RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1290/1998 **ATAS/401/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

2ème chambre

du 10 mai 1005

En la cause

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

contre

Monsieur M_____, , comparant par Maître Jean-Jacques MARTIN, en l'étude duquel il élit domicile (en sa qualité d'ancien organe de la société X_____ SA, faillie)	défendeur en mainlevée d'opposition

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mmes Karine STECK et Maya CRAMER, juges.

EN FAIT

1. La société M_____ SA (ci-après la société) a été créée à Genève et inscrite au Registre du commerce en septembre 1989, avec comme but l'exploitation d'engins de levage, notamment des grues automotrices, et la location de matériel de chantier. Dès juillet 1996 elle a pris la forme d'une société anonyme, devenant X_____ SA. Son but était alors l'exploitation et la location de matériel de chantier, ainsi que l'exécution de mandats d'entreprise générale de construction.

   Monsieur M_____ (ci-après le défendeur) en a été l'administrateur unique avec signature individuelle dès l'origine.

2. La société a été affiliée pour son personnel salarié dès 1989 auprès de la Caisse interprofessionnelle AVS de la fédération des entreprises romandes FER-CIAM (ci-après la Caisse).

3. Les cotisations sociales ont été régulièrement payées jusqu'au mois de novembre 1993. Il ressort du décompte de la Caisse que, dès ce moment-là, la société a pris du retard dans le paiement, s'acquittant des factures de novembre 1993, du 28 décembre 1993, et de décembre, du 1er février 2004, en date du 8 juin 2004, et ainsi de suite, chaque facture nécessitant une sommation et parfois des poursuites. Les factures des mois de janvier à mars 1995, septembre à décembre 1995 et janvier et février 1996 sont restées impayées. Plusieurs arrangements de paiement ont été pris et partiellement tenus, et des menaces de plaintes pénales pour non-paiement de la part pénale ont été adressées à Monsieur M_____.

   Ce dernier a tenu régulièrement la Caisse informée de ses difficultés et de la situation de la société. En particulier, selon une note de la Caisse figurant au dossier, il s'est rendu au guichet de cette dernière le 16 janvier 1996 pour l'informer de ce que sa ligne de crédit était bloquée; les créances étaient cédées à la banque; des salaires étaient impayés à hauteur de 60'000 fr.; le matériel de la société avait été vendu à Y_____ en décembre 1995, qui reprenait les employés dès janvier 1996; la société était donc devenue sans activité dès cette date (cf. pièce n° 15 Caisse). L'argent de la vente n'a pu servir à payer les cotisations car il est allé directement à la banque en remboursement de la ligne de crédit. Il comptait donc sur les versements des clients pour payer l'arriéré. Un arrangement de paiement a été prévu.

4. En date du 25 juillet 1996 le défendeur a avisé le juge de l'état de surendettement de la société, suite à l'établissement d'un bilan intermédiaire par la fiduciaire en juin 1996, et a sollicité l'ajournement de la faillite. Par jugement du 21 août 1996, le Tribunal de première instance a ajourné le prononcé de la faillite à six mois et nommé un curateur.

5. Selon attestation de la fiduciaire du 26 février 1997, la société n'emploie plus de personnel depuis le 31 mars 1996.

6. En février 1997 la société déposa une requête en sursis concordataire et, le 26 mars 1997, un sursis concordataire de 6 mois lui a été accordé par le Tribunal de première instance, selon publication dans la Feuille d'avis officiel du 7 mai 1997. Par jugement du 14 octobre 1997, publié le 22 octobre 1997, le Tribunal de première instance a prolongé de 4 mois le sursis concordataire accordé.

7. En novembre 1997, la société a proposé un concordat à l'ensemble de ses créanciers. L'actif se montait à 284'000 fr. composés d'avoirs en banque et de créances contre ses débiteurs (dont Y_____), et le passif à 1'553'193 fr. représenté en totalité par des créanciers de 3ème classe, dont la société M_____ ET CIE, propriété du défendeur. Le dividende total proposé se montait à 15% (cf. pièce n° 42 Caisse).

8. En février 1998, la Caisse a dénoncé le défendeur au Parquet du Procureur général pour non-paiement de la part pénale.

9. La majorité des créanciers, mais non la Caisse (cf. courrier du 25 novembre 1997, pièce n° 50 caisse), ayant accepté la proposition de concordat, le Tribunal de première instance a homologué le concordat proposé par jugement du 2 juillet 1998.

10. Par décision du 14 juillet 1998, la Caisse réclame paiement au défendeur de son dommage, qui se monte à 71'789 fr. 95, correspondant aux cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC de janvier à mars 1995, septembre à décembre 1995 et janvier et février 1996, y compris les frais administratifs, les intérêts moratoires, les frais de poursuites et les taxes de sommations.

11. Le défendeur a formé opposition à cette décision par pli du 11 septembre 1998. Il explique que la société était intrinsèquement liée à M_____ ET CIE, son principal actionnaire. La Banque cantonale de Genève (ci-après BCG, anciennement Banque Hypothécaire de Genève) avait par ailleurs obtenu la cession générale des débiteurs contre une augmentation de la ligne de crédit, en novembre 1992. La société a eu des difficultés financières dès fin 1993, conséquences de la crise économique affectant l'activité de M_____ ET CIE. Elle a du vendre son matériel et se séparer de son personnel, mais elle n'a pas touché l'argent de la vente qui est allé directement à la BCG. Dès le printemps 1997, elle n'a plus pu s'acquitter des arriérés de cotisations en raison du sursis concordataire. Il indique également avoir eu une marche de manœuvre très restreinte. Enfin, le dommage de la Caisse doit être réduit de 15%, dividende qui sera versé aux créanciers vu le concordat.

12. Par acte du 12 octobre 1998, la Caisse a demandé la mainlevée de l'opposition. Elle considère que le défendeur s'est rendu coupable de négligence grave en ne

s'acquittant pas des cotisations impayées, et en laissant continuer une entreprise pourtant déficitaire depuis 1994. Elle se réfère aux arrangements de payer non tenus ainsi qu'aux poursuites qu'elle a été contrainte d'entreprendre régulièrement dès le printemps 1994. D'autre part, d'éventuels motifs d'exculpation doivent exister au moment de l'obligation de s'acquitter des cotisations et non postérieurement, comme en l'espèce l'octroi du sursis concordataire. Enfin, aucun dividende n'ayant été versé pour l'heure, le dommage de la Caisse reste entier, mais « bien entendu en cas de surindemnisation un dividende sera cédé à l'intéressé proportionnellement à son versement ».

13. Dans sa réponse du 14 janvier 1999, le défendeur conteste toute responsabilité. Pendant la période en cause, il n'avait plus aucune responsabilité dans la gestion des liquidités, car la responsabilité de la marche de l'entreprise avait été transférée, comme pour la société M_____ ET CIE, à un comité d'entreprise qui gérait le paiement des factures avec la BCG. Il se réfère à sa prise de position dans le cadre de la plainte pénale pendante par-devant le Parquet de Monsieur le Procureur général.

14. 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.

15. Le Tribunal a ordonné la comparution personnelle des parties, qui a eu lieu en date du 22 juin 2004. Le défendeur a indiqué que, selon le liquidateur de la faillite, la question se posait de savoir si la Caisse ne pourrait pas figurer en 2ème classe. Une nouvelle audience était prévue en automne, les causes A/1290 et A/1291/1998 pouvant être instruites en parallèle.

16. Par ordonnance du 30 juin 2004, le Tribunal a ordonné l'apport de la procédure pénale P/9148/97 et invité le Parquet à lui transmettre la cause.

    Le dossier a été transmis au Tribunal le 5 juillet 2004, et mis à disposition des parties pour consultation avec un délai jusqu'au 30 août 2004.

17. Par pli du 14 octobre 2004, la Caisse a transmis au Tribunal le courrier du liquidateur, selon lequel l'état de collocation ne pouvait être revu, la Caisse restant ainsi colloquée en troisième classe.

18. Une nouvelle audience de comparution personnelle des parties s'est tenue le 23 novembre 2004. A cette occasion le défendeur a rappelé sa position. La société a subi directement les conséquences des difficultés financières et de gestion de la société M_____ ET CIE, à laquelle elle était directement liée. Il rappelle que la société a dû céder ses débiteurs à la BCG à concurrence de 75% de son chiffre d'affaires, dès fin 1992, la BCG décidant du paiement des factures. En effet, le comptable de la société établissait la liste des paiements, le défendeur signait la liste et l'adressait à la BCG. Celle-ci décidait des paiements à effectuer. Cependant, la nécessité d'être toujours à jour dans le paiement des cotisations sociales pour

pouvoir soumissionner, dans laquelle se trouvait la société M_____ ET CIE, ne concernait pas la société X_____ SA. Celle-ci avait en revanche des problèmes de liquidités et versait des acomptes quand cela était possible. La convention conclue avec Y_____ SA n'était pas une reprise de dettes, c'est pour cela que les cotisations arriérées n'ont pas été réglées par cette société. La société X_____ SA aurait été viable si elle avait été indépendante de M_____ ET CIE, mais elle lui devait 1'000'000 fr. C'est sur l'impulsion de Z_____ SA (impliquée dans la gestion de M_____ ET CIE) et de la BCG qu'il a dû vendre X_____ SA. Il s'agit en fait d'une liquidation. Monsieur H_____, actuellement à la retraite, gérait auprès de la BCG le compte de la société. La crise a commencé en 1990 déjà, et n'a jamais pris fin. C'est dans ce contexte qu'il a demandé et obtenu une augmentation de la ligne de crédit, assortie cependant de modifications de contrat telle la cession des débiteurs. Les parties ont demandé l'audition de Monsieur H_____ et le Tribunal a ordonné l'ouverture des enquêtes.

19. Monsieur H_____ a été entendu en qualité de témoin en date du 21 décembre 2004. Délié du secret professionnel par le défendeur, il a expliqué avoir été le gestionnaire du compte de la société M_____ & Cie ainsi que de la société X_____ SA, depuis la création du team PME à la fusion des deux banques, début 1994. Les comptes étaient préalablement gérés par d'autres gestionnaires, depuis novembre 1992. Le gestionnaire d'un compte ne décide jamais qui sera payé ou non. Il reçoit la liste des paiements mensuels, ou non, et l'exécute en totalité si la société dispose de l'argent nécessaire. Dans le cas contraire c'est l'entreprise qui doit décider des paiements qui seront reportés. Il a confirmé n'avoir jamais eu à intervenir pour X_____ SA, la société ne posait pas de problèmes particuliers, et lors de la vente du matériel, la BCG a récupéré le montant de son prêt.

    A l'issue de cette audition, les parties ont sollicité un délai pour se déterminer après enquêtes. Sur quoi un délai au 28 février 2005 a été fixé pour détermination.

20. Par courrier du 21 février 2005, le défendeur conclut au rejet de l'action en réparation du dommage, avec suite de dépens. Il expose qu'à son avis, le concordat, homologué par le tribunal, implique la renonciation de tous les créanciers à la part de créance non couverte, y compris ceux qui n'y ont pas adhéré, en application de l'art. 318 al. 1 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (ci-après LP). Le Tribunal fédéral a confirmé l'effet libératoire, pour le débiteur, du concordat. Certes l'art. 303 LP prévoit-il que le créancier qui n'a pas adhéré conserve tous ses droits envers les coobligés, garants et cautions du débiteur, mais le défendeur n'a pas cette qualité.

21. Par écritures du 21 mars 2005, la Caisse a contesté cette analyse, rappelant que l'art. 52 LAVS est une lex specialis. Elle est d'ailleurs tenue de réclamer son dommage dans le cadre de concordats, selon les directives de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), qui prévoient précisément qu'une caisse qui adhère à

un concordat conserve cependant ses droits envers les coobligés, par exemple les organes (cf. DP n° 5172).

22. Ces écritures ont été transmises aux parties par pli du 11 avril 2005, et la cause gardée à juger.

23. S'agissant du dossier pénal, l'objet de la procédure pénale portait, d'une part, sur la dénonciation de l'administration fiscale s'agissant de l'impôt à la source, d'autre part, sur la dénonciation de la Caisse pour les cotisations des salariés concernant la société X_____ SA. La procédure pénale s'est terminée par un classement par décision du 15 novembre 2000. Cependant les documents figurant au dossier concernent la gestion de la société M_____ ET CIE, et non la présente cause.

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 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 la caisse de compensation est en mesure d'estimer suffisamment l'étendue de son dommage au moment du dépôt de l'état de collocation, en cas de faillite ou de procédure concordataire par abandon d'actifs (RCC 1992 p. 502). Exceptionnellement, en raison de circonstances spéciales, elle peut acquérir la connaissance nécessaire au dépôt de son action avant le dépôt de l'état de collocation. C'est en particulier le cas lorsqu'elle apprend que le concordat est homologué ou au contraire refusé (VSI 1995 p. 169 ss).

   En l'espèce, vu l'homologation du concordat le 2 juillet 1998, le délai part de cette date. En notifiant sa décision en réparation du dommage le 14 juillet 1998, 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 (cf. RCC 1991 page 136).

   Le défendeur a 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 par-là les conditions de l'art. 81 al. 3 RAVS. Sa demande est dès lors recevable.

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'art. 14, al. 1 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 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, 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., pages 209 et ss).

b) En l'espèce, le recourant était inscrit au Registre du commerce en qualité d'administrateur unique avec signature individuelle. Il avait donc indiscutablement la qualité d'organe de la société, ce qu'il ne conteste d'ailleurs pas. Quant au dommage, il consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la Caisse, en raison de l'insolvabilité de la société, pour un montant de 71'789 fr. 95, représentant le solde des cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC dues pour les mois de janvier à mars, septembre à décembre 1995 et janvier et février 1996, y compris les intérêts moratoires, frais de poursuite et taxes de sommation. D'un point de vue juridique, les cotisations et la demande de réparation ne sont pas des créances identiques. Le dommage correspond en effet à la diminution de patrimoine subie par la Caisse. La

demande tend donc non au paiement des cotisations mais au remplacement de celles-ci (cf. Josée QUENET, La procédure en réparation de dommage : un outil juridique efficace, in Aspects de la sécurité sociale 3/2003). La Caisse est donc en droit d'agir contre le défendeur malgré le concordat homologué, car celui-ci lui garantit le paiement des cotisations impayées, à hauteur de 15% environ, de sorte qu'un dommage subsiste pour le reste. Il faut relever que ces 15% sont versés par la société et non par le défendeur. Celle-ci est en effet libérée de sa dette par la conclusion du concordat, mais il n'en découle pas que la Caisse ne puisse pas s'adresser au défendeur en personne, à titre subsidiaire (cf. Thomas NUSSBAUMER, in RCC 1991 p. 402 et nombreuse jurisprudence citée) pour le solde, pour autant que les conditions de l'art. 52 LAVS soient remplies.

c) Pour cela, il faut déterminer si le défendeur a commis une négligence grave et si des motifs d'exculpation existent en l'espèce.

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).

Il faut également tenir compte de la taille de l'entreprise, la responsabilité n'étant pas la même s'il s'agit d'un président de conseil d'administration d'une grande entreprise chargé de contrôler l'activité de la direction sans étudier chaque détail, ou d'un président d'un conseil d'administration qui est en fait le seul organe exécutif de l'entreprise (cf. RCC 1985 page 648). 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 pour qu'une responsabilité soit retenue, il doit y avoir causalité adéquate entre l'action ou l'omission de l'organe et le dommage causé. Le fait que l'employeur demande et obtienne des arrangements de payer ne change rien au caractère illicite du non-paiementt 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 (voir not. VSI 1999 p. 23 et ATFA du 19.08.03 cause H 142/03).

6. L'analyse approfondie des circonstances du cas d'espèce, à la lumière de la jurisprudence susmentionnée conduit le Tribunal de céans à retenir la commission d'une négligence grave par le défendeur, pour les motifs suivants.

   Les difficultés financières, générées par la crise économique et ses conséquences sur l'entreprise du défendeur M_____ ET CIE, sont apparues dès la fin de l'année 1993, et les premières poursuites pour recouvrer les cotisations ont été nécessaires dès le mois de juin 1994 pour le paiement des cotisations de novembre 1993. Plusieurs arrangements de payer n'ont été tenus que partiellement. Or ces difficultés n'étaient pas passagères et le défendeur le savait, puisqu'il a admis devant le Tribunal que la société aurait été viable si elle avait été indépendante de M_____ ET CIE, à qui elle devait le montant de 1'000'000 fr. Dès lors, s'il est vrai que le défendeur était limité dans ses moyens d'action vu l'emprise de la BCG, moins cependant qu'il ne l'était dans la gestion de M_____ ET CIE, le défendeur pouvait et devait se rendre compte que, précisément en raison du fort endettement de la société envers sa partenaire et de la cession générale des créances en faveur de la BCG, la situation ne pourrait guère s'améliorer : tant que la société avait des liquidités, il pouvait en continuer l'exploitation, mais sitôt qu'elle en a été privée il aurait dû en tirer les conséquences. Seule la vente de la société, ou du moins de ses machines et de ses salariés, était de nature à mettre un terme aux dettes en générales, et à celles de droit public en particulier. C'est bien ce qu'a fait le défendeur, mais trop tard, et poussé par la BCG et la société Z_____ SA, chargée d'assainir M_____ SA, comme il l'a déclaré lors de son audition. On peut ainsi constater que, si le défendeur avait pris à temps la seule mesure possible, il aurait pris la décision de se séparer de la société au printemps 1994, de sorte qu'elle aurait pu être vendue à la fin 1995 ou au début 1996, soit un an plus tôt. Le dommage, portant sur les cotisations impayées de janvier à mars, septembre à décembre 1995 et janvier et février 1996, ne serait pas survenu.

   Les motifs de disculpation allégués ne peuvent être retenus: c'est en effet au moment où les cotisations sont dues que doivent exister de tels motifs. Or, comme vu ci-dessus, il n'était pas objectivement fondé de croire que la situation s'améliorerait et qu'il s'agissait uniquement d'une passe de trésorerie difficile. La période de non-paiement n'est pas particulièrement courte, et le fait d'avoir régulièrement suivi la situation et d'être resté en contact avec la Caisse n'est pas suffisant pour disculper un dirigeant, comme rappelé plus haut.

7. En conclusion, et vu de ce qui précède, il sera fait droit à la demande de mainlevée de la caisse.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare recevable l'action en responsabilité du 12 octobre 1998.

Au fond :

2. L'admet.

3. Accorde la mainlevée de l'opposition faite à la décision en réparation du dommage du 14 juillet 1998, pour un montant de 71'789 fr. 95, sous réserve du montant à verser par l'Office des faillites, qui viendra en déduction.

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