



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1283/1998

ATAS/138/2004

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 16 mars 2004

1ère Chambre

En la cause

**CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'AVS DE
LA FEDERATION ROMANDE DES SYNDICATS
PATRONAUX (CIAM)**

Rue de Saint-Jean 98, 1211 GENEVE 11

demanderesse
en mainlevée
d'opposition

contre

Monsieur K _____

défendeur
ancien administrateur
de X _____
(exclue de la CIAM)

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente, Mmes Juliana BALDE et Maya CRAMER, Juges

EN FAIT

1. La société X_____ SA (ci-après la Société) est une société anonyme inscrite au registre du commerce de Genève depuis le 3 juin 1992. Son but consiste en l'organisation de voyages, location d'appartements et de véhicules automobiles sans chauffeur, importation et exportation de produits (cf. pièce 70, fourre Caisse).
2. Monsieur M_____ a été inscrit au registre du commerce comme administrateur avec signature individuelle dès le 3 juin 1992, puis radié le 13 juillet 1998. Monsieur Olivier K_____ (ci-après le défendeur) a été inscrit le 13 juillet 1998 comme administrateur avec signature individuelle. Il a donné sa démission le 7 décembre 1998 et a été radié du registre du commerce le 16 décembre 1998. Monsieur H_____ a été inscrit comme directeur avec signature individuelle à partir du 3 juin 1992 (cf. pièce 70, fourre Caisse).
3. La Société occupait plusieurs salariés et était affiliée dès sa fondation à la Caisse interprofessionnelle d'assurance vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux (ci-après la CIAM ; cf. pièce 70, fourre Caisse).
4. Par courrier du 26 mai 1994, la CIAM a informé la Société que des poursuites pénales seraient engagées à son encontre pour soustraction des cotisations afférentes aux périodes de juillet à septembre 1993 (solde), octobre à décembre 1993, complément janvier à décembre 1993, et janvier à mars 1994. La société a opéré plusieurs versements de cotisations arriérées. Toutefois, les 13 mai 1996, 22 novembre 1996 et 15 mai 1997, la CIAM a dû menacer la Société de poursuites pénales pour n'avoir pas remis d'attestation de salaires versés durant les années 1995 et 1996 et pour soustraction de cotisations pour les périodes d'août à octobre 1995 et janvier à septembre 1996. La CIAM a ensuite réclamé le 12 juin 1997 le paiement des cotisations paritaires pour les périodes de novembre à décembre 1996, complément au forfait année 1996, et période de janvier à mars 1997, ainsi que pour défaut de renseignements concernant les déclarations de salaires globaux pour l'année 1996 et pour les mois de février et mars 1997. La CIAM a encore régulièrement menacé la Société de dénonciations pénales à partir du 13 août 1997 (cf. pièces 18, 33, 36, 43, 44, 49, 54 à 58, 60, 61 et 63 fourre Caisse).

5. Le 11 août 1997, la CIAM a finalement exclu la Société de son association en raison des retards réitérés dans le paiement des cotisations sociales (cf. pièce 48, fourre Caisse).
6. Du 17 octobre 1997 au 12 juin 1998, l'office des poursuites a délivré à la CIAM plusieurs actes de défaut de biens après saisie portant sur un montant total de 7'299 fr. 84 (cf. pièce 16, fourre Caisse).
7. Par courrier du 11 septembre 1998, la CIAM a accepté de procéder à un arrangement du paiement des cotisations AVS-AI concernant les compléments années 1996 et 1997, consistant en un premier versement de Fr. 2'000 dans les dix jours et à des acomptes mensuels de Fr. 500 dès le 30 octobre 1998 pour amortir le montant de 7'943 fr. 75.
8. Par trois décisions notifiées séparément le 30 septembre 1998 à Messieurs H_____, M_____ et K_____, pris en tant que débiteurs conjoints et solidaires, la CIAM a requis la réparation du dommage qu'elle subissait pour non paiement des cotisations paritaires. Elle leur a réclamé le paiement de la somme de 31'846 fr. 60, soit les cotisations paritaires dues par la société pour les périodes d'août à octobre 1995, janvier 1996, juillet à décembre 1996, complément année 1996, février à août 1997, novembre à décembre 1997, complément année 1997, ainsi que les cotisations dues au régime des allocations familiales de la période complément année 1997 (cf. pièces 1, 3, 4, fourre Caisse).
9. Par trois courriers du 30 septembre 1998, adressés séparément à Messieurs H_____, M_____ et K_____, la CIAM a encore menacé la Société du dépôt d'une plainte pénale pour soustraction des cotisations afférentes aux périodes complément années 1996 et 1997, soit 6'124 fr. 55, et soustraction des cotisations dues au régime des allocations familiales, représentant 1'819 fr. 20, soit 7'943 fr. 75 au total (cf. pièces 64 à 67, et 69 fourre Caisse).
10. Dans deux courriers des 2 et 12 octobre 1998 adressés à la Société, à l'attention de Monsieur H_____, Monsieur K_____ a menacé de démissionner de ses fonctions d'administrateur si la société ne payait pas les cotisations arriérées dues à la CIAM (cf. pièce 69 fourre Caisse).
11. Le défendeur a formé opposition par acte du 15 octobre 1998. Il a exposé que lors de sa nomination au poste d'administrateur de la Société le 13 juillet 1998, Monsieur H_____ lui avait soumis un bilan au 31 décembre 1997, sans lui préciser que les créanciers présentés au bilan sous « divers » pour un montant de 39'007 fr. 20 représentaient en réalité, notamment, des créances de la CIAM pour

le paiement de cotisations dues. Il a allégué que la Société ne lui avait pas communiqué les courriers de la CIAM des 25 août et 11 septembre 1998 et qu'en tout état de cause, les cotisations réclamées ne le concernaient pas, puisqu'elles portaient sur une période antérieure à sa prise de fonction au sein de la Société. Il a précisé avoir interpellé M. H_____, par courriers des 2 et 12 octobre 1998, au sujet de l'état réel des dettes de la Société à l'égard de la CIAM, sans avoir obtenu de réponses (cf. pièces 10 et 11, fourre Caisse).

12. Dans une décision rectificative du 11 novembre 1998 adressée à M. K_____, la CIAM a exposé qu'elle ne le tenait pas pour responsable du dommage préexistant à son arrivée dans la société en date du 13 juillet 1998 et qu'elle n'exigeait donc pas de lui qu'il paie les montants correspondant aux actes de défauts de biens des 17 octobre 1997 et 12 juin 1998.

Toutefois, la CIAM a maintenu sa demande s'agissant des cotisations dont la procédure de recouvrement était en cours durant son mandat d'administrateur, soit les cotisations dues par la Société pour les périodes de cotisations compléments années 1996 et 1997, compléments juin, novembre et décembre 1997, mars 1997, juillet à décembre 1997 et aux cotisations dues au régime des allocations familiales de la période complément année 1997.

La CIAM réduisait ainsi sa prétention à la somme de 25'522 fr. 10, en lieu et place de celle de 31'846 fr. 60 indiquée dans sa décision en réparation du dommage du 30 septembre 1998 (cf. pièce 71, fourre Caisse).

13. Le 13 novembre 1998, la CIAM a requis de la Commission de recours en matière d'AVS-AI (ci-après la CRAVS) la mainlevée de l'opposition de Monsieur K_____ du 15 octobre 1998, estimant qu'il aurait dû réagir plus promptement pour régulariser sa situation à l'égard de la Caisse, sans attendre la menace d'une dénonciation pénale du 30 septembre 1998. La CIAM a fait valoir que Monsieur K_____ ne pouvait ignorer que des créanciers figuraient au passif de la société pour un montant substantiel, ni qu'il était tenu à un devoir de diligence et de surveillance concernant la gestion de la Société. Elle a précisé que Messieurs H_____ et M_____ n'avaient pas formé opposition aux décisions du 30 septembre 1998.
14. Dans un courrier du 16 novembre 1998 adressé à la CIAM, Monsieur K_____ a formé opposition à la décision rectificative du 11 novembre 1998 et contesté devoir le montant de 25'522 fr. 10.

15. Par courrier du 19 novembre 1998 à la CRAVS, le défendeur a exposé avoir fait publier dans la FOSC du 12 novembre 1998 la convocation d'une assemblée générale extraordinaire de la Société, fixée au 7 décembre 1998, en vue de l'annonce de sa démission.
16. Le 18 septembre 2000, la CIAM a informé la CRAVS qu'un plan de paiement était intervenu suite aux procédures pénales engagées à l'encontre du défendeur, Par ailleurs, certaines poursuites, pendantes au moment de la notification de la décision en réparation du dommage du 30 septembre 1998, s'étaient soldées par la délivrance d'actes de défaut de biens par l'office des poursuites, de sorte que le montant du dommage s'élevait dorénavant à 17'966 fr. 70, soit les cotisations dues pour les périodes mentionnées dans sa décision rectificative du 11 novembre 1998.
17. L'inscription au registre du commerce de Monsieur K_____, en tant qu'administrateur de la Société, a été radiée le 16 décembre 1998, suite à sa démission intervenue le 7 décembre 1998.
18. Le 10 février 2000, la CIAM a informé la CRAVS de ce que la faillite de la Société n'était pas encore intervenue et qu'elle allait requérir de l'office des poursuites la délivrance d'actes de défaut de biens pour les périodes de cotisations de janvier à décembre 1996 (d'un montant de 13'299 fr. 40), de novembre 1997 (d'un montant de 311 fr. 05) et décembre 1997 (d'un montant de 220 fr. 25).
19. Le 12 novembre 2001, le défendeur a notamment indiqué à la CRAVS qu'il avait été empêché de démissionner avant le 16 décembre 1998 du fait qu'il n'avait pu entrer plus tôt en contact avec M. H_____.
20. La CIAM a indiqué le 15 octobre 2003 que le défendeur aurait pu en tout temps s'informer auprès de l'office des poursuites de l'état d'endettement de la Société ainsi qu'au sujet de ses nombreuses poursuites en cours et actes de défaut de biens, notamment envers la Caisse, mais qu'il avait fautivement choisi de ne pas procéder à ces vérifications. Selon la Caisse, cette négligence était d'autant moins excusable que le défendeur était au courant des obligations de diligence découlant de son statut d'administrateur pour avoir déjà occupé cette fonction dans de nombreuses autres sociétés.

EN DROIT

1. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-vieillesse, notamment en ce qui concerne l'article 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS). Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'article 52 LAVS et les articles 81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) ont été abrogés. Le cas d'espèce demeure toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). Les dispositions légales seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.
2. Aux termes de l'article 82 alinéa 1 aRAVS, le droit de demander la réparation d'un dommage se prescrit lorsque la Caisse de compensation ne le fait pas valoir par une décision de réparation dans un délai d'une année à compter du moment où elle a eu connaissance du dommage et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du fait dommageable. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit en l'occurrence d'un délai de péremption à considérer d'office (ATF 112 V 8, consid. 4c ; RCC 1986 page 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 (article 82 alinéa 2 aRAVS).
3. Selon la jurisprudence, le fait dommageable est réputé survenu dès qu'il faut admettre que les cotisations dues ne peuvent plus être perçues pour des motifs juridiques ou pour des raisons de fait (ATF 112 V 157, RCC 1987 p. 217 ; ATF 111 V 173, RCC 1985, p. 651). Une telle impossibilité de recouvrement, donc un dommage, existe lorsque la caisse subit une perte complète dans les poursuites sur saisie ouvertes contre l'employeur. L'acte de défaut de biens au sens des articles 115 al. 1, et 149 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, qui définit le principe du dommage et précise l'étendue de celui-ci, exprime que l'employeur n'a pas rempli son obligation de payer des cotisations et ne peut ainsi, objectivement, remplir celle de réparer le dommage en vertu de l'art. 52 aLAVS. C'est pourquoi, depuis le moment de l'établissement de l'acte de défaut de biens, rien ne s'oppose à une poursuite contre les organes qui sont subsidiairement responsables. En ce même moment, la Caisse a aussi connaissance du dommage, ce qui fait courir le délai de prescription d'un an prévu par l'art. 82 al. 1 aRAVS (RCC 1988 p. 138).

Dans le cas d'espèce, la CIAM est considérée avoir eu connaissance du dommage le 20 octobre 1997, date à laquelle plusieurs actes de défaut de biens lui ont été remis par l'Office des poursuites.

4. La demanderesse a notifié le 30 septembre 1998 à Messieurs H_____, M_____ et K_____ ses décisions en réparation du dommage. Ces notifications sont donc intervenues dans le délai d'une année prescrit par l'art. 82 al. 1 aRAVS.

Par ailleurs, Monsieur K_____ a formé opposition le 15 octobre 1998 auprès de la CIAM, soit dans le délai imparti par l'art. 81 al. 2 aRAVS.

La CIAM, pour sa part, a respecté le délai de 30 jours prévu par l'art. 81 al. 3 aRAVS en portant le 13 novembre 1998 son action en mainlevée de l'opposition auprès de la CRAVS.

La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ ; E 2 05) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales. 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 en matière d'assurance-invalidité ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique, sur les contestations en matière d'assurance-invalidité notamment (cf. art. 56V LOJ).

La compétence du Tribunal de céans est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.

5. Le litige porte sur la responsabilité des défendeurs dans le préjudice subi par la demanderesse, aux conditions de l'art. 52 aLAVS, lequel prévoit que l'employeur doit couvrir le dommage qu'il a causé en violant les prescriptions intentionnellement ou par négligence grave. Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom (ATF 123 V 15, consid. 5b., 122 V 66 consid. 4a, 119 V 405 consid. 2 et les références).

La Caisse a la possibilité juridique de poursuivre les organes alors que la personne morale existe encore (ATF 111 V 173, RCC 1985, p. 649 consid. 2 avec les références). Le caractère subsidiaire de la responsabilité des organes d'une personne morale signifie simplement que la Caisse de compensation doit avoir recours d'abord à l'employeur, et non pas que celui-ci doit avoir cessé d'exister, juridiquement, avant que ses organes ne puissent être poursuivis (RCC 1988 p.

136 et 322 ; n° 7004ss. des directives de l'office fédéral des assurances sociales sur la perception des cotisations).

En l'espèce, la Société était toujours existante lorsque la Caisse a adressé à Monsieur K_____ sa décision en réparation du dommage du 30 septembre 1998. La Caisse n'a eu de cesse d'exiger de la Société qu'elle paie dans les délais les cotisations sociales dues pour les années 1993 à mars 1997. Le 11 août 1997, elle a finalement dû se résoudre à exclure la Société de son association en raison des retards répétés dans le paiement des cotisations. La Caisse ne s'est adressée à Monsieur K_____ en sa qualité d'organe qu'une fois que l'office des poursuites lui avait délivré des actes de défaut de biens à partir du 17 octobre 1997. En cela, la Caisse a respecté le caractère subsidiaire de la responsabilité de Monsieur K_____.

En effet, selon les Directives de l'office fédéral des assurances sociales sur la perception des cotisations dans l'AVS-AI, si l'employeur est une personne morale, les organes qui ont agi en son nom répondent subsidiairement de ses agissements. Le caractère subsidiaire de la responsabilité des organes signifie que la caisse doit d'abord s'en prendre à l'employeur avant d'agir contre les organes. En cas d'insolvabilité de l'employeur, les organes peuvent être directement poursuivis, même si la personne morale existe toujours.

L'art. 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 ss. RAVS, prescrit que l'employeur doit déduire, lors de chaque paie, la cotisation du salarié et verser celle-ci à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation. Les employeurs doivent remettre périodiquement aux caisses les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances a déclaré, à réitérées reprises, que celui qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'art. 52 aLAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 195 consid. 2a et les références, ATF non publié H 320/01 et H 333/01 du 8 octobre 2003 consid. 4).

Selon la jurisprudence, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui manque de l'attention qu'un homme raisonnable aurait observée dans la même situation et dans les mêmes circonstances. La mesure de la diligence requise s'apprécie d'après le devoir de diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie que celle de

l'intéressé. En présence d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions. Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a ; RCC 1985 p. 51 consid. 21 et p. 648 consid. 3b).

Dans le cas d'une société anonyme, la notion d'organe responsable selon l'art. 52 a LAVS est en principe identique à celle qui ressort de l'art. 754 al. 1 CO. La responsabilité incombe aux membres du conseil d'administration, ainsi qu'à toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation, c'est-à-dire à celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 II 442 consid. 2b, 571 consid. 3, 107 II 353 consid. 5a). Il faut cependant, dans cette dernière éventualité, que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, c'est-à-dire d'exercer effectivement une influence sur la marche des affaires de la Société (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 II 442 consid. 2b, 111 II 84 consid. 2).

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). La responsabilité de l'administrateur ne dure en principe que jusqu'au moment de sa sortie effective du conseil d'administration, que ce soit par suite de démission ou de révocation, mais non jusqu'au moment de la radiation de ses pouvoirs au Registre du commerce ; cela vaut en tout cas lorsque l'intéressé n'a plus aucune influence sur la marche des affaires et qu'il n'a plus reçu de

rémunération (ATF 112 V 5 consid. 3c, 111 II 484, 109 V 94-95 consid. 13 ; NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, PJA 1996, ch. 8d p. 1081 ; FORSTMOSER, Die Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2^e éd., p. 236 n° 758 ss). En principe donc, l'administrateur sortant ne répond, toutes autres conditions étant remplies, que du non-paiement des cotisations échues et exigibles au moment de sa sortie effective. Demeure réservée l'hypothèse où l'administrateur a provoqué – intentionnellement ou par négligence grave – l'insolvabilité de la société, insolvabilité qui excluait d'emblée le paiement des cotisations non encore échues au moment de sa démission ou de sa révocation (RCC 1985 p. 607 consid. 5, ATF non publié H 108/00 Sm du 21 septembre 2000 consid. 5b).

6. En l'espèce, le défendeur est entré au conseil d'administration de la Société comme administrateur avec signature individuelle le 13 juillet 1998 et en a démissionné le 16 décembre 1998, selon les indications figurant au registre genevois du commerce.

Dès son entrée dans la société, le défendeur a eu connaissance d'un bilan établi au 31 décembre 1997, dans lequel figuraient notamment au passif la somme de 39'007 fr. 20, correspondant au poste « créanciers » et la somme de 3'835 fr. 50 correspondant au poste « passifs transitoires », soit un total exigible s'élevant à 42'842 fr. 70. La perte reportée de l'exercice précédent s'élevait par ailleurs à 26'917 fr. 15..

Un administrateur diligent se serait inquiété de la capacité de la Société de rembourser ses dettes exigibles à hauteur de 42'842 fr. 70. Or, tel n'a pas été le cas de Monsieur K_____. Il n'a pas non plus constaté que le montant en question recouvrait des créances de la CIAM, il n'a pas remis à cette dernière les pièces comptables concernant les salaires versés aux employés en 1996 et 1997, et il n'a pas prélevé de cotisations sociales sur ces salaires. Monsieur K_____ a donc fait preuve d'un comportement pour le moins négligent dans la gestion de la Société.

Au surplus, le défendeur a attendu plus de deux mois après son entrée au conseil d'administration pour s'enquérir auprès de Monsieur H_____, par courriers des 2 et 12 octobre 1998, de l'état réel des dettes de la société. Il ne s'y est intéressé qu'une fois confronté à ses responsabilités, soit après avoir reçu la notification de la décision de la CIAM du 30 septembre 1998.

Au demeurant, il faut relever que le défendeur ne pouvait s'exonérer de sa responsabilité de veiller personnellement au paiement des cotisations sociales, et

qu'il ne pouvait donc se décharger de cette tâche sur Monsieur H_____ (ATF 114 V 223 consid. 4a ; ATF non publié H 265/02 du 3 juillet 2003).

Force est dès lors de constater que le défendeur a causé un dommage à la CIAM au sens de l'art. 52 aLAVS, dont il est tenu à réparation.

De plus, le défendeur n'a pas prouvé ses allégations du 15 octobre 1998, selon lesquelles les courriers de la CIAM des 25 août et 11 septembre 1998 ne lui auraient pas été communiqués, de sorte que cette argumentation ne saurait être retenue.

Du reste, ces courriers ont été dûment adressés à la Société et auraient dû en conséquence être transmis au défendeur en sa qualité d'administrateur. Le fait qu'il n'en ait pas eu connaissance démontre au contraire qu'il n'assumait pas diligemment sa fonction d'administrateur et que sa responsabilité était donc engagée au sens de l'art. 52 aLAVS.

7. S'agissant de la quotité du dommage au sens de l'art. 52 aLAVS, le TFA prévoit que l'administrateur d'une société anonyme répond du dommage depuis le jour de son entrée au conseil d'administration, sans égard à la date d'inscription au registre du commerce (précision de jurisprudence, VSI 2/1998).

Le TFA indique toutefois qu'un conseil d'administration répond aussi des cotisations des assurances sociales dues par l'entreprise, même si celles-ci sont déjà échues au moment où le conseil d'administration commence d'assumer son mandat. En effet, 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 années antérieures. Il est 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. Il n'y a pas de raisons de faire la différence entre ces deux sortes d'obligations : 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 antérieure (arrêt du TFA du 25 mars 1992, en la cause W. et A. H. ; RCC 1992, page 269 ad consid. 7b).

Le TFA a précisé cette jurisprudence dans l'arrêt du 15 septembre 1993, en la cause J. A. (VSI 1994, 212) qui prévoit qu'un membre du conseil d'administration n'encourt pas de responsabilité fondée sur l'art. 52 aLAVS pour le dommage causé à la caisse avant son entrée au conseil d'administration, dans le cas où celui-ci était déjà réalisé (la société était insolvable) et que le nouvel administrateur n'y

pouvait rien changer. En revanche, sa responsabilité doit être reconnue pour le dommage survenu postérieurement à son entrée au conseil d'administration.

Le dommage est réputé survenu lorsque les circonstances ne permettent plus à la Caisse 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, page 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a « rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer » (cf. FRITSCHÉ : « Schuldbetreibung und Konkurs II, 2^{ème} éd., page 112) d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

Dans le cas d'espèce, l'office des poursuites a notifié à la Société plusieurs actes de défaut de biens datés des 17 octobre 1997 et 12 juin 1998, établissant incontestablement la survenance d'un dommage pour la CIAM dès ces dates. En accord avec la jurisprudence du TFA précitée (VSI 2/1998), la CIAM en a légitimement déduit qu'elle ne pouvait réclamer au défendeur le paiement des montants correspondants aux actes de défaut de biens précités, dans la mesure où ceux-ci avaient été délivrés avant son entrée dans la société, le 13 juillet 1998.

Le défendeur reste toutefois responsable à l'égard de la CIAM du dommage découlant du non-paiement des charges d'assurances sociales dues au cours de son mandat. Il répond aussi des cotisations sociales impayées portant sur des années antérieures à son entrée dans la Société et pour lesquelles aucun acte de défaut de biens n'avait encore été délivré (cf. arrêt du TFA du 25 mars 1992, en la cause W. et A. H. ; RCC 1992, page 269 ad consid. 7b).

Ainsi, selon la décision rectificative du 11 novembre 1998 et le courrier de la CIAM du 18 septembre 2000, le dommage s'élève dans le cas particulier à 17'966 fr. 70 et correspond aux périodes de cotisations complément années 1996 et 1997, compléments juin 1997, complément novembre 1997, complément décembre 1997, mars 1997, juillet à décembre 1997 et aux cotisations dues au régime des allocations familiales de la période complément année 1997.

A relever encore que la CIAM n'a, à juste titre, pas réclaté au défendeur le paiement des cotisations qui n'étaient ni échues ni exigibles au moment de sa sortie effective de la société en date du 16 décembre 1998 (c.f. ATF 112 V 5 consid. 3c, 111 II 484, 109 V 94-95 consid. 13 ; NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, PJA 1996, ch. 8d p. 1081 ; FORSTMOSER, Die Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2^e éd., p. 236 n° 758 ss).

8. Au vu de ces éléments, la demande de mainlevée sera admise à hauteur de 17'966 fr. 70.

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

Statuant

conformément à la disposition transitoire de l'article 162 LOJ

A la forme :

1. Déclare recevable la demande en mainlevée déposée le 13 novembre 1998 par la CIAM dirigée contre Monsieur K_____.

Au fond :

2. Accorde à la CIAM la levée de l'opposition formée par Monsieur Olivier K_____ à hauteur de 17'966 fr. 70 ;
3. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions ;
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière :

Marie-Louise QUELOZ

La Présidente :

Doris WANGELER

Le secrétaire-juriste : Alain ACHER

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