 2'175.10 de cotisations AC, Fr. 180.90 de cotisations AF, soit au total Fr. 6'131.60 de cotisations. S'y ajoutent Fr. 126.60 de frais administratifs, Fr. 665.40 d'intérêts moratoires, Fr. 1'151.20 de frais de poursuite et Fr. 180.- de taxe de sommation, soit Fr. 2'123.20 de frais au total. A la demande du défendeur, la caisse s'est déclarée prête à renoncer aux frais et à accepter la somme de Fr. 6'131.60 pour solde de tout compte.
 18. Par courrier du 20 septembre 2004, le défendeur s'est déclaré d'accord avec les montants des salaires déclarés en 1996 et 1997 ainsi qu'avec celui des cotisations y relatives. Il s'est cependant étonné du montant des versements de cotisations pour l'année 1996 assurant obtenir un total de Fr. 13'513.50 et non de

Fr. 11'448.20 comme indiqué, soit une différence de Fr. 2'065.30. Le solde dû à titre de cotisations s'élèverait donc selon lui à Fr. 4'066.30.

19. Par courrier du 20 octobre 2004 adressé à la caisse, le défendeur a par ailleurs fait valoir qu'il ignorait que sa responsabilité était engagée au-delà de la part pénale.
20. Par courrier du 29 octobre 2004, la caisse a encore expliqué au défendeur que le dommage qui lui était réclamé correspondait, déduction faite des amendes, au solde dû au moment de la faillite selon les actes de défaut de biens reçus. Elle a par ailleurs souligné que seul un montant de Fr. 4'932.05 avait été versé à titre de cotisations pour la période de janvier à mars 1996 et non pas Fr. 6'556.90, comme calculé à tort par le défendeur. La caisse a répété qu'à bien plaisir, elle renonçait à l'encaissement des frais et intérêts moratoires dus sur les périodes comprises dans le dommage et se contenterait de réclamer le solde des cotisations dues au moment de la faillite, soit Fr. 6'131.60. Par ailleurs, elle a vérifié que les cotisations réglées par le défendeur avaient été dûment déduites du montant du dommage.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales (TCAS), composé de cinq juges, dont un président et un vice-président, cinq suppléants et seize juges assesseurs (art. 1 let. r et 56T LOJ).

Suite à l'annulation de l'élection des seize juges assesseurs par le Tribunal fédéral (TF) le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente (art. 162 LOJ) permettant au TCAS de siéger sans assesseurs, à trois juges titulaires, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

Statuant sur un recours de droit public, le TF a, dans un arrêt rendu le 1er juillet 2004, confirmé que cette disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était, de surcroît, conforme au droit fédéral (ATF 130 I 226).

2. Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'assurance-

vieillesse et survivants (cf. art. 56 V LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'article 52 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS). Désormais, la responsabilité de l'employeur y est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les articles 81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (ci-après : RAVS) ont été abrogés. Le cas d'espèce reste 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 déterminant se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). Les dispositions légales seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.
4. 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 l'année après qu'elle a eu connaissance du dommage. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit d'un délai de péremption à considérer d'office (ATF 113 V 181 = RCC 1987, p. 607, ATF 112 V 8, consid. 4 c = 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 (TFA) a posé le principe qu'une caisse de compensation a « connaissance du dommage » au sens de la disposition précitée, à partir du moment où elle doit reconnaître, en y prêtant l'attention qu'on est en droit d'attendre d'elle et en tenant compte de la pratique, que les circonstances ne lui permettent plus de recouvrer les cotisations, mais pourraient justifier une obligation de réparer le dommage (ATF 116 V 75, consid. 3b ; 113 V 181, consid. 2 ; 112 V 8 consid. 4d, 158 ; 108 V 52, consid. 5 ; RCC 1983, p. 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a « rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer » (FRITSCH, Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd., p. 112), d'où résulte la perte de la créance de la caisse.

En cas de faillite ou de concordat par abandon d'actifs, la caisse n'a pas nécessairement connaissance du dommage au moment seulement où elle peut consulter le tableau de distribution et le compte 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-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 (ATF 119 V 92 consid. 3 ; 108 V 196 consid. 3a ; VSI 1995, p. 169-170, consid. 2 ; ATF 116 II 161, consid. 4a ; 116 V 75, consid. 3b = RCC 1990, p. 415).

Les termes « en général » signifient qu'en principe, la caisse de compensation est en mesure d'estimer suffisamment l'étendue de son dommage au moment du dépôt de l'état de collocation. Il se peut toutefois que cette estimation ne soit possible que dans une phase ultérieure de la liquidation, par exemple parce que le montant des actifs dépend du produit de la vente de biens immobiliers et que l'administration de la faillite ne peut fournir aucune indication à propos du dividende prévisible (RCC 1992, p. 266, consid. 5c ; NUSSBAUMER, Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS, RCC 1991, p. 406). Inversement, la partie lésée peut exceptionnellement, en raison de circonstances spéciales, acquérir la connaissance nécessaire avant le dépôt de l'état de collocation ; c'est en particulier le cas lorsqu'elle apprend de l'administration de la faillite, à l'occasion d'une assemblée des créanciers, qu'aucun dividende ne pourra être distribué aux créanciers de la caisse. L'existence de telles circonstances ne sera cependant admise qu'avec retenue : de simples rumeurs ou des renseignements provenant de personnes non autorisées ne permettent pas encore de fonder et de motiver une demande en justice (ATF 118 V 196 consid. 3b).

Par ailleurs, s'il faut, à juste titre, se montrer sévère dans l'appréciation de la responsabilité d'un employeur – et, par extension, de celle de ses organes s'il s'agit d'une personne morale – qui occasionne un dommage à la caisse de compensation en n'observant pas, intentionnellement ou par négligence grave, des prescriptions légales (ATF 114 V 220ss), il faut de même se montrer exigeant à l'égard de l'administration en ce qui concerne le respect des conditions formelles de l'action en responsabilité fondée sur l'art. 52 LAVS (ATF 119 V 96 = VSI 1993 p. 110).

b. En l'espèce, des procès-verbaux valant actes de défaut de biens ont été communiqués à la caisse le 23 juin 1998. Dès lors, en notifiant sa décision en réparation du dommage le 23 juin 1999, la caisse a agi dans le délai préemptoire d'un an prescrit par l'art. 82 al. 1er RAVS.

Le défendeur a formé opposition par acte du 20 juillet 1999, de sorte qu'il a également agi en temps utile. Quant à la requête en mainlevée du 25 août 1999, elle est également recevable en la forme compte tenu des fêtes (art. 81 al. 3 et 82 al. 2 RAVS).

5. a. Aux termes de l'art. 52 LAVS, l'employeur doit couvrir le dommage qu'il a causé en violant les prescriptions intentionnellement ou par négligence grave. Il sied de rappeler que l'art. 52 LAVS est une disposition spéciale (RCC 1989 p. 117).

En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations et frais subie par la caisse en raison de la faillite de la société, pour un montant de Fr. 8'254.80, se décomposant en Fr. 6'131.60 de cotisations (octobre 1996 à septembre 1997 et compléments) d'une part, et Fr. 2'123.20 de frais administratifs, intérêts moratoires, frais de poursuites et taxes de sommation d'autre part.

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

L'obligation de payer les cotisations et de fournir les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a déclaré, à réitérées reprises, que la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS est liée au statut de droit public (ATF 112 V 155, consid. 5; RCC 1987, p. 220). L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (ATF 111 V 173, consid. 2; 108 V 186, consid. 1a, 192 consid. 2a ; RCC 1985, p. 646, consid. 3a).

Le TFA a souligné que l'obligation légale de réparer le dommage ne doit être reconnue que dans les cas où le dommage est dû à une violation intentionnelle ou par négligence grave, par l'employeur, des prescriptions régissant l'assurance-vieillesse et survivants (RCC 1978, p. 259; RCC 1972, p. 687). La caisse de compensation qui constate qu'elle a subi un dommage par suite de la non-observation de prescriptions peut admettre que l'employeur a violé celles-ci intentionnellement ou du moins par négligence grave, dans la mesure où il n'existe pas d'indice faisant croire à la légitimité de son comportement ou à l'absence d'une faute (ATFA du 28 juin 1982, RCC 1983, p. 101).

Lorsque l'employeur est une personne morale, ses organes répondent solidairement, à titre subsidiaire, du dommage causé, notamment quand la personne morale n'existe plus au moment où la responsabilité est engagée (ch. 6003 des directives de l'Office fédéral des assurances sociales sur la

perception des cotisations, ci-après : DP; ATF 114 V 79, consid. 3; 113 V 256, consid. 3c; RCC 1988, p. 136, consid. 3c; ATF 111 V 173, RCC 1985, p. 649, consid. 2.).

Par "organe", il faut entendre toute personne physique qui représente la personne morale à l'extérieur ou qui peut exercer une influence décisive sur le comportement de celle-ci (no 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le TFA se réfère toujours à l'art. 754 al. 1^{er} CO, en corrélation avec l'art. 759 al 1^{er} CO. Conformément à ces articles, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle, répondent, à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elle leur cause en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Sont réputés chargés de l'administration ou de la gestion au sens de l'art. 756 CO "non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels, mais également les personnes qui prennent effectivement des décisions relevant des organes, ou qui assument la gestion proprement dite et ont ainsi une part prépondérante à la formation de la volonté au sein de la société" (ATF 107 II 353, consid. 5a; ATF 112 II 1985; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., p. 209ss).

c. En l'espèce, le défendeur était inscrit au RC en qualité d'administrateur unique. Il avait ainsi, indiscutablement, la qualité d'organe de la société faillie, ce qu'il ne conteste au demeurant pas. Reste encore à déterminer si le dommage subi par la caisse peut lui être imputé.

6. a. De jurisprudence constante, le TFA a reconnu qu'il y a négligence grave lorsque l'employeur ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement, dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (cf. RCC 1972, p. 690). La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard doit donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité et de gestion, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé. Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, on peut, par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions (cf. RCC 1972, p. 690 ; RCC 1978, p. 261). Une différenciation semblable s'impose également, lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985, p. 51, consid. 2a et p. 648, consid. 3b).

b. En l'espèce, les difficultés financières de la société sont apparues clairement dans le courant de l'année 1996, puisque par courrier du 23 avril déjà l'administrateur informait la caisse qu'il lui était impossible de payer les

cotisations. La faillite de la société n'a finalement été prononcée que le 6 octobre 1998 seulement.

Dans son opposition, le défendeur a simplement contesté le montant du dommage - dont on a vu qu'il était correct - et allégué que ses difficultés financières rendaient impossible tout remboursement du montant dû. Il a ensuite expliqué qu'il avait espéré que les difficultés financières rencontrées par la société ne seraient que passagères dans la mesure où cette dernière était financée par le gouvernement israélien.

Certes, 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 186 consid. 1b ; RCC 1985 p. 603 consid. 2, 647 consid. 3a). Il peut ainsi 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. 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 (ATFA 277/01 du 29 août 2002 consid. 2 ; ATF 108 V 188). La jurisprudence n'admet en réalité que de manière très exceptionnelle qu'un employeur puisse décider de retarder le paiement des cotisations afin de maintenir son entreprise en vie lors d'une passe délicate dans la trésorerie (ATFA 154/00 du 22 août 2000 consid. 2c). Tel n'est pas le cas en l'occurrence.

Il convient de relever que la période durant laquelle les difficultés de paiement sont intervenues s'étend sur plusieurs années. Certes, la société mère était financée par le gouvernement israélien, ce qui pouvait, de prime abord, rassurer le défendeur. Il ressort cependant du dossier qu'il a lui-même dû adresser des rappels à de nombreuses reprises à la société mère et qu'il ne recevait des paiements qu'au compte-gouttes, ce qui aurait dû être de nature à l'alerter, d'autant que cette situation n'a pas été seulement passagère et que la société suisse en elle-même était une société de services qui ne dégageait aucun bénéfice. Il s'avère que le défendeur a malgré tout maintenu la société en vie, au détriment des cotisations sociales avec pour seul espoir le fait que la société mère lui avait affirmé être à la recherche de nouveaux investisseurs. Il n'avait cependant aucune assurance concrète que la société mère dont dépendait entièrement sa propre société pourrait assumer le remboursement des dettes – qui allaient en s'accroissant – dans un délai raisonnable et s'est contenté sur ce point de vagues assertions selon lesquelles des discussions seraient en cours avec des

investisseurs. Ce faisant, force est de constater qu'il a fait preuve de négligence coupable au sens de la jurisprudence. Dès lors, le Tribunal de céans est d'avis que sa responsabilité doit être reconnue et admet la requête en mainlevée déposée par 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. Reçoit la requête de la Caisse interprofessionnelle d'AVS de la fédération romande des syndicats patronaux (devenue depuis lors la caisse interprofessionnelle d'AVS de la Fédération des Entreprises Romandes) visant à obtenir la mainlevée de l'opposition formée par Monsieur D_____ ;

Au fond :

2. L'admet partiellement ;
3. Donne acte à la caisse de ce qu'elle renonce à réclamer le montant des frais et intérêts, de Fr. 2'123.20 ;
4. Accorde la mainlevée pour le solde, soit Fr. 6'131.60 ;
5. Dit que la procédure est gratuite ;
6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification 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 qu'elle 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 :

Janine BOFFI

La Présidente :

Karine STECK

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