RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1370/2001 **ATAS/732/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 2

du 29 août 2006

En la cause

FER CIAM 106.1, rue de St-Jean 98 à GENEVE	Demanderesse en mainlevée
contre	
Monsieur V_____, p.a X_____SA, à GENEVE , comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître SOLTERMANN Etienne	Défendeur en mainlevée
Monsieur L_____, domicilié, à GENEVE	
Monsieur L_____, domicilié c/o Mme Z_____, à AVUSY/GENEVE	Appelés en cause

Siégeant : Isabelle DUBOIS , Présidente; Doris WANGELER et Karine STECK, Juges

EN FAIT

1. La société Y_____SA (ci-après la société) a été inscrite au Registre du commerce du canton de Genève le 4 juin 1992. Son but était le commerce de montres. Monsieur V_____ (ci-après le défendeur) en a été administrateur, avec signature individuelle, dès cette date et jusqu'au mois de janvier 1999. Monsieur L_____ en a été directeur, avec signature collective à deux, durant la même période. Monsieur L_____ en a été administrateur, avec signature individuelle, dès le mois de janvier 1999.

2. La société a occupé du personnel dès le 1er avril 1993, pour lequel elle a été affiliée à la caisse de compensation FER CIAM 106.1 (ci-après la caisse), jusqu'au 31 décembre 1998, date à laquelle elle a été radiée de la caisse.

3. La société a eu du retard dans le paiement des cotisations sociales dès 1995, et des poursuites ont dû être systématiquement notifiées à la société pour les cotisations de 1996. La situation a empiré en 1997. Une demande d'arrangement a été faite par la société le 30 juin 1997. Accordée au mois d'août, elle a été annulée au mois de novembre 1997. Suite à la dénonciation pénale formée par la caisse au mois de mars 1998, un nouvel arrangement a été accordé par la caisse au mois de juin 1998, puis annulé au mois d'octobre de la même année. Les dénonciations pénales, des mois de mars 1998 et juin 1999, ont donné lieu à des ordonnances de condamnation levées toutefois par le Tribunal de police.

4. La société a été déclarée en faillite par jugement du Tribunal de première instance du 29 février 2000. La caisse s'est vue notifier des actes de défaut de biens, les 3 et 10 mars 2000. La suspension de la faillite pour défaut d'actifs a été publiée dans la FEUILLE D'AVIS OFFICIELLE du 31 mai 2000, puis la faillite a été clôturée en date du 10 octobre 2000.

5. Au moment de la faillite, un montant de 163'093 fr. 60 restait dû par la société à titre de cotisations AVS-AI-APG-AC pour les mois d'avril 1997, juin 1997 à novembre 1998, ainsi qu'une reprise de cotisation après contrôle sur les années 1993 à 1996, et les cotisations AF pour les mois de janvier, et septembre à novembre 1998, y compris les frais et les intérêts moratoires.

6. Par décisions des 20 février 2001, la caisse a réclamé la réparation de son dommage à Messieurs Pascal et Charles L_____ pour la totalité du montant dû, et au défendeur, pour un montant de 153'339 fr. 65, correspondant aux cotisations AVS-AI-APG-AC pour les mois d'avril 1997, juin 1997 à octobre 1998, ainsi qu'une reprise de cotisation après contrôle sur les années 1993 à 1996, et les cotisations AF pour les mois de janvier, et septembre à novembre 1998, y compris les frais et les intérêts moratoires.

7. Monsieur L_____ n'a pas donné suite à cette décision. Monsieur L_____ a proposé un arrangement de payer à la caisse, le 20 mars 2001. Quant à Monsieur V_____, il a formé opposition par pli du 21 mars 2001. Il allègue, d'une part, que le droit de demander la réparation du dommage est prescrit, d'autre part qu'il n'a plus eu accès aux documents depuis le mois de décembre 1998, et souhaite être en possession du dossier complet pour motiver son opposition. Il n'a cependant pas déposé d'écritures complémentaires.

8. Par acte du 3 mai 2001, la caisse agit en mainlevée de l'opposition. Après avoir rappelé les difficultés financières de la société, qui n'ont cessé d'augmenter depuis 1997, et les nombreuses procédures en poursuite, sommation, et dénonciation pénale qui s'en sont suivies, la caisse rappelle que le défendeur était un organe, tenu de surveiller avec diligence les affaires de la société et de veiller au versement des cotisations sociales, et qu'il n'apparaît pas qu'il ait entrepris des démarches particulières pour remédier à la situation financière difficile de la société ni qu'il ait contacté la caisse à aucun moment. Cette négligence, coupable, a causé un dommage à la caisse dont il répond.

9. Les causes relatives aux cotisations AVS-AI-APG-AC et aux cotisations AF ont été inscrites sous deux numéros distincts, la présente cause portant sur les premières.

10. Dans sa réponse du 23 mai 2001, le défendeur conclut préalablement à l'ouverture des enquêtes, principalement à ce que son opposition soit confirmée et la requête en mainlevée de la caisse rejetée. Il conteste toute intention ou négligence grave, expliquant que, s'il était formellement administrateur de la société, dans les faits seul Monsieur L_____ la dirigeait. Ainsi, il ignorait le retard qu'accusait la société dans le paiement des cotisations sociales, les courriers de la caisse étant adressés directement à L_____, à l'adresse de la société, avenue Sainte Clotilde. Ce dernier le rassurait continuellement sur l'état de la société. Dès qu'il s'est aperçu du non-respect des arrangements pris avec la caisse, et qu'il avait fait à tort toute confiance à Monsieur L_____, il a démissionné de son poste d'administrateur pour le 30 novembre 1998. Par conséquent, seule une négligence légère peut être retenue, à l'instar du Tribunal de police qui a procédé son acquittement. Par ailleurs, les actifs de la société étaient importants et il s'étonne qu'ils n'aient pas permis de couvrir le dommage de la caisse. Enfin, il considère que l'action est prescrite en vertu de l'art. 82 al. 1 RAVS, la caisse ayant eu connaissance de son dommage lorsque le premier arrangement de payer a été annulé, faute de respect du plan de paiement, le 3 novembre 1997, ou à tout le moins lorsque le second l'a été également, le 28 octobre 1998.

11. Par écriture complémentaire du 4 juillet 2001, le défendeur a fait valoir qu'en outre la demande de mainlevée d'opposition devait être déclarée irrecevable, en raison du non-respect du délai de 30 jours prévu à l'art. 81 alinéa 3 LAVS. À son sens, la suspension des délais ne s'applique pas en l'espèce.

12. En date du 1er août 2003, la cause a été transmise d'office au Tribunal de céans, vu la modification de la loi sur l'organisation judiciaire.

13. Par pli du 22 août 2003, le Tribunal a prié la caisse de se déterminer sur l'allégation d'irrecevabilité et de réactualiser, cas échéant, sa demande.

14. Par pli du 30 septembre 2003, la caisse a rappelé, sur le fond, que le fait de conserver un mandat d'administrateur sans en exercer, ou pouvoir en exercer les devoirs et obligations constitue une faute grave, au vu de la jurisprudence du TRIBUNAL FÉDÉRAL DES ASSURANCES (ci-après TFA). Par ailleurs, l'Office des poursuites a adressé des procès-verbaux de saisie, aux mois de mai et septembre 1998, à l'adresse professionnelle du défendeur. Troisièmement, l'appréciation du juge pénal ne lie pas le juge des assurances sociales. Sur la question de la recevabilité, la caisse relève, d'une part, que le dommage est réputé survenu à la réception des actes de défaut de biens, d'autre part, que selon la jurisprudence fédérale la suspension des délais prévue par l'article 22a PA est applicable au délai de 30 jours dont dispose la caisse pour saisir l'autorité cantonale.

15. Par écriture du 1er décembre 2003, le défendeur reprend son argumentation et, sur l'exception d'irrecevabilité, s'en rapporte à justice, maintenant ses conclusions en prescription. Il a conclu également préalablement à la comparution personnelle des parties.

16. Le Tribunal de céans a procédé à l'audition des parties le 16 mars 2004.

    En substance, le défendeur a expliqué que Messieurs L_____ étaient ses cousins et que, suite à une faillite individuelle de Monsieur L_____, il avait été sollicité par celui-ci pour mettre en place une société qui lui permette de continuer son activité de sertisseur. Il est comptable de métier. Jusqu'en 1997 il s'occupait personnellement du paiement de la société puis Monsieur L_____ lui a demandé l'autorisation d'y procéder lui-même ce qu'il a accepté. Il ne pouvait d'ailleurs continuer de s'occuper des paiements par manque de temps. La société a bien fonctionné jusqu'à la création, contre son avis, d'une montre suisse appelée « Z_____». Il demandait régulièrement des comptes à Monsieur L_____, qui lui répondait avoir pris des arrangements, ce qui s'est avéré exact. Il n'a pas demandé ni par conséquent reçu les preuves des démarches de celui-ci. Les réunions du conseil d'administration avaient lieu régulièrement mais de façon informelle. Les assemblées générales faisaient l'objet chaque année de deux procès-verbaux. Il ne dispose pas de ces pièces. Quant à Monsieur L_____ il n'avait pas de véritable rôle dans la société, malgré son inscription au registre du commerce. S'agissant du devoir de surveillance, le défendeur a expliqué que le siège de la société se trouvait rue de Lausanne, dans les bureaux de la fiduciaire qui était l'organe de contrôle de la société. Or, les poursuites comme les arrangements de payer ont été adressés par la caisse directement à Monsieur

L_____, dans l'atelier de la société qui se trouvait à la rue Sainte Clotilde. Il n'a donc pas été informé de ces démarches.

La caisse a confirmé que le montant du dommage était resté le même, Monsieur L_____ n'ayant pas donné suite à ses promesses de versement, et les poursuites dirigées à son encontre ayant donné lieu à un acte de défaut de biens. Elle a constaté également que le défendeur n'avait pas vérifié auprès d'elle si les arrangements de payer étaient tenus ou non. Elle a rappelé que c'est Monsieur L_____ qui prenait contact avec elle, régulièrement, tandis qu'elle n'avait jamais été contactée par le défendeur. La caisse avait reçu à une certaine période l'instruction d'adresser toute correspondance à l'atelier, directement en main du précité. Cependant, dès 1998 les procès-verbaux de saisie ont été adressés au siège de la société.

À l'issue de l'audience, le Tribunal a ordonné l'ouverture des enquêtes, avec l'audition de Monsieur L_____.

17. Ce dernier a été convoqué sans succès pour le 18 mai 2004 et le 6 juillet 2004. Il a finalement été entendu à l'audience du 28 septembre 2004.

    À cette occasion, il a déclaré avoir été le responsable de toute l'entreprise et de l'atelier en particulier. Il avait la fonction de directeur bien qu'il n'ait pas été inscrit au registre du commerce, et en était l'unique responsable et gestionnaire. Lorsque la société a commencé à aller vraiment mal, il a voulu assainir la situation lui-même, en s'adressant à la caisse pour obtenir des arrangements de payer, sans en parler au défendeur dans un premier temps. Dès qu'il a repris la gestion des paiements en 1997, pour des raisons pratiques, cela a été de mal en pis parce qu'il n'avait pas les compétences nécessaires en matière de gestion. Il a mélangé les comptes de la société avec ceux de la nouvelle société Z_____SA, utilisant l'argent de l'une pour payer les factures de l'autre et inversement. Le défendeur lui demandait régulièrement des comptes, et ils se rencontraient très régulièrement. Il tenait à être au courant de la situation et de ces démarches, et l'a rendu attentif aux conséquences du retard dans le paiement des cotisations. Compte tenu des liens familiaux il l'a cependant un peu « amadoué », il le rassurait et le défendeur lui faisait confiance. Finalement, le défendeur a été contraint de démissionner et il a lui-même repris le mandat d'administrateur.

18. Par ordonnance du 1er octobre 2004, le Tribunal a ordonné l'appel en cause de Messieurs L_____, a mis le dossier à leur disposition et leur a fixé un délai au 5 novembre 2004 pour leur détermination.

19. Par pli du 18 octobre 2004, la caisse a produit des pièces complémentaires, notamment les procédures de poursuite, l'historique des sursis au paiement accordé ainsi qu'un courrier du 9 janvier 1998 adressé au défendeur et l'informant que la société ne réglait pas ses cotisations, avec menace de dénonciation pénale (de

même au mois de mars puis octobre 1998, enfin juin 1999). Par ailleurs des versements effectués en août, septembre octobre, novembre, décembre 1996 et juin 1997 proviennent de l'Office cantonal de l'emploi (réduction d'horaire de travail) et non de la société. À noter que la réduction de l'horaire de travail n'a pas été prolongée par l'Office.

20. Par courrier du 5 novembre 2004, Monsieur L_____ a indiqué n'avoir aucune responsabilité dans l'affaire, n'avoir eu qu'un titre honorifique de directeur et n'avoir pas partagé la manière floue de gérer les affaires financières de la société.

21. Les parties ont été convoquées en comparution personnelle le 14 décembre 2004. À cette occasion, il ont procédé à un échange de vues et entamé des négociations. Monsieur L_____ ayant pris l'engagement de rembourser une somme de 3'000 fr. par mois au minimum, les parties ont convenu de suspendre l'instruction de la cause sur la base de l'art. 78 let. a LPA, ce qui fut fait le 3 mai 2005.

22. Le 23 août 2005, la caisse informait le Tribunal de céans de ce que la clôture de la faillite par constatation de défaut d'actifs avait été prononcée le 4 avril 2005.

23. Par ordonnance du 10 janvier 2006, le Tribunal a ordonné la reprise de l'instruction de la cause. De nouvelles négociations ont été entamées par les parties, sous l'égide du Tribunal de céans. Le 29 mars 2006, la caisse informait le Tribunal du versement de 30'000 fr. par Monsieur L_____.

24. Une dernière audience de comparution personnelle des parties s'est tenue le 16 mai 2006. La caisse a indiqué la fin des négociations, et a sollicité que la cause soit gardée à juger. Sur question elle a précisé que le montant total réclamé au défendeur était de 153'339 fr. 65, que la somme due par lui sans les périodes d'avril, juin à décembre 1997 était de 98'151 fr. 80 et que sur ces sommes devaient être aujourd'hui déduits les 30'000 fr. susmentionnés. Sur quoi, un délai pour écritures après enquête a été fixé au défendeur.

25. Dans ses écritures du 14 juillet 2006, le défendeur reprend ses conclusions, avec suite de dépens. Il considère que l'audition du témoin a permis de confirmer que celui-ci avait été le seul animateur, responsable et gestionnaire de l'entreprise, qu'il avait voulu assainir lui-même la situation de la société en s'adressant directement à la caisse sans en parler au défendeur, et que celui-ci a bien exercé son devoir de surveillance. Il constate que la caisse s'est accommodée de n'avoir comme interlocuteur que le témoin, au point d'avoir effectué un changement d'adresse du siège à l'atelier de sorte que le défendeur n'a pu être au courant de l'échange de correspondance qui a eu lieu entre la caisse et le témoin. Certes, il s'est laissé tenir à l'écart de ces contacts mais il prenait régulièrement la température auprès du témoin et pouvait être rassuré par les arrangements de payer pris par celui-ci. Lorsqu'il a pu se rendre compte que le témoin ne lui disait pas toute la vérité il a immédiatement démissionné de ses fonctions, avec effet au 30 novembre 1998, en motivant sa

décision par le fait que les informations qui lui avaient été communiquées étaient insuffisantes pour lui permettre d'avoir un contrôle approprié des activités de la société. Seule une négligence légère pourrait être retenue, impropre à justifier l'action de la caisse. Il maintient, par ailleurs, que la connaissance du dommage doit être fixée à l'annulation du deuxième plan de paiement, à la fin du mois d'octobre 1998, car il apparaissait alors clairement que la situation de la société ne permettait plus d'espérer récupérer les cotisations, et qu'un dommage en résultait.

26. Par pli du 19 juillet 2006, le Tribunal a transmis ses écritures à la caisse, et informé les parties que la cause était gardée à juger.

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.

   Par ailleurs, la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 a été modifiée et un Tribunal cantonal des assurances sociales a été institué dès le 1er août 2003, statuant en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (cf. articles 1, lettre r) et 56V LOJ – E 2 05). Conformément à l'article 3 al. 3 des dispositions transitoires de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la LOJ, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la présente loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants sont transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales.

   Le Tribunal de céans est dès lors compétent pour juger du cas d'espèce.

2. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) est entrée vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'article 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS – RS 831.10). 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 du 31 octobre 1947 (RAVS – RS 831.101) ont été abrogés. Le cas d'espèce reste néanmoins régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel le juge des assurances sociales n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de faits postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 127 V 467 consid. 1, 121 V 366 consid. 1b; cf. également dispositions transitoires, article 82, alinéa 1 LPGA).

3. a) Aux termes de l'article 82, alinéa 1 RAVS, le droit de demander la réparation d'un dommage se prescrit lorsque la Caisse de compensation ne le fait pas valoir par une décision de réparation dans l'année après qu'elle a eu connaissance du dommage, 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 113 V 181 = RCC 1987, p. 607, ATF 112 V 8, consid. 4 c = RCC 1986, p. 493). Lorsque ce droit dérive d'un acte punissable soumis par le code pénal à un délai de prescription de plus longue durée, ce délai est applicable (cf. article 82, alinéa 2 RAVS).

   Le TFA a posé le principe qu'une caisse de compensation a "connaissance du dommage" au sens de la disposition précitée, à partir du moment où elle doit reconnaître, en y prêtant l'attention qu'on est en droit d'attendre d'elle et en tenant compte de la pratique, que les circonstances ne lui permettent plus de recouvrer les cotisations, mais pourraient justifier une obligation de réparer le dommage (ATF 116 V 75, consid. 3b; 113 V 181, consid. 2; 112 V 8, consid. 4d, 158; 108 V 52, consid. 5; RCC 1983, p. 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a "rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer" (cf. Fritsche : "Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd. p. 112), d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

   En cas de faillite ou de concordat par abandon d'actifs, la caisse n'a pas nécessairement connaissance du dommage au moment seulement où elle peut consulter le tableau de distribution et le compte final établis par l'Office des faillites ou le liquidateur, ou à la date à laquelle elle reçoit un acte de défaut de biens. En effet, celui qui subit une perte dans une faillite ou dans une procédure concordataire et veut intenter une action en dommages-intérêts a, en général, selon la pratique des tribunaux, déjà suffisamment connaissance du dommage, au moment où la collocation des créances lui est notifiée, ou à celui où l'état de collocation et l'inventaire ont été déposés et peuvent être consultés. A ce moment-là, le créancier est, ou devrait être en général, en mesure de connaître l'état des actifs, la collocation de sa créance et le dividende probable (cf. ATF 119 V 92 consid. 3; 118 V 196 consid. 3a; VSI 1995, p. 169-170, consid. 2; ATF 116 II 161, consid. 4a; 116 V 75, consid 3b = RCC 1990, p. 415).). Par ailleurs, il est de jurisprudence constante que, lorsque la liquidation de la faillite est suspendue pour défaut d'actifs, le dommage est réputé survenu lors de la publication de la liquidation de la faillite (soit la publication de la suspension, cf. VSI 6 2003, page 435 et suivantes), car c'est à ce moment que la faillite est déclarée infructueuse de manière officielle (cf. également

RCC 1990, page 302, et RCC 1978, page 260). Enfin, le délai court dès l'établissement d'un acte de défaut du bien définitif, en dehors de toute faillite (cf. SJ 1996 p.329).

b) On ne peut donc faire remonter la connaissance du dommage par la caisse, comme le voudrait le défendeur, à l'annulation du deuxième arrangement de payer à fin octobre 1998. Le fait que la société ne respecte pas deux arrangements de payer ne signifie pas encore que les cotisations ne pourront pas être récupérées, par le biais de poursuite, car cela ne présage pas de l'insolvabilité de la société; d'autre part, la LAVS commande à la caisse d'agir par la voie de la poursuite lorsque les cotisations ne sont pas perçues malgré une sommation (art. 15 LAVS). Il faut rappeler également que la procédure de l'article 52 LAVS permet à la caisse de se tourner vers les organes de la société en cas d'insolvabilité de celle-ci.

En l'espèce la caisse a reçu des actes de défaut de biens au mois de mars 2000, alors que la faillite avait déjà été prononcée. Elle a ensuite été informée, par la voie de la publication, de la suspension de la faillite pour défaut d'actifs, en date du 31 mai 2000. En notifiant ses décisions en réparation du dommage le 20 février 2001, la caisse a respecté le délai d'une année de l'art. 82 al. 1 RAVS. Par ailleurs, de jurisprudence constante, le délai de péremption de 5 ans commence avec la réalisation du dommage. Le dommage est considéré comme subi aussitôt que l'on peut admettre que, pour des raisons juridiques ou de fait, les cotisations ne pourront plus être exigées. Ainsi, le jour où le dommage est causé correspond à celui de l'ouverture de la faillite de l'employeur, car dès ce moment, les cotisations en souffrance ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire (cf. ATF 123 V page 16, RCC 1991, page 404 et suivantes, les références citées). La faillite ayant été déclarée le 29 février 2000, le délai de 5 ans a été respecté par la prise d'une décision en réparation du dommage au mois de février 2001. En outre, les cotisations n'étaient pas prescrites selon l'art. 16 LAVS.

4. Le défendeur a formé opposition dans les 30 jours dès la notification de la décision, le 21 mars 2001, conformément à l'article 81 alinéa 2 RAVS. La Caisse a ensuite saisi la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants, alors compétente, en date du 3 mai 2001. Aux termes de l'article 22a PA (repris depuis dans la LPGA, applicable depuis le 1er janvier 2003), les délais sont notamment suspendus du septième jour avant Pâques au septième jour après Pâques inclusivement, soit en l'espèce du 9 au 25 avril 2001. La caisse a donc agi dans le délai légal de 30 jours, conformément à l'article 81 al. 3 RAVS, de sorte que sa demande est recevable. La suspension des délais est en effet applicable à l'article 52 LAVS, comme l'a jugé le TFA (ATFA du 27 février 1996 in VSI 1996/4 p. 231).

5. Aux termes de l'article 52 de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS - RS 831.10), 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 p. 117).

a) En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse en raison de la faillite de la société, pour un montant de 163'093 fr. 60, dont 153'339 fr. 65 sont réclamés au défendeur, représentant les cotisations paritaires AVS-AI-APG-AC non payées, pour les mois d'avril 1997, juin 1997 à octobre 1998, ainsi qu'une reprise de cotisation après contrôle sur les années 1993 à 1996, y compris les frais et les intérêts moratoires, montant auquel il convient de déduire aujourd'hui la somme de 30'000 fr. versée en cours de procédure par Monsieur L_____. Le montant du dommage n'est par ailleurs pas contesté.

b) 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 Tribunal fédéral des assurances 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).

c) 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. Nos 7004 ss 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). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le TFA s'est toujours référé à l'article 754, 1er alinéa, en corrélation avec l'article 759, 1er alinéa du CO. Conformément à ces articles, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle, répondent, à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elle leur cause en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Sont réputés chargés de l'administration ou de la gestion au sens de l'article 756 CO "non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels, mais également les personnes qui prennent effectivement des décisions relevant des organes, ou qui assument la gestion proprement dite et ont ainsi une part prépondérante à la formation de la volonté au sein de la société" (ATF 107 II 353, consid. 5a; ATF 112 II 1985 et l'arrêt du 21 avril 1988 en la cause A; Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., pages 209 et ss).

Dans le cas d'espèce, il résulte de l'extrait du Registre du commerce que le défendeur était inscrit en qualité d'administrateur, au bénéfice d'une signature individuelle. Le défendeur était ainsi indiscutablement organe de la société faillie (art. 754 al. 1 CO), ce qu'il ne conteste du reste pas.

d) 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). Lors d'une passe de trésorerie difficile, un employeur peut ne pas répondre du dommage lorsqu'il avait des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il parviendrait à sauver son entreprise en retardant le paiement des cotisations (cf. VSI 1996 p. 228). Par ailleurs dans certaines circonstances et si la durée pendant laquelle les cotisations sont restées en souffrance est particulièrement courte, il est possible de disculper un

ancien organe (cf. ATF 108 V 186 ss, RCC 1983 p. 100 consid. 1b; ATF 108 V 200 ss, RCC 1983 p. 106 consid. 1; VSI 1996 p. 228 et suivantes).

Celui qui entre au conseil d'administration comme homme de paille, et ne fait pas usage des droits et obligations liés à sa charge, est responsable du dommage (RCC 1986 p. 421 ; ATFA H 318/03). De même, le membre du conseil d'administration exclu de la gestion reste tenu de surveiller celle-ci, jusqu'à ce qu'il soit relevé de ses fonctions ; il doit se faire renseigner régulièrement sur la situation, en particulier sur le paiement des cotisations. S'accommoder, par passivité, du non-paiement des cotisations et constitutif d'une négligence grave (cf. RCC 1989 p. 114). Le TFA a également précisé que constitue une faute grave le fait d'accepter, puis de conserver, un mandat d'administrateur sans exercer les pouvoirs et les devoirs qui sont attachés à cette charge (cf. ATFA du 7 avril 1993, cause C.B., D.D.). Si l'administrateur ne peut remplir consciencieusement son devoir de surveillance, il doit alors démissionner (cf. ATF 122 III p. 200). On peut, à ce sujet, signaler une récente jurisprudence du TFA dans laquelle un administrateur qui avait été expressément relevé de toute responsabilité par le propriétaire de la société, qui était organe de fait, a été jugé entièrement responsable (ATFA du 8 septembre 2005, cause H 126/04). De même la totale confiance en un autre organe ne permet-elle pas de disculper un administrateur (voir le cas de l'épouse élue au conseil d'administration, in RCC 1992 p. 262). Enfin, on rappellera que le juge n'est pas lié par un prononcé pénal, sauf s'agissant des faits et dans le cas où celui-là retient l'intention (cf. ATF 111 V 177).

e) Dans le cas d'espèce, il ressort du dossier et de l'instruction par le Tribunal que le défendeur est devenu administrateur pour rendre service à son cousin. La société a eu des problèmes de liquidités et du retard dans le paiement des cotisations depuis 1995, mais ces difficultés sont devenues réellement inquiétantes à partir de 1997. Deux événements ont conduit finalement la société à la faillite et à la présente action: d'une part, le fait que le défendeur a confié l'exécution des paiements à Monsieur L_____, courant 1997, d'autre part la création de la montre «Z_____», puis de la société du même nom par le précité, à la même période. Concrètement, c'est celui-ci également qui gérait et dirigeait la société. Véritable patron de l'entreprise, il n'apparaissait cependant pas aux yeux des tiers. Le défendeur, comptable de formation, était très au clair sur ses droits et obligations en qualité d'administrateur, de même que sur l'importance du paiement régulier des cotisations sociales. Il s'est régulièrement renseigné à ce sujet auprès de Monsieur L_____, et a averti celui-ci des risques inhérents au non-paiement des cotisations. Cependant, en raison de leur relation de famille, et par conséquent de leur lien de confiance, le défendeur n'a pas montré toute la rigueur qui était exigible de lui. C'est ainsi qu'il n'a pas vérifié les propos de son cousin, et qu'à aucun moment il n'a pris de contacts directs avec la caisse. Il est vrai que celle-ci avait reçu pour instruction de transmettre tout courrier à l'atelier directement. Cette décision pouvait se comprendre puisque là se trouvait le patron de l'entreprise, qui

procédait aux paiements. La caisse n'avait pas à mettre en cause ce changement d'adresse postale.

En date du 9 janvier 1998, la caisse a adressé au défendeur une menace de plainte pénale pour soustraction de cotisations pour les périodes d'avril, juin à octobre 1997, et lui a fixé un délai au 26 janvier 1998 pour s'acquitter de la dette (cf. pièce n° 40 caisse).

À partir de cette date, le Tribunal considère que le défendeur était clairement mis devant le fait accompli : son cousin ne maîtrisait pas la situation comme il le lui avait fait croire, et la situation était déjà bien dégradée. Un simple téléphone à la caisse lui aurait confirmé ses craintes et l'ampleur du problème. Il aurait pu alors, et dû, vu la jurisprudence susmentionnée, démissionner de son poste d'administrateur avec effet immédiat. Or, plus de six mois se sont écoulés entre ce courrier du mois de janvier 1998 et la démission du défendeur. Il faut dès lors constater que si le comportement du défendeur est compréhensible compte tenu des liens familiaux existants, il ne permet pas de le dégager de sa responsabilité.

f) Par conséquent, la demande de mainlevée sera partiellement admise. En effet, le Tribunal tient le défendeur pour responsable du non-paiement des cotisations à partir du mois de janvier 1998. C'est ainsi un montant de 98'151 fr. 80 dont il est responsable (cf. courrier de la caisse du 28 février 2005 et PV de CP du 16 mai 2006), sous déduction des 30'000 fr. versés le 29 mars 2006 par Monsieur Pascal L_____, soit un total de 68'151 fr. 80.

***

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 la demande en mainlevée du 3 mai 2001 recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.

3. Prononce la mainlevée à l'opposition de la décision en réparation du dommage du 20 février 2001 à concurrence de 68'151 fr. 80.

4. Déboute les parties de tout autre conclusion.

5. Dit que la procédure est gratuite.

6. 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