RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1284/1999 **ATAS/414_2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

2ème chambre

du 17 mai 2005

En la cause

FER – CIAM, CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS ET D'ALLOCATIONS FAMILIALES DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES, ayant son siège 98, rue de Saint-Jean à Genève	demanderesse en mainlevée d'opposition

contre

Monsieur C_____ , c/o Mme D_____, **Monsieur G_____,** (en leur qualité d'anciens organes de la société X_____, faillie)	défendeurs en mainlevée d'opposition

Siégeant : Mme Isabelle Dubois, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Juliana BALDE, juges.

EN FAIT

1. La société X_____ (ci-après la société) a été inscrite au Registre du commerce de Genève le 12 juillet 1983. Son but était la commercialisation de tout appareil pouvant se rapporter à la protection des biens contre le vol et l'atteinte à la propriété ou à la personne.

   Monsieur R_____ en a été administrateur-président de mai 1990 à avril 1992, puis administrateur jusqu'en septembre 1995, avec signature collective à deux. Monsieur G_____ en a été administrateur-président d'avril 1992 à septembre 1995, avec signature collective à deux, date à partir de laquelle il a été directeur avec signature individuelle. Monsieur C_____ a été administrateur avec signature individuelle depuis le mois de septembre 1995.

2. La société était affiliée pour son personnel salarié auprès de la Caisse interprofessionnelle d'AVS de la fédération romande des syndicats patronaux FER-CIAM (ci-après la caisse) depuis 1991.

   S'agissant des rapports de la société avec la caisse on peut relever ce qui suit. A fin 1992, Monsieur G_____ s'adressait à la caisse pour lui indiquer que le retard dans le paiement des cotisations était dû à un incident ponctuel et qu'il prenait les choses en mains. Un délai a été accordé à la société pour remise de l'attestation de salaires annuelle 1992, puis la caisse a relancé la société à ce sujet ainsi que concernant un solde de 9'458 fr. 50 portant les cotisations octobre à décembre 1992 ne faisant pas l'objet d'arrangement, avec menace de plainte pénale. La société a sollicité un plan de paiement à la fin du mois d'avril 1993. De nouveaux retards ont été accusés et à fin juillet 1993, la société devait 94'599 fr. 90 de cotisations. La société sollicita un nouveau plan de paiement le 2 août 1993. Le premier versement de l'arrangement obtenu n'a cependant pas été payé dans les délais, de sorte qu'en septembre 1993, une nouvelle menace de plainte pénale était adressée à Monsieur G_____, son attention étant attirée sur la gravité de la situation. Un arrangement fut encore convenu au début du mois d'octobre 1993, échelonnant la dette jusqu'en mars 1994. Le 10 mai 1994, un nouvel arrangement fut convenu pour les cotisations arriérées de 1993, qui a dû être annulé le 8 août 1994. Depuis janvier 1995, la société n'a plus pu s'acquitter des cotisations mensuelles de l'ordre de 15'000 fr, en raison d'un premier trimestre d'activité déplorable, selon courrier de Monsieur G_____ de juin 1995. Celui-ci relevait que cependant, le solde de 1992, 1993 et 1994 avait pu être réglé. C'est ainsi qu'un nouvel arrangement a été convenu en juillet 1995, mais le premier versement prévu pour fin juillet n'a pas été effectué. La caisse entreprit régulièrement des poursuites, auquel la société fit opposition. En novembre 1995, la société sollicitait un nouveau plan de paiement, qui fut accordé le 17 novembre 1995, mais annulé le 31 janvier 1996. Par courrier du 13 février 1996, Monsieur G_____ expliquait la raison pour laquelle

l'arrangement n'avait pas été tenu, relative à un procès en cours contre leur ancien directeur, Monsieur F_____, qui s'est terminé en défaveur de la société qui a dû s'acquitter de 60'406 fr. En mars 1996, la caisse écrivait à la société qu'à défaut de contact avec le service du contentieux de la caisse afin de régulariser la situation de la société, celle-ci serait exclue de la caisse, qui ne pouvait accepter "un état de fait caractérisé de façon permanente par un solde débiteur obligeant notre institution à recourir systématiquement à son service de contentieux". En avril 1996 a surgi un problème supplémentaire, la caisse n'ayant pas reçu de déclaration complémentaire relative au salaire dû à l'ancien directeur suite à l'arrêt du Tribunal fédéral, générant une créance de cotisations pour mars à décembre 1992.

3. Par jugement du Tribunal de première instance du 11 juin 1996, la société a été déclarée en faillite. La liquidation par voie sommaire a été prononcée le 1er juillet 1996.

4. Fin 1996, deux menaces de plaintes pénales et délais ont été accordés par la caisse à Messieurs R_____, C_____ et G_____, puis en mars 1997, plainte pénale a été déposée contre Messieurs G_____ et C_____. Ceux-ci ont été condamnés par ordonnance de condamnation du 24 juillet 1997.

5. L'état de collocation a été déposé selon publication dans la feuille d'avis officielle (FAO), le 21 octobre 1998. Ayant produit dans la faillite, la caisse a reçu un acte de défaut de biens après faillite le 24 août 1999 pour un montant de 84'493 fr. 25. La faillite a été clôturée selon publication dans la FAO du 14 octobre 1999.

   L'état de collocation comprend 62'521 fr. 13 de créances colloquées en première classe, et 145'278 fr. 85 de créances colloquées en 2ème classe, y compris la créance de la caisse à hauteur de 84'493 fr. 25. L'Etat de Genève est colloqué en 5ème classe pour sa créance d'impôt à la source à hauteur de 304'425 fr. 15.

6. Par décision du 13 octobre 1999, la caisse réclame réparation de son dommage à raison de 6'775 fr. 55 à Monsieur R_____ (solde des cotisations AVS/AI/APG/AC de mars à décembre 1992, frais administratifs et intérêts moratoires en sus), et 71'494 fr. 90 à Messieurs C_____ et G_____, pour le solde de cotisations AVS/AI/APG/AC de février à juillet 1995, novembre et décembre 1995, janvier à mai 1996, ainsi qu'un complément de mars à décembre 1992, auxquels s'ajoutent les frais administratifs, les intérêts moratoires, les frais de poursuite et les taxes de sommation.

7. Monsieur R_____ a fait opposition par pli du 3 novembre 1999, et Messieurs C_____ et G_____ par plis séparés, reçus par la caisse le 9 novembre 1999.

8. Par acte du 7 décembre 1999, la caisse réclame la mainlevée des oppositions à l'encontre de Messieurs C_____ et G_____. Rappelant les

arrangements successifs sollicités, octroyés mais non tenus, ainsi que la condamnation pénale, la caisse considère que Monsieur G_____ a commis une négligence grave par le non-paiement des cotisations, y compris pour la période pendant laquelle il était directeur, à savoir organe de fait. Monsieur C_____, pour sa part, est responsable pour avoir accepté le poste d'administrateur sans en exercer la fonction.

La caisse n'a pas agi à l'encontre de Monsieur R_____ dont elle a retenu l'opposition, celui-ci ayant démissionné au 31 mars 1995.

9. Dans sa réponse du 12 janvier 2000, Monsieur G_____ rappelle qu'il a tout perdu, en particulier à cause de la condamnation pénale de 40 jours de prison avec sursis. Sur 13 ans de vie, la société a payé 12 ans de cotisations. A son arrivée en 1993, il a dû s'acquitter des cotisations 1992 que l'ex-directeur n'avait pas versées. Il s'est acquitté également des cotisations 1993 et 1994. Courant 1994, l'autre actionnaire à 50% est décédé, ce qui a causé du tort à la société ; dans la même année, les sociétés de financement ont suspendu leurs prestations, ce qui a fait pencher la société définitivement vers les difficultés. En 1996, il a renoncé à tout salaire pour pouvoir payer les salariés. Il s'étonne que Monsieur R_____ ait été exempté de cette demande. Il s'interroge sur la question de la prescription concernant le complément de 1992 ainsi que sur le fait que le montant réclamé comprend les 26'716 fr. 05 qui ont fait l'objet de sa condamnation pénale.

10. La cause a été transmise au Tribunal de céans avec effet au 1er août 2003, vu la modification de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire.

11. Par pli du 10 mai 2004, les parties ont été invitées à faire part au Tribunal de leur position.

12. Par plis du 9 juin 2004, la caisse a indiqué que le montant du dommage était inchangé. Les cotisations 1992 engageaient bien la responsabilité de Monsieur G_____. Le fait que Monsieur G_____ ait délégué la gestion en tant qu'administrateur-président avant de devenir directeur ne le déchargeait pas de ses obligations. Les cotisations de 1992 n'étaient pas prescrites, s'agissant d'un complément réclamé après l'arrêt du TF concernant l'ex-directeur.

13. Le Tribunal a ordonné la comparution personnelle des parties qui s'est tenue en date du 31 août 2004. A cette occasion, seul Monsieur C_____ était présent. Il a expliqué qu'alors qu'il était représentant pour la société, Monsieur G_____ lui avait dit que, s'il n'acceptait pas de devenir administrateur pour dépanner, durant quelques mois, il devrait fermer l'entreprise. Il a donc été obligé d'accepter le mandat, mais n'a jamais vu aucun document comptable ni signé aucun papier, il a poursuivi son activité lucrative comme auparavant jusqu'au jour où les scellés ont été mis sur la porte. La caisse a précisé que, vu l'entrée au conseil d'administration de Monsieur C_____ en septembre 1995 et la faillite de la société en juin

1996, il convenait de vérifier si la société était déjà insolvable à ce moment-là. Sur quoi, il a été convenu de demander les pièces comptables à Monsieur G_____ et de convoquer une nouvelle comparution des parties.

14. Cette nouvelle audience s'est tenue en date du 28 septembre 2004 en présence des deux défendeurs. Monsieur G_____ a confirmé avoir été administrateur-président de la société depuis le 1er janvier 1992, et directeur de fait depuis 1993, puis inscrit en cette qualité dès septembre 1995. Il était président de plusieurs sociétés en France. Lorsqu'il les avait vendues, et suite à un contact avec Monsieur R_____, il a accepté de s'occuper de la société X_____. Il venait une fois par mois dans la société jusqu'à ce qu'il soit amené à licencier le directeur, Monsieur F_____, qu'il a ensuite remplacé. A son arrivée, la société avait un certain nombre de dettes, et il s'est attelé à obtenir des plans de paiement en s'adressant directement aux fournisseurs et créanciers. Il a également demandé un échelonnement auprès de la caisse de compensation, qui lui a été accordé. La société procédait à la vente de système d'alarme chez les particuliers, par le système de la location-vente et l'entremise de sociétés de financement. Celles-ci s'acquittaient du montant total de 5'000 fr par alarme et s'occupaient de l'encaissement des acomptes mensuels auprès des clients. En cas de non-paiement par ceux-ci, la société de financement reprenait le montant total. La société concluait environ 40 contrats par mois à raison de 5'000 fr, ce qui supposait une bonne assise financière de la société. A fin 1994, la société avec laquelle ils travaillaient a cessé de fonctionner. La société a donc souffert à ce moment-là d'un manque de trésorerie et il y a eu un battement d'environ 6 mois jusqu'à ce qu'elle retrouve un nouveau partenaire. Un deuxième évènement est survenu, à savoir le décès d'un des deux actionnaires majoritaires, Monsieur G_____, qui était le créateur de la société, le second actionnaire majoritaire étant Monsieur R_____, qui était le financier. Les relations avec Monsieur R_____ se sont avérées très difficiles. Il avait promis un apport de fonds de 1'600'000 fr. qui n'a jamais eu lieu. Cet accord avait été convenu bien avant l'arrivé de Monsieur G_____, avec la BPS. Le délai d'exécution devait être à fin 1994. Comme Monsieur R_____ détenait également le stock de matériel et qu'il a empêché des livraisons, la société a perdu des contrats. Puis en mars 1995, Monsieur R_____ a démissionné. Cette démission a eu pour conséquence de limiter les prêts de la banque, et la société a dû également trouver un nouvel administrateur en la personne de Monsieur C_____. Le bilan a été déposé par l'entremise de Monsieur G_____, lorsqu'il a constaté que la société ne pouvait plus être sauvée. A ce moment-là, la société disposait d'un stock d'alarmes pour environ 500'000 fr., ce qui aurait dû permettre de désintéresser les créanciers. Ce stock n'a toutefois pas été vendu aux enchères par l'Office des faillites mais directement à la société Y_____ pour un montant resté inconnu. Monsieur G_____ a précisé qu'au décès de Monsieur G_____, il a sollicité un prêt pour racheter les actions de celui-ci, ce qui lui donnait un droit à titre personnel sur le stock.

Sur quoi, l'ouverture d'enquêtes a été ordonnée.

15. Le Tribunal a procédé à l'audition en qualité de témoin de Monsieur N_____, le 23 novembre 2004. Expert comptable de profession, la fiduciaire qui l'emploie, à l'époque W_____SA, était l'organe de contrôle de la société. Selon lui, la faillite a vraisemblablement été ordonnée à la suite de leur dernier rapport arrêté au 31 décembre 1995, daté du 14 mai 1996. A la demande du Tribunal, Monsieur N_____ a déposé le dossier en sa possession au Tribunal. Les parties ont disposé d'un délai jusqu'à fin janvier 2005 pour consultation du dossier.

16. Par pli du 23 novembre 2004, Monsieur G_____ a transmis au Tribunal des pièces complémentaires, sur le contenu desquelles il sera revenu ultérieurement.

17. Interpellé à réitérées reprises, l'Office des faillites a renseigné le Tribunal de céans, par pli du 17 novembre 2004, comme suit : un lot de 21 photos-alarmes avait été porté à l'inventaire le 21 juin 1996 et estimé à 100 fr. Un lot de mobilier divers et pièces détachées comprenant 413 cartons de photos-alarmes avait été également porté à l'inventaire et estimé à 20'000 fr. Ce premier lot a été vendu 9'805 fr et le second à 50'000 fr, en septembre 1996.

18. Le Tribunal a entendu en qualité de témoin Madame P_____, employée d'Etat à l'Office des faillites, en date du 15 février 2005. La faillite a été clôturée en 1999, époque à laquelle elle ne travaillait pas à l'Office. A la question de savoir comment le lot de photos-alarmes avait été estimé par l'huissier de l'époque, le témoin a répondu l'ignorer. La méthode d'estimation de l'office repose essentiellement sur l'expérience des huissiers. Il est exact que l'on peut prendre des renseignements dans des sociétés concurrentes pour avoir une idée de la valeur d'un objet, ou que l'on peut faire procéder à une expertise ; en l'occurrence, cela n'a pas été le cas selon le dossier en sa possession. On peut également se référer aux valeurs figurant au bilan. Il est fréquent que la valeur des biens portés à l'inventaire soit nettement inférieure à la valeur connue des faillis. Encore une fois, l'expérience aux ventes aux enchères donne à l'Office une idée du prix à fixer. Le témoin a confirmé qu'il est exact que pour une vente de gré à gré, l'Office s'adresse préalablement aux créanciers par une circulaire et leur donne la possibilité de faire une offre. L'Office a un certain pouvoir d'appréciation après avoir interpellé les créanciers, il peut décider que la vente de gré à gré est dans l'intérêt de la masse. Elle n'a trouvé au dossier aucune lettre-circulaire aux créanciers, il est donc vraisemblable qu'il n'y en a pas eu. On peut toujours porter plainte contre une décision de l'Office, il est donc également possible de contester une vente de gré à gré. S'agissant du texte de l'article 228 LP relatif aux déclarations du failli sur l'inventaire, elle a observé que l'inventaire figurant au dossier ne comportait pas la signature du failli, a fortiori pas de commentaire de sa part. Il semble qu'une convocation ait été sans effet, mais elle n'a pas trouvé au dossier la trace de l'envoi de la convocation. S'agissant des brevets de la société, selon un fax en sa

possession, ils ont été vendus en même temps que les alarmes à la société Z_____. Ces brevets devaient être renouvelés avant début décembre 1996, avec instruction à faire parvenir au cabinet concerné jusqu'au 5 octobre 1996, or, la vente a eu lieu le 21 septembre 1996. Au vu du dossier, il semble donc que Y_____ ait fait son offre le 17 juin 1996 et que la vente ait été conclue en septembre sans que d'autres démarches n'aient été effectuées dans l'intervalle. Madame P_____ a encore confirmé qu'il était exact que la société X_____ a été payée, sur la base de son droit de gage pour environ 5'000 fr., bien qu'elle n'ait pas figuré sur l'état de collocation. A la demande du Tribunal, le témoin a déposé ses dossiers au greffe pour qu'une copie conforme puisse en être prise.

A l'issue de l'audience, un délai a été fixé aux parties pour consultation des dossiers de l'Office des faillites.

19. Une audience de comparution des parties s'est tenue le 12 avril 2005, à l'occasion de laquelle la caisse a déclaré maintenir ses conclusions. En conséquence, la cause a été gardée à juger.

20. Par fax du même jour, Monsieur G_____ avait excusé son absence à l'audience. Il a indiqué avoir consulté la cause au greffe et souhaité porter plainte contre l'Office des faillites sur conseil de son avocat. Il souhaite préalablement consulter Monsieur C_____.

21. Les parties ont reçu copie de ces derniers courriers par pli du 25 avril 2005.

22. Le dossier archivé de la société W_____SA relative à la société X_____ contient de nombreuses pièces et correspondances dont on peut retenir en substance ce qui suit. En juin 1995, l'organe de révision écrivait à l'administration cantonale fédérale, s'agissant de l'impôt à la source, que "la restructuration de cette société, réalisée dans le courant de l'exercice 1994 a vu les établissements bancaires et les principaux créanciers abandonner une grosse partie des créances pour permettre la continuation de l'activité de X_____. A notre avis les chances de la société de rétablir sa situation financière sont réelles, vu la qualité du produit d'une part, et des économies drastiques réalisées sur les frais d'exploitation et les frais généraux d'autre part." Le montant dû par la société en avril 1996, relatif à l'impôt à la source 1995 se montait à 291'847 fr. 80. La société avait été sommée en septembre 1995 de s'acquitter du montant dû pour l'exercice 1994 à hauteur de 130'466 fr. 55. Selon le tableau des ventes 1995 des photos-alarmes, le tableau établi par l'organe de contrôle, le stock de photos-alarmes avait une valeur marchande de plus de 300'000 fr., chaque photo-alarme étant estimée à 650 fr. et le stock constitué de 465 alarmes. Selon note d'entretien téléphonique entre H_____ de W_____SA et de l'Office des faillites du 11 septembre 1996, la vente du stock à Y_____ aurait été faite à la demande de

l'entreprise X_____ qui avait un droit de rétention de loyer pour environ 20'000 fr. ainsi que suite à l'offre de FM PARTNERS de 50'000 fr. Les brevets n'ont pas été portés à l'inventaire car ils n'auraient pas été trouvés dans les documents de la société. Selon le préposé de l'Office, il n'y a pas de possibilité pour les autres créanciers d'actionner l'Office en action révocatoire pour annuler la vente. La vente s'est faite rapidement pour éviter l'hémorragie, par décision de l'huissier. En résumé, les créanciers ne pouvaient plus rien faire concernant la vente. Un fax de Monsieur R_____ à W_____SA du 25 août 1996 lui demande de s'enquérir de l'opération de rachat par Y_____ et de lui indiquer si l'appel aux créanciers a déjà eu lieu. Par lettre du 29 mai 1996, Monsieur G_____ suggère à W_____SA de contacter l'Office pour que le stock soit racheté à hauteur de sa valeur de réalisation, soit 352'866 fr. Il rappelle qu'une précédente offre se chiffrant à 160'000 fr. avait été rejetée car trop basse. Au printemps 1996, Monsieur G_____ négociait avec le Crédit Suisse pour mettre fin à certains contrats de leasing ainsi qu'avec le garage Emile FREY pour la reprise de deux véhicules pour faire des économies. Afin d'éviter la faillite réclamée par l'ex-directeur Monsieur F_____, la société a dû lui régler en janvier 1996 60'406 fr. 10, à la suite de la procédure qui s'est terminée par un arrêt du Tribunal fédéral. Vu les difficultés de trésorerie, la priorité a été donnée aux paiement des salaires. Au 31 décembre 1993, le bilan de la société comportait des risques de surendettement; dans ce cadre, Monsieur G_____ a obtenu la post-position de créance à hauteur de 375'000 fr. de la société V_____ SA.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch.1 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (ci-après LAVS) et son règlement (ci-après RAVS).

   Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003 entraînant la modification de nombreuses dispositions dans le domaine des assurances sociales. Selon la jurisprudence, la législation applicable en cas de changement de règles de droit reste celle qui était en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 166 consid. 4b), les faits sur lesquels le tribunal de céans peut être amené à se prononcer dans le cadre d'une procédure de recours étant par ailleurs ceux qui se sont produits jusqu'au moment de la décision administrative litigieuse (ATF 121 V 366 consid. 1b). Aussi le cas d'espèce reste-t-il régi par la législation en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.

4. Aux termes de l'ancien art. 82 al. 1 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS), applicable ici, le droit de demander la réparation d'un dommage se prescrit lorsque la Caisse 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 page 181). Le Tribunal fédéral des assurances (ci-après 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 page 75 ; RCC 1983 page 108). Le fait déterminant est de constater qu'il n'y a « rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer » (cf. FRITSCHE Schuldbetreibung und Konkurs II ,2ème édition, page 112) d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

   En règle générale, en cas de faillite la caisse de compensation est en mesure d'estimer suffisamment l'étendue de son dommage au moment du dépôt de l'état de collocation (RCC 1990 p. 415, VSI 1993 p. 110). Exceptionnellement, en raison de circonstances spéciales qui ne sont toutefois pas présentes ici (voir par ex. RCC 1992 p. 502), elle peut acquérir la connaissance nécessaire au dépôt de son action avant le dépôt de l'état de collocation.

   En l'espèce, vu la publication de l'état de collocation le 21 octobre 1998, le délai part de cette date. En notifiant sa décision en réparation du dommage le 13 octobre 1999, la caisse a agi dans le délai d'une année imparti à l'art. 82 al. 1 RAVS.

   Elle a également respecté le délai de 5 ans à compter du fait dommageable, qui part de la faillite (cf. RCC 1991 page 136). Par ailleurs, le droit de demander la réparation s'éteint également cinq ans après que les cotisations soient prescrites selon l'art. 16 LAVS (RCC 1957 p. 411, RCC 1987 p. 219). Les cotisations non payées réclamées aujourd'hui n'étaient pas prescrites en l'espèce puisqu'elles

portaient sur les années 1995 et 1996, et que le complément pour 1992 n'a pu être réclamé qu'après l'arrêt du TF relatif au salaire dû à Monsieur D_____, soit en avril 1996.

Les défendeurs ont formé opposition dans les 30 jours en application de l'art. 81 al. 2 RAVS et la caisse a saisi la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants, alors compétente, dans le délai légal de 30 jours à compter de cette opposition, respectant ainsi les conditions de l'art. 81 al. 3 RAVS.

5. Aux termes de l'article 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'article 52 LAVS est une disposition spéciale (cf. RCC 1989, page 117).

a) L'article 14, alinéa 1 LAVS en corrélation avec les articles 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 TFA a déclaré, à réitérées reprises, que la responsabilité de l'employeur au sens de l'article 52 LAVS est liée au statut de droit public (ATF 112 V 155, consid. 5; RCC 1987, page 220). L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'article 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (ATF 111 V 173, consid. 2; 180 V 186, consid. 1a, 192 consid. 2a; RCC 1985, page 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'AVS (RCC 1978, page 259; RCC 1972, page 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 (cf. ATFA du 28 juin 1982, RCC 1983, page 101).

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 (cf. No 6003 des directives de l'OFAS sur la perception des cotisations - DP; ATF 114 V 79, consid.

3; 113 V 256, consid. 3c; RCC 1988, page 136, consid. 3c; ATF 111 V 173, RCC 1985, page 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 (cf. no 6004 DP). Il s'agit des organes de décision désignés expressément comme tels, comme les administrateurs inscrits au Registre du commerce, mais également des 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 », comme un directeur, inscrit ou non au Registre du commerce (ATF 107 II 353, consid. 5a; ATF 112 II 1985 et l'arrêt du 21 avril 1988 en la cause A ; RCC 1988 p. 631; Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., pages 209 et ss).

b) En l'espèce, les défendeurs étaient inscrits au Registre du commerce en qualité d'administrateur avec signature individuelle pour ce qui est de Monsieur C_____, et d'administrateur avec signature d'abord collective puis individuelle, puis de directeur avec signature individuelle pour ce qui est de Monsieur G_____. Ils avaient donc indiscutablement la qualité d'organe de la société, ce qu'ils ne contestent d'ailleurs pas.

c) Le dommage consiste en l'occurrence en la perte des cotisations subie par la Caisse, en raison de l'insolvabilité de la société, pour un montant de 71'494 fr. 90, représentant le solde de cotisations AVS/AI/APG/AC de février à juillet 1995, novembre et décembre 1995, janvier à mai 1996, ainsi qu'un complément de mars à décembre 1992, auxquels s'ajoutent les frais administratifs, les intérêts moratoires, les frais de poursuite et les taxes de sommation.

d) L'admission d'une action en responsabilité suppose, outre un dommage, que l'organe recherché ait commis à tout le moins une négligence grave et qu'aucun motif d'exculpation ne puisse être retenu.

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. Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (cf. ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985 p. 51 consid. 2a et p. 648 consid. 3b). 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). Cela étant, un employeur peut causer intentionnellement

un préjudice à la caisse sans toutefois devoir le réparer, mais uniquement s'il retarde le paiement des cotisations pour maintenir son entreprise en vie, lors d'une passe de trésorerie difficile, et pour autant qu'il ait eu des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter de sa dette dans un délai raisonnable (cf. RCC 1992 p. 261 et jurisprudence citée).

Le fait que l'employeur demande et obtienne des arrangements de payer ne change rien au caractère illicite du non-paiement des cotisations, mais doit être pris en compte dans l'examen de la faute, en particulier lorsque l'accord avec la Caisse modifie les termes ordinaires de paiement ; il peut y avoir, en effet, faute concomitante de la caisse qui peut justifier une réduction du dommage (voir not. VSI 1999 p. 23 et ATFA du 19.08.03 cause H 142/03).

On peut également tenir compte de la durée pendant laquelle les cotisations sont restées impayées, car si la période concernée est courte voire très courte, l'organe peut être disculpé (cf. VSI 1996 p. 228). Cela est en lien avec le fait que la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS suppose un rapport de causalité adéquate entre la violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions et la survenance du dommage (MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, vol. II, p. 70 ad let. f; KNUS, Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV, thèse Zurich 1989, p. 58/59; FRÉSARD, La responsabilité de l'employeur pour le non-paiement de cotisations d'assurances sociales selon l'art. 52 LAVS, in Revue Suisse d'Assurances, 1987 p. 11). Selon la jurisprudence, la causalité est adéquate si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance (ATF 118 V 290 consid. 1c et les références ; voir aussi ATF 119 V p. 407).

6. En l'espèce, il est clair au vu de la jurisprudence susmentionnée, qu'une négligence grave peut être reprochée à Monsieur Daniel C_____, pour avoir été un simple homme de paille dans la société.

   S'agissant de Monsieur Bernard G_____, la question est plus délicate. On peut retenir, à sa décharge, qu'il a en effet entrepris toutes les démarches possibles pour assainir la société, s'évertuant dès 1992 de rétablir la situation financière, en obtenant d'une part la post-position de créance, en diminuant d'autre part les frais généraux, en contactant fournisseurs et créanciers pour obtenir des arrangements de paiement. D'autre part, il était fondé à penser que sa société était viable, l'organe de contrôle lui-même ayant attesté de ce fait. On peut ajouter que la société a joué de malchance à plusieurs reprises. Il faut garder à l'esprit, cependant, d'une part que les défendeurs ont été condamnés dans le cadre de la procédure pénale, et que d'autre part, de multiples arrangements de paiement ont été certes accordés par la caisse, mais n'ont jamais été tenus et ont dû être annulés. La société ne se trouvait

donc pas dans une situation ponctuelle de manque de liquidité, mais plutôt dans une situation difficile devenue chronique. La question peut, quoi qu'il en soit rester ouverte, pour le motif suivant.

Comme cela a été rappelé plus haut, la présence d'un dommage et d'une faute ne sont pas suffisants pour qu'il en découle l'obligation des organes de réparer le dommage. Encore faut-il que leurs actes ou omissions soient en relation de causalité adéquate avec le dommage. Or, force est de constater que tel n'est pas le cas en l'espèce. L'instruction du dossier a en effet permis d'établir de réitérés et graves manquements à la procédure commis par l'Office des faillites dans le cadre de la gestion de la faillite de la société. Si le Tribunal n'a certes pas à connaître d'une éventuelle responsabilité de l'Office des faillites, et ne peut, en tirer argument pour réduire cas échéant le dommage comme cela peut être le cas avec la caisse pour faute concomitante, on peut constater que c'est la commission de ces violations de prescription qui a causé dommage de la caisse et non les actes et/ou omission des défendeurs. Il suffit de rappeler que l'Office n'a pas porté les brevets de la société à l'inventaire, pire qu'il a délibérément renoncé à en demander le renouvellement à l'Office compétent. D'autre part et surtout, elle a procédé, en toute illégalité, à la vente du stock de photos-alarmes pour un montant dérisoire. Il suffit pour s'en convaincre de reprendre les montants tels qu'ils ressortent des pièces aux dossier et selon lesquelles la valeur de ces photos-alarmes était de l'ordre de 350'000 fr. Or, si les alarmes avaient été vendues selon la procédure, et que les brevets avaient été expertisés et portés à l'inventaire, la caisse n'aurait pas eu à introduire d'action en responsabilité sur la base de l'article 52 LAVS. Il ressort en effet de l'état de collocation que la liquidation de la faillite pour un montant de l'ordre de 210'000 fr. aurait suffit à désintéresser tous les créanciers de première et de deuxième classe, dont fait partie la caisse.

7. Par conséquent, la caisse devra être déboutée de ses conclusions, à charge pour elle de se retourner cas échéant contre l'Office des faillites.

***

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 l'action en responsabilité du 7 décembre 1999.

Au fond :

2. La rejette.

3. En conséquence, annule la décision en réparation du dommage, notifiée à Messieurs G_____ et C_____ le 13 octobre 1999.

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:	La Présidente :
Pierre Ries	Isabelle Dubois

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