



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1280/1999

ATAS/522/2004

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

3^{ème} chambre

du 1^{er} juillet 2004

En la cause

**CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'ASSURANCE
VIEILLESSE ET SURVIVANTS DE LA FEDERATION DES
ENTREPRISES ROMANDES, 98, rue de Saint-Jean, 1201 Genève**

Demanderesse

contre

Monsieur K_____, ancien administrateur de X_____ SA
(faillie)

Défendeur

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,

Mesdames Juliana BALDE et Doris WANGELER, juges,

EN FAIT

1. X_____ SA (ci-après : la société) a été inscrite au Registre du commerce de Genève (ci-après : RC) le 30 juin 1994 et avait notamment pour but le développement et la commercialisation d'équipements et de procédés de reproduction photographiques, graphiques, cinématographiques et audiovisuels, ainsi que de tous autres appareils automatiques et manuels destinés à la projection ou à la reproduction d'images, d'objets et de documents. A cette même date ont été inscrits au RC Monsieur K_____ en tant qu'administrateur et Monsieur O_____ en qualité de directeur. Tous deux ont été mis au bénéfice d'une signature individuelle. La société s'est affiliée à la Caisse interprofessionnelle d'assurance-vieillesse et survivants de la Fédération des syndicats patronaux (devenue depuis lors la Caisse interprofessionnelle d'assurance-vieillesse et survivants de la Fédération des entreprises romandes [ci-après : la Caisse])
2. La société a engagé du personnel à compter du 1^{er} janvier 1996 et a immédiatement éprouvé des difficultés à s'acquitter des cotisations sociales. Par courrier du 16 décembre 1996, alors que la société n'avait encore payé aucune cotisation et que l'office des poursuites avait été saisi, la caisse l'a informée qu'une plainte pénale serait déposée contre elle si elle ne régularisait pas sa situation.
3. Par courrier du 26 décembre 1996, la société a proposé à la caisse de s'acquitter de sa dette par des versements mensuels de 1'800 fr. dès le mois de janvier 1997. La caisse a accepté cette proposition, à condition que les cotisations courantes soient payées dans les délais légaux et que les acomptes concernant les cotisations arriérées soient versés ponctuellement.
4. L'arrangement n'ayant pas été respecté, il a été dénoncé par la caisse le 10 juin 1997, ce dont Messieurs O_____ et K_____ ont été avertis par courriers séparés. Il était précisé que faute de paiement du solde de la dette dans un délai de 14 jours, le cas serait dénoncé au Procureur général. A ce moment, la dette s'élevait à 21'404 fr. 50, dont une part pénale de 8'325 fr. 05.
5. Suite à ces courriers, un nouvel arrangement, identique au premier, a été conclu à compter du 30 juin 1997. Les 6 août et 8 septembre 1997, la caisse a insisté auprès de la société, qui avait du retard dans ses versements, pour qu'elle le respecte.
6. Par jugement du Tribunal de première instance du 18 novembre 1997, la société a été déclarée en faillite.
7. Constatant que l'arrangement n'avait à nouveau pas été respecté, la caisse a signalé, par courrier le 19 novembre 1997, à Messieurs O_____ et K_____ qu'à

défaut de paiement de la somme de 6'710 fr. 40 dans un délai de deux semaines, leur cas serait dénoncé au Procureur général.

8. Dans sa réponse du 26 novembre 1997, Monsieur K_____ a indiqué que Monsieur O_____ s'était engagé à effectuer le versement dans le délai imparti.
9. Le 22 décembre 1997, la caisse a dénoncé les faits au Procureur général, lui indiquant que Messieurs O_____ et K_____ avaient retenu sur les salaires de leurs employés durant les mois de juillet à octobre 1996, janvier, mars, juin à août 1997 la part de cotisation incombant aux salariés pour un montant de 4'883 fr. 30 et n'avaient pas payé les contributions en matière d'allocations familiales des mois de juillet à octobre 1996, janvier, mars, juin à août 1997 (soit un montant de 1'450 fr. 50). Les cotisations paritaires dues à la caisse au total s'élevaient à 19'485 fr. 25.
10. En date du 23 décembre 1997, Monsieur O_____ s'est acquitté de la somme de 6'710 fr. 40.
11. Constatant le défaut d'actifs, le Tribunal de première instance a prononcé la suspension de la faillite de la société par jugement du 26 juin 1998. Par jugement du 20 octobre 1998, il a clôturé la faillite pour défaut d'actifs. L'Office des poursuites et des faillites a renvoyé à la caisse sa production définitive du 29 septembre 1998 pour la somme de 12'909 fr. 85 en lui indiquant que l'affaire devait être considérée comme perdue.
12. Par décision du 25 juin 1999, la caisse a notifié à Messieurs O_____ et K_____ une décision en réparation du dommage de 11'641 fr. 95.
13. Monsieur K_____ s'est opposé à cette décision par courrier du 28 juin 1999.
14. Le 12 juillet 1999, la caisse a déposé une requête en mainlevée de l'opposition auprès de la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants. Elle a fait valoir que Monsieur K_____ avait failli à son obligation de veiller à ce que la cotisation du salarié soit déduite sur chaque salaire et versée à la caisse de compensation en même temps que la cotisation de l'employeur, alors même qu'il savait que la société connaissait des problèmes de liquidités et de paiement des cotisations. La caisse a relevé qu'il n'avait rien entrepris pour y remédier. Elle a constaté que son attitude démontrait qu'il n'était pas en mesure d'exercer ses fonctions car la société était en réalité dirigée par une autre personne.
15. Par courrier du 9 août 1999, Monsieur K_____ a indiqué que des acomptes mensuels de 350 fr. seraient effectués par Monsieur O_____ pour régler le litige à l'amiable.

16. Le 21 janvier 2002, la caisse a informé la Commission de recours que les procédures en recouvrement intentées contre Monsieur O _____ avaient abouti à un acte de défaut de biens, de sorte que le montant réclamé à Monsieur K _____ restait inchangé.

EN DROIT

1. a) La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 1 let. r LOJ).

Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après TA) a constaté d'office la nullité de l'art. 1 let. r LOJ, considérant que le TCAS avait été créé en violation de l'art. 131 de la Constitution genevoise - Cst GE -.

b) Force est de constater que cette conclusion ne saurait lier le tribunal de céans, aux motifs suivants :

- elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, et non ses motifs. L'autorité de la chose jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ; Knapp, Précis de droit administratif, 4^{ème} édition, 1991, p. 248 ss ; Habscheid, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313 et ss.).
- l'autorité de la chose jugée ne vaut quoi qu'il en soit que pour les moyens que le tribunal pouvait examiner (cf. Knapp, op. cit. p. 251). Or, il apparaît en l'espèce douteux que le TA devait, et même pouvait, à l'occasion d'un recours interjeté pour violation des droits politiques contre un arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de l'élection des juges assesseurs au TCAS, contrôler la constitutionnalité de la loi instituant cette juridiction.
- une loi inconstitutionnelle ne saurait être déclarée nulle. Seul, l'acte pris en application de celle-ci est annulable (cf. Jean-François Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, vol. I, 1991, p. 178, note 430). Il convient au surplus de relever qu'un tribunal se doit en règle générale d'agir avec retenue, plus particulièrement lorsque les conséquences de l'annulation bouleverseraient tout un régime juridique (ATF 112 Ia 313). Tel est manifestement le cas ici, dès lors que le considérant topique de l'arrêt du TA revient à nier l'existence d'une

juridiction qui fonctionne depuis le 1^{er} août 2003 déjà, et dont les juges titulaires, ainsi que les juges suppléants, ont été régulièrement élus.

c) Le TCAS examine d'office sa compétence ; vu l'arrêt du TA du 30 mars 2004 niant jusqu'à son existence, il a également à vérifier la conformité à l'art. 131 Cst GE de la loi l'instituant.

Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales -LPGA-, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

Selon l'art. 131 al. 1 Cst GE, « La loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales ; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence ». Lors de la création du TA en 1971, la disposition constitutionnelle a été complétée par un alinéa 2, libellé comme suit : «Un tribunal administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit ».

La Constitution s'interprète selon les mêmes principes que les lois ordinaires. Les règles d'interprétation permettant au juge de dégager le sens d'une disposition sont connues : ce dernier peut recourir à une interprétation littérale, historique, téléologique ou systématique de la norme. Le juge devra partir prioritairement du texte clair de la loi. Le TA, dans son arrêt du 30 mars 2004, a considéré que le texte de l'art. 131 al. 2 Cst GE ne laissait pas de place pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif ; il a interprété « un tribunal » comme signifiant « un seul tribunal ». Or, l'art. 131 al. 2 Cst GE précise que ce tribunal administratif est institué « dans les cas où la loi le prévoit ». C'est dire que nécessairement le reste du contentieux administratif relève d'autres juridictions. Ainsi l'interprétation littérale permet à elle seule de conclure que le terme « un » doit être qualifié, grammaticalement, d'article indéterminé.

Une telle analyse est du reste confirmée par les interprétations historique et téléologique. Il résulte des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil – MGC - 1970, p. 554 ss.) que le législateur en 1970 entendait créer, aux côtés des juridictions civiles et pénales existantes prévues à l'art. 131 al. 1 Cst GE, un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif. Ce tribunal était destiné à remplacer les autres autorités – Conseil d'Etat, commissions de recours, etc... qui

avaient à connaître des recours contre les décisions des départements. Il n'était cependant pas question que ce remplacement soit général, raison pour laquelle ce tribunal s'était vu doté de compétences d'attribution. Il était évident que certaines commissions spéciales devaient subsister, notamment en raison de leur composition particulière (composition paritaire, experts...). Selon le Mémorial du Grand Conseil, p. 557, « dans le système envisagé, le TA, le Conseil d'Etat et les commissions spécialisées dont le maintien aura été décidé, constitueront autant de juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

Dès le 1^{er} janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d'une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de ces juridictions n'a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d'assurances sociales, jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l'occurrence.

Si l'on devait suivre l'interprétation du TA dans son arrêt du 30 mars 2004, non seulement le TCAS, mais également toutes les autres commissions de recours spéciales, y compris celles rattachées au TA lui-même seraient inconstitutionnels. Tel n'a manifestement pas été le but visé par le législateur.

Au vu de ce qui précède, la création du TCAS en application de la LPGA est conforme à la Constitution genevoise.

L'élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004, le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire permettant au TCAS de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

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, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (ci-après : LAVS ; art. 1^{er} let. r et 56V al. 1^{er} let. a ch. 1 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 (ci-après : LPGA) est entrée en vigueur le premier janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances

sociales, notamment en ce qui concerne l'art. 52 LAVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'art. 52 LAVS et les art. 81 et 82 du Règlement sur l'assurance vieillesse et survivants, du 31 octobre 1947 (ci-après : RAVS) ont été abrogés. Le cas d'espèce reste néanmoins régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel le juge des assurances sociales n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 127 V 467, consid. 1 ; 121 V 386, consid. 1b ; également dispositions transitoires, art. 82 al. 1 LPGA).

4. a. Aux termes de l'art. 82 al. 1^{er} 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 en l'occurrence 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 » (FRITSCHÉ, *Schuldbetreibung und Konkurs* II, 2^{ème} 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). Si la faillite n'est liquidée ni selon la procédure ordinaire ni selon la procédure sommaire, il faut admettre que

la connaissance du dommage – né au moment de l'ouverture de la faillite – intervient en règle générale au moment de la suspension de la faillite faute d'actifs, la date de la publication de cette mesure dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) étant déterminante (ATF 123 V 16 consid. 5c.). Aussi n'y a-t-il plus lieu de préciser dans ces cas-là, comme cela était la règle selon la jurisprudence antérieure (RCC 1990 p. 302 ss ATF 128 V 12) que la connaissance et la survenance du dommage interviennent en même temps (ATF 129 V 193 consid. 2.3).

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 de la LAVS (ATF 114 V 220 sv.), 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. Il résulte des pièces du dossier que par jugement du 18 novembre 1997, le Tribunal de première instance de la République et canton de Genève (ci-après : TPI) a prononcé la faillite de la société X_____ SA. Par jugement du 26 juin 1998, le TPI, constatant qu'il était probable que la masse ne suffirait pas à couvrir les frais de la liquidation sommaire, a prononcé la suspension de la faillite. Aucun créancier n'ayant requis la liquidation de la faillite ni effectué l'avance de frais requise, le TPI a prononcé la clôture de la faillite par jugement du 20 octobre 1998.

Conformément à la jurisprudence, la connaissance du dommage était effectivement encore incertaine pour la caisse, jusqu'au jour de la publication de la suspension de la faillite faute d'actifs, soit quelques jours après le 26 juin 1998. C'est à ce moment-là seulement que la caisse a pu se rendre compte qu'elle subirait incontestablement un dommage.

En notifiant son action en réparation du dommage à l'encontre des défendeurs en date du 25 juin 1999, la caisse a agi dans le délai péremptoire d'un an prescrit par l'art. 82 al. 1^{er} RAVS.

L'opposition formée par acte du 28 juin 1999 a également été interjetée en temps utile. La caisse ayant déposé sa requête en mainlevée contre l'administrateur le 12 juillet 1999, il s'ensuit que tant l'opposition que la requête en mainlevée sont recevables en la forme (art. 81 al. 3 et 82 al. 2 RAVS).

5. 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 subie par la Caisse en raison de la faillite de la société X_____SA, pour un montant de 11'641 fr. 95. La Caisse produit elle-même à l'appui de sa demande un courrier du 28 octobre 1998 de l'Office des poursuites l'informant qu'elle devait considérer cette affaire comme perdue en raison de la clôture de la faillite pour acuse de constatation de défaut d'actif. Le montant du dommage n'est par ailleurs pas contesté par le défendeur.

6. 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 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 affirmé expressément 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).

7. a. Lorsque l'employeur est une personne morale, ses organes répondent solidairement, à titre subsidiaire, du dommage causé par celui-ci, notamment quand la personne morale n'existe plus au moment où la responsabilité est engagée (n° 6003 des directives de l'Office fédéral des assurances sociales sur la perception des cotisations [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 (n° 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le TFA s'est toujours référé à l'art. 754 al. 1er CO, en corrélation avec l'art. 759 al 1er 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 et l'arrêt du 21 avril 1988 en la cause A; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., p. 209ss).

b. En l'espèce, le défendeur était inscrit au RC en qualité d'administrateur de la société faillie dès le 30 juin 1994, soit dès le moment où la société a commencé ses activités. Il avait ainsi indiscutablement la qualité d'organe de la société, ce qu'il ne conteste au demeurant pas.

8. a. Un administrateur ne peut se libérer de sa responsabilité de veiller personnellement à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés soient payées à la caisse en soutenant qu'il faisait confiance à ses collègues chargés de l'administration du personnel de l'entreprise et du versement desdites cotisations à la caisse de compensation. Il a au contraire le devoir d'exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données (art. 716 a al. 1 ch. 5 CO). Si les membres du conseil d'administration qui ne sont pas chargés de la gestion ne sont certes pas tenus de surveiller chaque affaire des personnes chargées de la gestion et de la représentation mais peuvent se limiter au contrôle de la direction et de la marche des affaires, ils doivent cependant, entre autres obligations, se mettre régulièrement au courant de la marche des affaires, exiger des rapports et les étudier minutieusement et, au besoin, demander des renseignements complémentaires et essayer de tirer au clair d'éventuelles erreurs (ATF 114 V 223 consid. 4a ; ATF non publié H 265/02 du 3 juillet 2003).

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-e. 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, le défendeur savait dès le début que sa société connaissait d'importantes difficultés financières, qu'elle n'avait ainsi pas versé de cotisations sociales à la caisse durant plus d'une année et qu'elle n'avait commencé à verser des acomptes qu'après avoir reçu une menace de dépôt de plainte pénale. Il est apparu que l'administrateur se reposait entièrement sur le directeur de la société, sans réellement contrôler ce qu'il faisait. Ainsi, le directeur s'engageait auprès de la caisse et de l'administrateur à exécuter des versements à certaines échéances, lesquelles n'étaient jamais respectées. Les arrangements qu'il a obtenus de la caisse n'ont jamais été respectés plus de deux mois, au point que celle-ci a fini par déposer plainte pénale en décembre 1997. S'agissant du fonctionnement de la société et du rôle du défendeur, le courrier qu'il a fait parvenir à la caisse en date du 26 novembre 1997 est à cet égard symptomatique. Alors que la caisse l'avait informé personnellement qu'elle déposerait plainte pénale contre lui en cas de défaut de paiement de la part pénale des cotisations sociales dans un certain délai, l'administrateur a indiqué que ce montant serait payé par le directeur. Il remerciait par avance la caisse de bien vouloir l'informer au cas où ce versement ne serait pas effectué dans les délais afin qu'il puisse « prendre les mesures nécessaires le cas échéant ».

Ce qui précède démontre bien que l'administrateur n'était pas à même de remplir son rôle, bien qu'il fût au courant que certaines responsabilités importantes lui incombaient de manière impérative. Conformément à la jurisprudence, un tel comportement est constitutif de négligence grave.

A la lecture du dossier, on se rend par ailleurs compte que les retards en matière de cotisations sociales atteignaient déjà la somme de 23'201 fr. 50 à la fin du mois d'octobre 1996. Il est donc évident que le défendeur, refusant de reconnaître que les difficultés traversées n'étaient pas de simples problèmes de trésorerie et qu'il lui serait vraisemblablement impossible d'en sortir, a continué l'exploitation de l'entreprise durant pratiquement deux ans, provoquant ainsi une augmentation conséquente du dommage subi par la caisse. Un administrateur diligent se serait inquiété de la capacité de la société à rembourser ses dettes exigibles, qui augmentaient au fur et à mesure de l'écoulement du temps. Cela est d'autant plus vrai que le défendeur aurait dû se rendre compte que la société n'était pas en mesure de tenir les délais des arrangements fixés d'entente entre la caisse et le directeur de la société. Au surplus, le défendeur ne pouvait se libérer de l'obligation qui lui incombait de veiller personnellement au paiement des cotisations sociales (ATF 114 V 223 consid. 4a ; ATF non publié H 265/02 du 3 juillet 2003). Enfin, il

n'allègue pas avoir pris des mesures particulières pour empêcher la survenance du dommage.

Eu égard à ces considérations, le Tribunal considère que le défendeur n'a pas pris les mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre de lui, vu l'état de surendettement de la société, causant ainsi un dommage à la caisse au sens de l'art. 52 LAVS, raison pour laquelle la demande de mainlevée de l'opposition du défendeur est admise.

**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 la demande en mainlevée déposée le 12 juillet 1999 par la Caisse interprofessionnelle d'assurance-vieillesse et survivants de la fédération des entreprises romandes contre Monsieur K_____ ;

Au fond :

2. Prononce la mainlevée de l'opposition formée par Monsieur K_____ à hauteur de 11'641 fr. 95 ;
3. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions ;
4. Dit que la procédure est gratuite ;
5. 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).

Le greffier :

Janine BOFFI

La Présidente :

Karine STECK

Le secrétaire-juriste :

Marius HAEMMIG

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