REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1276/2006 **ATAS/1298/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 22 novembre 2007

En la cause

Monsieur S_____, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître REYMANN Bernard	recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, route de Chêne 54, case postale, GENEVE	intimée

Siégeant : Karine STECK, Présidente, Christine KOEPPEL et Olivier LEVY , Juges assesseurs

EN FAIT

1. Créée le 30 août 1995, la société X_____ SA était affiliée à la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION (ci-après : la caisse). Son but social était l'"isolation en bâtiment ainsi que toutes activités dans le domaine du bâtiment, notamment la plâtrerie" (cf. extrait du Registre du commerce [RC], pce 93 caisse).

2. Monsieur W_____ a été administrateur jusqu'au 11 novembre 1996. Madame S_____ l'a été jusqu'au 23 novembre 2000, tout comme Madame L_____. Monsieur C_____ a remplacé Monsieur W_____ en tant qu'administrateur président et l'est resté jusqu'au 22 janvier 1998. Monsieur S_____ a été administrateur avec signature individuelle à compter du 23 novembre 2000.

3. Dès 1999, la société s'est trouvée dans l'incapacité de s'acquitter régulièrement des cotisations AVS de ses employés. La caisse lui a adressé des sommations à plusieurs reprises : les 18 mai, 17 juin, 19 juillet, 18 octobre, 17 novembre et 20 décembre 1999, ainsi que les 21 janvier, 21 mars, 19 avril, 19 mai, 21 juin, 18 août, 18 octobre, 11 et 18 décembre 2000 (pces 73 à 80, 62 à 68 caisse).

4. Par courrier du 19 décembre 2000, Monsieur S_____ a informé la caisse que l'entreprise rencontrait des difficultés financières. Il a demandé à pouvoir bénéficier d'un arrangement de paiement, proposant de verser la somme alors due, soit 41'823 fr. 70, en cinq mensualités échelonnées de janvier à juin 2001 (pce 1 caisse).

5. La caisse de compensation, par courrier du 14 février 2001, a accédé à cette requête.

6. Malgré tout, la société a continué à ne pas s'acquitter des cotisations de sorte que la caisse a dû lui adresser des sommations les 21 mars, 23 avril, 17 mai, 19 juin, 19 juillet, 21 août, 19 septembre, 19 octobre, 20 novembre et 14 décembre 2001.

7. Onze commandements de payer ont été notifiés à la société en date du 13 août 2001. C'est Monsieur S_____ en personne qui les a réceptionnés, sans faire opposition. Le premier portait sur les sommes de 38'509 fr. 05 (cotisations dues), 150 fr. (frais) et 2'117 fr. 10 (intérêts moratoires), le second sur le montant de 57'057 fr. (plus 150 fr. de frais), les suivants, à chaque fois, sur le montant de 6'119 fr. (plus 150 fr. de frais; cf. pces 22, 26, 30, 34, 38, 42, 46, 51, 54, 58 et 70 caisse).

8. Le 26 octobre 2001, la caisse de compensation a déposé plainte pénale contre Monsieur S_____ s'agissant des cotisations de l'année 2000 (pce 8 caisse).

9. La faillite de la société a été prononcée par le Tribunal de Première Instance de la République et canton de Genève le 5 février 2002.

10. La caisse a produit une créance totale de 172'035 fr. 20 représentant les cotisations sur salaires versés jusqu'au 31 décembre 2001, frais administratifs, frais de poursuites, taxes de sommation, amendes et intérêts moratoires (pce 85 caisse).

11. Le 10 septembre 2002, la caisse de compensation a déposé une seconde plainte pénale contre Monsieur S_____ s'agissant des cotisations de l'année 2001 (pce 4 caisse). Cette plainte a été classée, l'intéressé n'ayant pu être localisé par la police (pce 3 caisse).

12. L'état de collocation a été déposé en date du 23 juin 2004.

13. En date du 31 janvier 2006, des actes de défaut de biens ont été délivrés à la caisse de compensation (pces 82 et 83 caisse).

14. Le 27 juin 2005, la caisse de compensation a rendu à l'encontre de Monsieur S_____ une décision en réparation du dommage aux termes de laquelle elle lui a réclamé 172'035 fr. 20. La caisse a procédé à un décompte détaillé dont il ressort que ce montant est constitué du solde de cotisations dues pour les années 1999, 2000 et 2001, des frais de sommation et de poursuites et des intérêts moratoires. Ainsi, seuls 32'417 fr. 60 ont été payés par la société sur les 71'123 fr. 85 dus pour l'année 1999, 24'472 fr. 40 sur les 78'655 fr. 75 dus pour l'année 2000 et rien n'a été versé sur les 79'145 fr. 60 dus pour l'année 2001 (pce 100 caisse).

15. La caisse de compensation a rendu une décision similaire à l'encontre de Madame S_____ pour les cotisations échues à la fin de son mandat, le 31 octobre 2000, soit 79'944 fr. 25.

16. Seul Monsieur S_____ a formé opposition en date du 19 juillet 2005. Il a allégué n'être en possession d'aucun document comptable et ne pouvoir se déterminer sur les sommes qui lui étaient réclamées. En conséquence, il a demandé un délai pour pouvoir compléter son opposition. (pce 97 caisse).

17. Un délai lui a été accordé par la caisse jusqu'au 15 septembre 2005 puis jusqu'au 30 novembre 2005, qui est venu à échéance sans que l'intéressé en fasse usage.

18. Par décision sur opposition du 2 mars 2006, la caisse de compensation a confirmé sa décision du 27 juin 2005. Elle a constaté que l'intéressé a eu la qualité d'organe de la société de novembre 2000 à la faillite de la société et lui a reproché de ne pas avoir veillé au paiement des cotisations AVS durant la durée de son mandat. La caisse a ajouté que l'intéressé devait également répondre du solde de 38'706 fr. 25 dû pour l'année 1999 car même si son mandat n'a débuté que l'année suivante, il avait l'obligation de payer sans délai les arriérés de cotisations dues. La caisse a souligné que dans une société d'aussi petite taille que X_____ SA, les exigences en matière de responsabilité sont très strictes. Elle a enfin rappelé que les acomptes versés au cours des années 1999 et 2000 par la société s'étaient avérés

nettement insuffisants, que, de plus, ils avaient été tardifs et qu'aucun versement n'avait été enregistré pour l'année. 2001.

19. Par courrier du 4 avril 2006, l'intéressé a interjeté recours contre la décision de la caisse de compensation. Il allègue qu'il n'a détourné aucun montant à son profit, qu'il n'a pas les moyens de payer la somme qu'on lui réclame, que tous les documents comptables se trouvant aux mains de l'Office des poursuites et faillites, il est incapable de vérifier si les montants qu'on lui réclame sont corrects, qu'il ne peut être tenu pour responsable du non-paiement des cotisations portant sur les périodes précédant la date à laquelle il est devenu administrateur de la société et enfin, conteste s'être rendu coupable de négligence grave dans l'exercice de sa fonction d'administrateur.

20. Invitée à se prononcer, l'intimée, dans sa réponse du 19 mai 2006, a conclu au rejet du recours. Elle a fait remarquer que les arguments avancés par le recourant ne sont pas de nature à le dégager de sa responsabilité. Elle a rappelé que selon la jurisprudence, un administrateur entrant dans le conseil d'administration d'une société a le devoir de veiller tant au versement des cotisations courante qu'à l'acquittement des cotisations arriérées à moins que la société n'ait été déjà surendettée à son arrivée. La caisse ajoute que le solde impayé de l'année 1999 a fait l'objet d'une sommation en date du 11 décembre 2000, et qu'un plan de paiement a été accordé le 14 février 2001 pour payer ce montant, plan qui n'a pas été respecté. Elle fait remarquer qu'en 2000, les acomptes ont été largement insuffisants puisque le solde annuel a atteint 57'057 fr.; en 2001, aucun acompte n'a été versé.

21. Dans sa réplique du 21 juillet 2006, le recourant a demandé à être entendu en comparution personnelle. Il a par ailleurs fait valoir qu'avant d'être administrateur, il n'a eu aucun pouvoir, qu'il pensait alors que la société pourrait faire face à ses obligations financières, qu"il a cependant rapidement réalisé que la société avait accumulé des dettes sous la gestion des administrateurs précédents et qu'il n'a jamais détourné de fonds. Il affirme avoir tenté à deux reprise de convoquer une assemblée générale en décembre afin d'examiner la question du surendettement de la société et les possibilités de trouver des fonds, sans succès.

22. L'intimée a fait remarquer que si la société avait certes déjà accumulé des dettes lorsque l'intéressé est devenu administrateur, elle était encore solvable. Elle en veut pour preuve que les salaires nets des employés ont été payés jusqu'au mois de décembre 2001.

23. Entendu en comparution personnelle le 7 décembre 2006, le recourant a allégué que lorsqu'il est devenu administrateur en novembre 2000, la société était déjà endettée à hauteur d'environ 300'000 fr. Le recourant a expliqué qu'en tant qu'administrateur et directeur de la société, il était responsable du personnel et de la facturation. Lui

seul disposait de la signature sur les comptes bancaires. Sa secrétaire se chargeait de la comptabilité quotidienne. Le contrôle de cette dernière et la tâche d'établir les décomptes incombaient à Monsieur A_____.

Le recourant a ajouté qu'en février 2001, il a été victime d'un accident qui l'a obligé à rester à la maison durant quatre mois et que durant cette période, il a géré la société depuis chez lui, où venait le voir sa secrétaire. A cette époque-là, un grand chantier était en cours pour Y_____, d'une valeur de 200'000 fr. environ. A son retour, fin juin 2001, il a constaté que les quatre ouvriers qui étaient sur place n'avaient pas été capables de prendre les métrés correctement et avaient par ailleurs passé beaucoup plus de temps que prévu sur le chantier, sans doute parce qu'ils avaient été livrés à eux-mêmes.

En novembre 2001, le recourant a discuté avec Monsieur A_____ des éventuelles solutions à la situation. Selon le recourant, il subsistait un espoir puisque la société avait pour 600'000 fr. d'adjudications prévues en 2002 et un client se déclarait disposé à avancer de l'argent, à condition qu'une assemblée générale extraordinaire soit convoquée et qu'il y ait un apport de capital de 50'000 fr. (solde de la libération du capital). Une assemblée a donc été convoquée une première fois pour le 7 décembre 2001. L'épouse de l'assuré et un autre actionnaire faisant défaut, une deuxième assemblée a été convoquée le 17 décembre 2001 a été décidée mais une fois encore, les actionnaires ont fait défaut.

Le recourant a admis que, pour pouvoir continuer à travailler, les fournisseurs devaient être payés en priorité, ce qui a augmenté la dette de cotisations et de charges. Mais il se refusait à baisser les bras. La société disposait de six clients fidèles qui lui avaient indiqué que des chantiers leur seraient prochainement attribués, ce qui a entretenu son espoir de pouvoir redresser la situation.

Le recourant a expliqué avoir par ailleurs tenté de trouver de nouveaux clients mais que cela s'est avéré difficile compte tenu de la concurrence, d'autant que, la société étant en difficultés, il n'était pas question de diminuer les prix.

Le recourant a précisé avoir pu retrouver un poste à chacun de ses ouvriers et avoir pu leur verser leur salaire jusqu'à la fin de l'année 2001.

24. Par courrier du 13 février 2007, le Tribunal de céans a demandé à l'Office des poursuites et faillites la production de l'état de collocation, des comptes de pertes et profits, des bilans, des rapports des organes de contrôle, du questionnaire de la faillite et des procès-verbaux des assemblées générales. Les documents demandés ont été versés à la procédure.

25. A la demande du recourant, plusieurs témoins ont été entendus en date du 22 mars 2007.

26. Monsieur A_____, a expliqué que le recourant lui a demandé de s'occuper de la comptabilité de la société à compter de 1998 et que tous les bilans qui ont été établis depuis lors l'ont été par ses soins.

    Le témoin a indiqué se souvenir que la société avait un certain nombre de mandats. Il a affirmé avoir attiré l'attention du recourant sur le fait que s'il voulait assurer les charges courantes, il lui serait difficile, même en faisant des bénéfices, de régler les dettes arriérées de la société. Selon le témoin, à la fin de l'année 1999, l'arriéré de charges sociales s'élevait déjà à 120'000 fr.; fin 2000, il était de 152'000 fr.

    Les pertes se sont élevées à 145'000 fr. en 1997; en 1998, il y a eu un bénéfice de 2'800 fr.; puis la société a à nouveau subi des pertes, de 28'000 fr. en 1999, de 14'000 fr. en 2000. A partir de 1998, la société a donc plus ou moins réussi à payer les factures courantes mais n'a pas réussi à dégager un cash flow suffisant pour régler l'arriéré. Monsieur A_____ a reconnu que la priorité a été donnée au paiement des factures des fournisseurs car "sans marchandise, pas de chiffre d'affaires".

    Le témoin a indiqué avoir souvent discuté avec le recourant des décisions à prendre et avoir éprouvé des difficultés à convoquer une assemblée pour entériner les comptes de l'année 2000. Le témoin a confirmé qu'une assemblée générale a été convoquée à l'instigation du recourant mais qu'aucune décision n'a pu être prise du fait que les actionnaires n'étaient pas en nombre suffisant.

    Selon Monsieur A_____, la société avait un mandat en cours avec Z_____ qui devait s'élever à 200'000-300'000 fr. Il a cependant convenu que cela n'aurait cependant pas suffi à tirer la société d'affaire. Pour ce faire, il aurait fallu qu'elle réalise des bénéfices représentant 10% du chiffre d'affaires, faute de quoi elle ne pouvait que maintenir le niveau de ses dettes. Le plus gros poste était celui des salaires. Or, Monsieur S_____ pouvait difficilement supprimer des postes, car ce faisant, il aurait été incapable d'assumer les mandats. Le recourant est parvenu à augmenter le nombre de mandats et le chiffre d'affaires, sans parvenir à diminuer les frais qui, au contraire, ont augmenté, sans que le recourant puisse véritablement exercer d'influence sur ce phénomène. Il était impossible d'augmenter la marge bénéficiaire, compte tenu de la concurrence.

27. Madame B_____ a témoigné avoir travaillé pour la société durant les deux années précédant la faillite, à raison de deux matins par semaine. Secrétaire du recourant, elle se chargeait d'enregistrer les factures des fournisseurs, d'établir les devis et de préparer les paiements.

    Madame B_____ a confirmé que son patron a tenté de convoquer une assemblée générale extraordinaire et que, par ailleurs, les ouvriers ont été informés des difficultés de la société lors d'une réunion qui s'est tenue en décembre 2001.

Enfin, Madame U_____, chargée de la faillite de la société, a indiqué que seuls deux employés ont produit des créances dans la faillite et qu'un dividende de 8,31% a pu être versé aux créanciers de 1ère classe. Pour le reste, des actes de défaut de biens ont été établis à hauteur de 549'000 fr. environ.

28. Par courrier du 21 mai 2007, la caisse a maintenu sa position.

29. Quant au recourant, il a fait valoir que les témoignages avaient démontré que la société était déjà sérieusement endettée lorsqu'il a débuté son mandat d'administrateur, qu'il a fait tout son possible pour mener à terme plusieurs chantiers importants, que tous les salaires des employés ont été versés, qu'il lui était impossible d'augmenter sa marge bénéficiaire compte tenu de la concurrence, que moins d'une année après sa nomination comme administrateur, il a tenté de convoquer une assemblée générale pour décider de la conduite à tenir, en vain, qu'il est aujourd'hui assisté par l'Hospice Général et qu'il ne dispose pas des moyens financiers pour s'acquitter de la somme qui lui est réclamée.

30. Les autres faits seront repris, pour autant que de besoin, dans la partie "en droit" du présent jugement.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA ; 830.1) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-vieillesse, notamment en ce qui concerne l'art. 52 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (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 du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) ont été abrogés. Les nouvelles dispositions légales ont notamment remplacé la procédure de la décision administrative, suivie, en cas d'opposition, d'une action de la caisse en réparation du dommage (ancien art. 81 RAVS), par une procédure de décision, de décision sur opposition et de recours de droit administratif (art. 52 al. 2 LAVS, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2003, art. 52 et 56 LPGA).

La procédure de l'action en réparation du dommage n'est plus applicable en l'espèce, dès lors que la LPGA était en vigueur au moment où la caisse a rendu sa décision en réparation du dommage (cf. ATF 130 V 1).

Le cas d'espèce reste toutefois régi, sur le plan matériel, 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 129 V 4 consid. 1.2 et les références). En revanche, les dispositions générales de procédure de la LPGA (art. 27 à 62 LPGA) sont applicables au cas d'espèce (art. 52 al. 2 LAVS dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2003, art. 52 et 56 LPGA; cf. ATF 130 V 1).

3. Selon l'art. 52 LAVS, tel qu'en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse de compensation, est tenu à réparation.

D'après l'ancien art. 82 al. 1 RAVS, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, le droit de demander la réparation du 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, et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du fait dommageable. En tant qu'il s'agit de délais de péremption, la caisse de compensation est déchue du droit d'exiger la réparation du dommage si elle n'a pas agi dans les délais requis (cf. ATF 128 V 12 consid. 5a, 17 consid. 2a, 126 V 451 consid. 2a, 121 III 388 consid. 3b et les références; cf. également Andrea BRACONI, Prescription et péremption dans l'assurance sociale, in : Droit privé et assurances sociales, Fribourg 1990, p. 223 et 227 ss). En revanche, si elle a rendu une décision de réparation du dommage dans ces délais et, en cas d'opposition, ouvert une action dans les 30 jours à compter du moment où elle a eu connaissance de l'opposition (ancien art. 81 al. 3 RAVS), ses droits sont sauvegardés pour toute la durée de la procédure, jusqu'à ce que la décision entre en force ou qu'un jugement définitif soit rendu (cf. consid. 5.1.1 de l'arrêt F. du 30 novembre 2004, H 96/03, publié in SVR 2005 AHV n° 15 p. 49; RCC 1991 p. 136 consid. 2c; arrêt non publié B. du 8 janvier 1990 [H 102/88] consid. 2c).

Avec l'entrée en vigueur de la LPGA, au 1er janvier 2003, l'art. 82 RAVS a été abrogé. Depuis lors, le nouvel art. 52 LAVS (introduit par le ch. 7 de l'annexe à la LPGA) prévoit en son al. 3 que 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 et l'employeur peut renoncer à s'en prévaloir. Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (cf. SVR 2005 AHV n° 15 p. 49 consid. 5.1.2; FF 1994 V 964 sv., 1999 p. 4422).

La LPGA ne contient pas de disposition transitoire relative aux délais de péremption et de prescription prévus par l'ancien art. 82 RAVS et l'art. 52 al. 3 LAVS. Dans un arrêt du 27 septembre 2005 (ATF 131 V 425), le Tribunal fédéral des assurances a jugé que les **prétentions en dommages-intérêts qui n'étaient pas encore périmées au 1er janvier 2003 sont assujetties aux règles de prescription de l'art. 52 al. 3 LAVS** qui sont entrées en vigueur à ce moment-là (consid. 5.1 et 5.2), confirmant ainsi le bien-fondé de la pratique administrative (ch. 7057.1 des directives de l'OFAS sur la perception des cotisations). En revanche, la Cour de céans a laissé ouverte la question de savoir si la période écoulée sous l'ancien droit doit être portée en compte dans le délai de prescription de deux ans de l'art. 52 al. 3 LAVS (consid. 5.2).

4. Par "moment de la connaissance du dommage", il faut entendre, en règle générale, le moment où la caisse aurait dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances ne lui permettaient plus de recouvrer les cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (VSI 2001 consid. 3a p. 195; VSI 2001 consid. 2a p. 98; VSI 1996 consid. 3b p. 172; VSI 1995 consid. 2 p. 169s; ATF 119 V 92 consid. 3 = VSI 1993 p. 110; ATF 118 V 195 consid. 3a et réf. cit. = VSI 1993 p. 83; VSI 1993 consid 3a p. 84; RCC 1992 consid. 5b p. 265; ATF 116 V 75 consid. 3b = RCC 1990 p. 415; ATF 113 V 181 consid. 2 = RCC 1987 p. 607; ATF 112 V 8 consid. 4d = RCC 1986 p. 493; ATF 112 V 158 = RCC 1987 p. 217). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a "rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer " (cf. FRITSCHE, "Schuldbetreibung und Konkurs" II , 2ème éd., p. 112), d'où la perte de la caisse.

Une caisse de compensation a en principe la possibilité de consulter l'état de collocation au plus tôt au jour de la publication dans la FOSC ou – si l'Office des poursuites n'est pas accessible ce jour-là – dès le premier jour ouvrable suivant (ATF 112 III 42). Selon la jurisprudence, pour déterminer le moment de la connaissance du dommage, il faut se fonder sur la possibilité effective de consulter le dossier auprès de l'Office des poursuites (c'est-à-dire sur le jour de la publication correspondante dans la FOSC, pour autant qu'à ce même jour l'Office des poursuites soit accessible au public) ou – s'il a été renoncé à cette consultation – sur la fin du délai de présentation (VSI 1996 consid. 4a p. 173; VSI 1993 consid. 4a p. 112).

En l'espèce, l'état de collocation a été déposé le 23 juin 2004. Au regard des principes jurisprudentiels qui viennent d'être rappelés, il faut considérer que c'est ce jour-là que la caisse de compensation a eu connaissance de son dommage.

En notifiant sa décision en réparation du dommage le 27 juin 2005, la caisse de compensation a respecté le délai de prescription de deux ans instauré par le nouvel art. 52 al. 3 LAVS et a donc agi en temps utile.

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

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

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

   L'obligation de percevoir les cotisations et de régler les comptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. Celui qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (VSI 1993 p. 83 ss consid. 2a; ATF 111 V 173 consid. 2 = RCC 1985 p. 649; ATF 108 V 186 consid. 1a; ATF 108 V 192 consid. 2a = RCC 1983 p. 100; RCC 1985 p. 646 consid. 3a).

7. En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse en raison de la faillite de la société, ce qui représente, pour la période 1999-2001 un montant de 172'035 fr. 20. Ce montant a été clairement établi par l'intimée dans sa décision en réparation du dommage. L'intimée a par ailleurs produit les attestations de salaire sur lesquelles elle s'est basée pour calculer les cotisations dues; ses décisions de cotisation n'ont jamais fait l'objet d'aucune

contestation de la part du recourant avant la faillite de la société et le comptable, entendu en tant que témoin, n'a pas non plus remis en question les montants des cotisations. Le recourant n'amenant aucun élément permettant de douter du bien-fondé du calcul de la caisse, il y a lieu de confirmer le montant réclamé.

Le recourant fait également valoir qu'il n'a pas à répondre des cotisations dues avant son entrée en fonction.

Selon la jurisprudence rappelée par l'intimée, lorsqu'il prend en charge son mandat, le membre d'un conseil d'administration assume la responsabilité aussi bien des charges d'assurances sociales en cours que de celles qui sont restées impayées par l'entreprise et qui portent sur des année antérieures. Il est ainsi de son devoir de veiller à ce que soient payées non seulement les cotisations en cours mais également les cotisations échues dues depuis des années. Le Tribunal fédéral des assurances a jugé qu'il n'y avait pas de raison de faire la différence entre ces deux sortes d'obligations car il y a, dans les deux cas, un lien de cause à effet entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations dues pour la période d'activité du conseil d'administration et celles dues pour la période antérieure (RCC 1992 consid. 7b p. 269). Ce lien de cause à effet n'existe pas, toutefois, quand un dommage au sens de l'art. 52 LAVS préexiste, parce que la société était déjà insolvable avant l'entrée du nouveau membre au conseil d'administration (ATF 119 V 407 consid. 4c).

En l'espèce, il ressort des bilans versés à la procédure que lorsque le recourant a débuté son mandat d'administrateur en novembre 2000, la société était bien surendettée. En 1999, les actifs, qui ne s'élevaient qu'à 256'119 fr. 40, ne couvraient déjà plus les passifs, de 410'724 fr. Cela a du reste été indirectement confirmé par Monsieur A_____ qui a reconnu en audience qu'il aurait été difficile à la société de régler ses arriérés, malgré les chantiers importants qui aurait pu lui être confiés.

En conséquence, c'est à juste titre que le recourant soutient qu'il ne peut se voir imputer la responsabilité des cotisations dues pour la période précédent son entrée en fonction. Sur ce point, le recours doit donc être admis et la cause sera renvoyée à l'intimée afin que cette dernière recalcule le montant du dommage.

Il convient maintenant d'examiner la responsabilité du recourant à compter de sa prise de fonction en gant qu'administrateur.

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

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

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

Il se justifie d'appliquer les mêmes principes dans le cadre de l'article 52 LAVS car la responsabilité subsidiaire des organes d'une personne morale, dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants, découle indirectement des articles 55 alinéa 3 du code civil (CC; RS 210) et 754 CO, considérés comme l'expression de règles générales (ATF 96 V 125 = RCC 1971 p. 478). Au demeurant, les motifs qui sont à la base d'une extension de la notion d'organe en droit civil et qui procèdent de la volonté d'accorder une protection efficace aux créanciers sociaux sont tout aussi valables s'agissant de la responsabilité de droit public instituée par l'article 52 LAVS. Enfin, sous l'angle du principe de l'égalité de traitement entre les justiciables, il serait inéquitable, le cas échéant, de ne rechercher que les personnes inscrites au RC, lesquelles, précisément, n'avaient peut-être aucun pouvoir réel de décision (RCC 1988 p. 633 consid. 3).

En l'espèce, il ressort de l'extrait du RC que le recourant a été administrateur avec signature individuelle de la société de novembre 2000 à la faillite de la société. Il est ainsi indéniable qu'il avait la qualité d'organe de la société faillie, ce qu'il ne conteste d'ailleurs pas.

Encore faut-il examiner s'il s'est rendu coupable d'une violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions régissant l'AVS. En effet, l'obligation de réparer le dommage n'existe, dans le cas concret, que s'il n'y a pas de circonstances faisant apparaître comme justifié le comportement de l'employeur ou excluant qu'il ait commis une faute intentionnellement ou par négligence. Il est donc concevable

qu'un employeur causant un dommage à une caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions de l'AVS mais ne soit néanmoins pas tenu de la réparer, si des circonstances spéciales permettent de conclure que la non observation desdites prescriptions était permise ou ne représentait pas une faute (RCC 1985 p. 603 consid. 2 et réf. citées).

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

9. En l'espèce, le recourant n'a pas nié avoir été conscient du fait que les cotisations sociales n'était pas acquittées et avoir donné la priorité au paiement d'autres factures, plus pressantes. Il a allégué avoir entretenu l'espoir de pouvoir redresser la situation en honorant les mandats importants qui ne manqueraient pas d'arriver.

La jurisprudence admet que l'on puisse 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, 193 consid. 2b; RCC 1985 p. 603 consid. 2, 647 consid. 3a). Ainsi, 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. 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; RCC 1992 p. 261 consid. 4b).

Mais 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). De fait, ce n’est que si l’employeur dispose, au moment où il prend sa décision, de raisons sérieuses et objectives de penser que sa société pourra s’acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable, que son comportement n’est pas fautif (ATF 108 V 188 ; RCC 1992 p. 261 consid. 4b).

En l'espèce, ainsi que cela a été relevé plus haut, la situation était déjà obérée lorsque le recourant est entré en fonction et il en avait parfaitement conscience. Son comptable a attiré son attention sur le fait que l'arriéré de charges sociales s'élevait déjà à 120'000 fr. à la fin de l'année 1999 et à 152'000 fr. fin 2000. Le recourant était informé du fait que les pertes s'étaient élevées à 145'000 fr. en 1997 et Monsieur A_____ a admis que même si la société avait un chantier en cours avec Z_____ qui devait s'élever à 200'000-300'000 fr. cela n'aurait pas suffi à tirer la société d'affaire. En pareilles circonstances, on ne saurait admettre que le recourant avait des raisons sérieuses et objectives de penser que le retard dans le règlement des cotisations aux assurances sociales n'était que passager, au sens de la jurisprudence (a contrario, voir aussi ATF 121 V 243). Il n'était donc pas autorisé, aux conditions posées par la jurisprudence, à différer le paiement des cotisations qu'il avait retenues sur les salaires payés, sous peine de commettre une négligence grave sanctionnée par l'art. 52 LAVS (ATFA 277/01 du 29 août 2002 consid. 3) d'autant qu'alors qu'il laissait en souffrance les créances de la caisse de compensation, il s'acquittait d'autres dettes plus pressantes, faisant ainsi bénéficier son entreprise d'un financement illicite par les deniers publics (ATFA 134/02 du 30 janvier 2003 consid. 3.1; cf. ATF 108 V 196 consid. 4).

Eu égard aux considérations qui précèdent, le recourant ne saurait être exonéré de sa responsabilité d'organe envers la caisse de compensation pour la période postérieure à sa nomination comme administrateur.

En conséquence, le recours n'est que partiellement admis, la responsabilité du recourant étant en revanche dégagée concernant la période antérieure à sa nomination.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement au sens des considérants.

3. Renvoie la cause à l'intimée afin que cette dernière recalcule le montant du dommage en tenant compte du fait que Monsieur S_____ ne peut être tenu responsable du non-paiement des cotisations échues dues pour la période durant antérieure à son entrée au conseil d'administration, le 23 novembre 2000.

4. Confirme les décisions des 27 juin 2005 et 2 mars 2006 en tant qu'elles concluent à la responsabilité de Monsieur S_____ s'agissant du non-paiement des cotisations échues dues pour la période postérieure au 23 novembre 2000.

5. Condamne l'intimée à verser au recourant la somme de Fr. 1'500,- à titre de dépens.

6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière	La présidente
Janine BOFFI	Karine STECK

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