RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1400/2000 **ATAS/139/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 16 mars 2004

1ère Chambre

En la cause

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, Route de Chêne 54, 1211 GENEVE 29	demanderesse en mainlevée d'opposition
contre	
Monsieur K_____	défendeurs anciens administrateurs de X_____(faillie)
Monsieur B_____	

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

EN FAIT

1. La société X_____ SA (ci-après la Société) est une société anonyme inscrite au registre du commerce de Genève depuis le 3 juin 1992. Son but consiste en l'organisation de voyages, la location d'appartements et de véhicules automobiles sans chauffeur, l'importation et exportation de produits (cf. pièce 1, fourre Caisse).

2. Monsieur M_____ était inscrit au registre du commerce comme administrateur avec signature individuelle du 3 juin 1992 au 13 juillet 1998. Monsieur K_____ l'a été également pour la période du 13 juillet au 16 décembre 1998, puis son inscription a été radiée le 16 décembre 1998, suite à sa démission survenue le 7 décembre 1998. Monsieur B_____ a été inscrit à partir du 7 mai 1999 comme administrateur avec signature individuelle. Monsieur H_____ a été inscrit comme directeur avec signature individuelle dès le 3 juin 1992. La faillite de la Société a été prononcée par jugement du Tribunal de première instance du 27 septembre 1999 (cf. pièce 1, fourre Caisse).

3. La Société a occupé plusieurs salariés et était affiliée dès sa création à la Caisse interprofessionnelle d'assurance vieillesse et survivants de la fédération romande des syndicats patronaux (ci-après la CIAM). Le 11 août 1997, la CIAM l'a exclue de son association en raison de ses retards répétés dans le paiement des cotisations sociales. Dès le mois de janvier 1998, la Société a été affiliée à la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la Caisse ; cf. pièce 2, fourre Caisse).

4. Les 8, 19 octobre et 21 juillet 1998, la Caisse a adressé deux sommations à la Société, l'enjoignant de payer les cotisations AVS-AI afférentes aux mois de janvier à septembre 1998. Puis, le 16 avril 1999, l'office des poursuites et faillite Rive-Droite a notifié trois commandements de payer à la Société, concernant les cotisations paritaires impayées des mois de janvier à septembre 1998. La Caisse a requis la continuation de la poursuite le 23 décembre 1999. Le 3 janvier 2000, l'office des poursuites a adressé à la Caisse trois procès-verbaux de saisie valant actes de défaut de biens provisoires, respectivement d'un montant de 1865 fr. 25, 1'883 fr. 25 et 1901 fr. 25 (pièces 3, 6 à 8, 11 à 13, 16 et 17 fourre Caisse).

5. Par quatre décisions notifiées séparément le 17 juillet 2000 à Messieurs B_____, I_____, M_____ et K_____, pris en tant que débiteurs conjoints et solidaires à hauteur de leurs dettes respectives, la Caisse a requis la réparation du dommage qu'elle subissait pour non paiement des

cotisations paritaires. Elle a réclamé à Messieurs I_____ et B_____ le paiement de la somme de 17'766 fr. 95, soit les cotisations dues par la société jusqu'au 31 décembre 1998, y compris les frais et intérêts moratoires. Elle a requis de Monsieur M_____ le paiement de la somme de 8'883 fr. 50, représentant les cotisations dues au 30 juin 1998, frais et intérêts moratoires compris. La Caisse a demandé à Monsieur K_____ le paiement de la somme de 13'325 fr. 20, correspondant aux cotisations dues et exigibles au 30 septembre 1998, tenant compte de sa sortie de la Société au 16 décembre 1998.

6. Monsieur K_____ a formé opposition par courrier du 25 juillet 2000. Il exprime sa surprise d'apprendre que la Société était affiliée à la Caisse, alors qu'il la savait seulement inscrite à la Caisse interprofessionnelle d'assurance vieillesse et survivants de la fédération romande des syndicats patronaux (CIAM). Il précise du reste que celle-ci a également intenté une procédure en réparation de dommage en date du 30 septembre 1998. Il a estimé avoir été dégagé de toute responsabilité dans cette procédure. Enfin, il a allégué que seuls Messieurs I_____, B_____ et M_____ étaient responsables du dommage causé à la Caisse. Il a joint à son courrier divers documents relatifs à l'action en réparation du dommage intentée par la Caisse.

7. La décision du 17 juillet 2000 adressée à Monsieur B_____ au « 5, rue Cherbulliez » est revenue avec la mention « non réclamé ». Le 8 septembre 2000, la Caisse l'a réexpédiée par pli simple. Ce courrier lui est également venu en retour, de même qu'une sommation du 2 novembre 2000.

8. Le 12 septembre 2000, la Caisse a requis de la Commission de recours en matière d'AVS-AI (ci-après CRAVS) la mainlevée de l'opposition formée par Monsieur K_____. Elle a estimé qu'il avait gravement négligé l'administration de la Société et qu'il avait causé un dommage grave à la Caisse par son attitude passive.

   La Caisse a précisé qu'elle ne réclamait à Monsieur K_____ ni les cotisations afférentes au dernier trimestre 1998, lesquelles n'étaient pas encore échues lorsque l'intéressé avait démissionné de la société le 16 décembre 1998, ni les cotisations pour lesquelles des actes de défaut de biens lui avaient été délivrés avant l'entrée de l'intéressé au conseil d'administration en date du 13 juillet 1998.

   La Caisse a exposé qu'elle exigeait en revanche le paiement des cotisations dues de janvier à juin 1998, les sommations des 21 juillet et 8 octobre 1998, ainsi que les taxations d'office des 6 et 8 octobre 1998. Cela correspondait aux cotisations en souffrance avant l'entrée du défendeur dans la société, mais pour lesquelles des

actes de défaut de biens avaient été délivrés le 3 janvier 2000, soit après sa prise de fonction.

La Caisse a jugé sans pertinence les allégués de Monsieur K_____ concernant la procédure en cours avec la Caisse et portant sur des cotisations antérieures à 1998. Elle a également relevé que la Société avait fait preuve de négligence grave en n'effectuant aucun versement de cotisations paritaires pour 1998, et en ne respectant pas son obligation de transmettre dans les délais les renseignements servant au calcul des cotisations 1998 ; ces dernières avaient d'ailleurs dû être fixées par taxation d'office.

9. Monsieur B_____ a formé opposition par acte du 21 janvier 2001. Il a rappelé qu'il n'était administrateur de la Société qu'à partir du 1er juin 1999 et qu'il n'était pas concerné par les cotisations paritaires impayées portant sur des périodes antérieures à sa prise de fonction. Il a exposé n'avoir jamais reçu le courrier de la Caisse daté du 17 juillet 2000 et n'avoir pris connaissance de la demande en paiement de la Caisse qu'à partir du 10 janvier 2001. Il a ajouté que la Société avait expliqué à la Caisse qu'elle était disposée à échelonner le remboursement de sa dette, au cas où elle reviendrait à meilleure fortune.

10. Par requête du 21 février 2001, la Caisse a demandé la mainlevée de l'opposition formée par Monsieur B_____, le 21 janvier 2001.

Au préalable, la Caisse a allégué que l'opposition était tardive, estimant que la décision en réparation avait été valablement notifiée le 17 juillet 2000.

La Caisse a à cet égard exposé que le registre informatique de l'office cantonal de la population (ci-après OCP) portait l'indication, datée du 14 juillet 2000, que Monsieur B_____ était sans domicile connu, et que sa dernière adresse se trouvait au « 5, rue de X. ». Elle a ajouté que Monsieur B_____ n'avait pas encore régularisé sa situation le 13 novembre 2000. Toutefois, à partir du 9 janvier 2001, l'OCP indiquait une nouvelle adresse à Meyrin valable rétroactivement dès le 1er septembre 2000.

La Caisse a expliqué qu'elle avait envoyé le 10 janvier 2001 une sommation à cette nouvelle adresse, et que Monsieur B_____ avait réagi, d'abord par téléphone du 21 janvier 2001, puis par lettre du même jour.

Selon la Caisse, Monsieur B_____ avait ainsi fait preuve de négligence en ne régularisant pas sa situation auprès de l'OCP de mi-juillet 2000 à début janvier 2001. En effet, selon la Caisse, le défendeur n'avait apparemment pas quitté le

canton de Genève et n'avait donné aucune instruction à l'office postal pour faire suivre son courrier.

La Caisse en a conclu qu'elle avait valablement notifié sa première décision du 17 juillet 2000 au « 5, rue de Cherbulliez », car la nouvelle adresse à Meyrin prenait effet rétroactivement au 1er septembre 2000 seulement. Le dernier jour du délai de garde étant échu le 19 août 2000, l'opposition de Monsieur B_____, datée du 21 janvier 2001, était donc tardive.

Sur le fond, la Caisse a relevé que sa demande en réparation portait sur les cotisations impayées de janvier à décembre 1998. La Caisse a soutenu que ces dernières étaient dues et exigibles lors de l'entrée de l'intéressé dans la société le 7 mai 1999. Le dommage avait été causé en avril 2000 lors de la délivrance d'actes de défaut de biens, de sorte que Monsieur B_____ en répondait.

La Caisse a également souligné que la Société ne lui avait pas transmis dans les délais les renseignements permettant de calculer les cotisations 1998, et que celles-ci avaient dû être fixées par taxation d'office.

En conséquence, la Caisse a estimé que la responsabilité de Monsieur B_____ était engagée. En effet, le défendeur n'avait pris aucune mesure propre à empêcher la survenance du dommage, il ne s'était pas préoccupé de ses obligations en matière d'AVS et n'avait proposé aucun plan de paiements échelonnés.

11. Par courrier du 14 mars 2001, Monsieur B_____ a répliqué qu'il avait été empêché de former opposition avant le 21 janvier 2001. En effet, il avait quitté le domicile conjugal sis « 5, rue de X. » depuis janvier 1999 (procédure de divorce en cours), était parti à l'étranger, n'était revenu à Genève qu'en novembre 2000, date à laquelle il avait loué un appartement à Meyrin, sis « 5, rue de Y. » et communiqué sa nouvelle adresse à l'OCP.

    Quant au fond de la demande en paiement de la Caisse, Monsieur B_____ a indiqué qu'il avait exigé, par courrier du 7 mai 1999, que l'assemblée générale de la Société trouve un arrangement avec la Caisse pour ce qui concernait les dettes antérieures à sa nomination.

12. Par courrier du 15 octobre 2003, la Caisse a précisé que le fait que Monsieur I_____ n'avait pas payé les cotisations sociales pour l'année 1998 n'exonérait pas Monsieur K_____ de sa responsabilité d'administrateur.

EN DROIT

1. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-vieillesse, notamment en ce qui concerne l'article 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS). Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'article 52 LAVS et les articles 81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) ont été abrogés. Le cas d'espèce demeure toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). Les dispositions légales seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.

2. Aux termes de l'article 82 alinéa 1 aRAVS, le droit de demander la réparation d'un dommage se prescrit lorsque la Caisse de compensation ne le fait pas valoir par une décision de réparation dans un délai d'une année à compter du moment où elle a eu connaissance du dommage et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du fait dommageable. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit en l'occurrence d'un délai de péremption à considérer d'office (ATF 112 V 8, consid. 4c ; RCC 1986 page 493). Lorsque ce droit dérive d'un acte punissable soumis par le code pénal à un délai de prescription de plus longue durée, ce délai est applicable (article 82 alinéa 2 aRAVS).

3. 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 75,consid. 3b ; 113 V 181, consid. 2 ; 112 V 8, consid. 4d, 158 ; 108 V 52, consid. 5 ; RCC 1983, page 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a « rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer » (cf. FRITSCHE : « Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd., page 112) d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

4. En cas de faillite ou de concordat par abandon d'actifs, la Caisse n'a pas nécessairement connaissance du dommage au moment seulement où elle peut consulter le tableau de distribution et le compte final établis par l'Office des faillites ou le liquidateur, ou à la date à laquelle elle reçoit un acte de défaut de biens. En effet, celui qui subit une perte dans une faillite ou dans une procédure

concordataire et veut intenter une action en dommages-intérêts a, en général, selon la pratique des tribunaux, déjà suffisamment connaissance du dommage, au moment où la collocation des créances lui est notifiée, ou à celui où l'état de collocation et l'inventaire ont été déposés et peuvent être consultés. A ce moment-là, le créancier est, ou devrait être en général, en mesure de connaître l'état des actifs, la collocation de sa créance et le dividende probable (ATF 119 V 92 consid.3 ; 118 V 196 consid. 3a ; VSI 1995, pages 169-170, consid. 2 ; ATF 116 II 161, consid. 4a; 116 V 75, consid. 3b; RCC 1990, page 415).

Dans le cas d'espèce, la Caisse est considérée avoir eu connaissance du dommage le 3 janvier 2000, date à laquelle plusieurs actes de défaut de biens lui ont été remis par l'Office des poursuites.

5. La demanderesse a notifié le 17 juillet 2000 à Messieurs B_____, I_____, M_____ et K_____ ses décisions en réparation du dommage. Ces notifications sont donc intervenues dans le délai d'une année prescrit par l'art. 82 al. 1 aRAVS.

   Monsieur K_____ a formé opposition le 25 juillet 2000, soit dans le délai imparti par l'art. 81 al. 2 aRAVS.

   Le Tribunal de céans considère que Monsieur B_____ a valablement formé opposition le 21 janvier 2001, soit dès qu'il a été atteint par la sommation de la Caisse du 10 janvier 2001, laquelle faisait suite à l'inscription de sa nouvelle adresse à l'OCP en date du 9 janvier 2001. En effet, déclarer irrecevable l'opposition de Monsieur B_____ reviendrait à commettre un déni de justice pour formalisme excessif (violation de l'art. 29 al. 1 Cst), alors qu'il a rendu vraisemblable ses absences de Suisse en raison de son départ du domicile conjugal, attesté par les inscriptions de l'OCP. De plus, une déclaration d'irrecevabilité ne se justifierait par aucun intérêt digne de protection, deviendrait une fin en soi et compliquerait de manière insoutenable la réalisation du droit matériel (ATF 128 II 142 consid. 2a et les arrêts cités, 118 V 315 consid. 4 et la référence)

   La Caisse a respecté le délai de 30 jours prévu par l'art. 81 al. 3 aRAVS en portant les 13 novembre 1998 et 21 février 2001 auprès de la CRAVS ses actions en mainlevée des oppositions formées respectivement par Messieurs K_____ et B_____.

6. Le litige porte sur la responsabilité des défendeurs dans le préjudice subi par la demanderesse, aux conditions de l'art. 52 aLAVS, lequel prévoit que l'employeur doit couvrir le dommage qu'il a causé en violant les prescriptions

intentionnellement ou par négligence grave. Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom. (ATF 123 V 15, consid. 5b., 122 V 66 consid. 4a, 119 V 405 consid. 2 et les références).

Le caractère subsidiaire de la responsabilité des organes d'une personne morale signifie que la caisse de compensation doit d'abord agir contre le débiteur des cotisations (employeur) (RCC 1988 p. 136).

En l'espèce, la faillite de la Société est survenue le 27 septembre 1999, de sorte que la Caisse était fondée à agir contre les défendeurs par décisions du 17 juillet 2000, soit alors que l'employeur avait cessé d'exister.

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

Selon la jurisprudence, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui manque de l'attention qu'un homme raisonnable aurait observée dans la même situation et dans les mêmes circonstances. La mesure de la diligence requise s'apprécie d'après le devoir de diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie que celle de l'intéressé. En présence d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions. Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a ; RCC 1985 p. 51 consid. 21 et p. 648 consid. 3b).

Dans le cas d'une société anonyme, la notion d'organe responsable selon l'art. 52 a LAVS est en principe identique à celle qui ressort de l'art. 754 al. 1 CO. La responsabilité incombe aux membres du conseil d'administration, ainsi qu'à

toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation, c'est-à-dire à celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 II 442 consid. 2b, 571 consid. 3, 107 II 353 consid. 5a). Il faut cependant, dans cette dernière éventualité, que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, c'est-à-dire d'exercer effectivement une influence sur la marche des affaires de la Société (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 II 442 consid. 2b, 111 II 84 consid. 2).

Un administrateur ne peut se libérer de sa responsabilité de veiller personnellement à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés soient payées à la caisse en soutenant qu'il faisait confiance à ses collègues chargés de l'administration du personnel de l'entreprise et du versement desdites cotisations à la caisse de compensation. Il a au contraire le devoir d'exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données (art. 716 a al. 1 ch. 5 CO). Si les membres du conseil d'administration qui ne sont pas chargés de la gestion ne sont certes pas tenus de surveiller chaque affaire des personnes chargées de la gestion et de la représentation mais peuvent se limiter au contrôle de la direction et de la marche des affaires, ils doivent cependant, entre autres obligations, se mettre régulièrement au courant de la marche des affaires, exiger des rapports et les étudier minutieusement et, au besoin, demander des renseignements complémentaires et essayer de tirer au clair d'éventuelles erreurs (ATF 114 V 223 consid. 4a ; ATF non publié H 265/02 du 3 juillet 2003). La responsabilité de l'administrateur ne dure en principe que jusqu'au moment de sa sortie effective du conseil d'administration, que ce soit par suite de démission ou de révocation, mais non jusqu'au moment de la radiation de ses pouvoirs au Registre du commerce ; cela vaut en tout cas lorsque l'intéressé n'a plus aucune influence sur la marche des affaires et qu'il n'a plus reçu de rémunération (ATF 112 V 5 consid. 3c, 111 II 484, 109 V 94-95 consid. 13 ; NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, PJA 1996, ch. 8d p. 1081 ; FORSTMOSER, Die Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2e éd., p. 236 n° 758 ss). En principe donc, l'administrateur sortant ne répond, toutes autres conditions étant remplies, que du non-paiement des cotisations échues et exigibles au moment de sa sortie effective. Demeure réservée l'hypothèse où l'administrateur a provoqué – intentionnellement ou par négligence grave – l'insolvabilité de la société, insolvabilité qui excluait d'emblée le paiement des cotisations non encore échues au moment de sa démission ou de

sa révocation (RCC 1985 p. 607 consid. 5, ATF non publié H 108/00 Sm du 21 septembre 2000 consid. 5b).

7. En l'espèce, il s'agit de distinguer le cas de Monsieur K_____ (a) de celui de Monsieur B_____ (b).

(a) Monsieur K_____ est entré au conseil d'administration de la Société le 13 juillet 1998 comme administrateur avec signature individuelle et en a démissionné le 16 décembre 1998, selon les indications figurant au registre genevois du commerce.

Dans son opposition du 25 juillet 2000 à la demande en réparation de la Caisse, Monsieur K_____ a exposé qu'il ignorait que la Société était affiliée à cette dernière depuis le mois de janvier 1998. Or, Monsieur K_____, durant les cinq mois de son mandat d'administrateur (mi-juillet à mi-décembre 1998) avait eu tout loisir de s'inquiéter de l'affiliation de la Société à une caisse de compensation après son exclusion de la CIAM au mois d'août 1997. Ne l'ayant pas fait, il a manifestement fait preuve d'un comportement gravement négligent, entraînant logiquement le non-paiement des cotisations paritaires exigibles au 30 septembre 1998. Ce seul manquement est à lui seul suffisamment grave pour que Monsieur K_____ soit condamné à réparer le dommage causé à la Caisse en application de l'art. 52 aLAVS.

S'agissant de la quotité du dommage au sens de l'art. 52 aLAVS, le TFA prévoit que l'administrateur d'une société anonyme répond du dommage depuis le jour de son entrée au conseil d'administration, sans égard à la date d'inscription au registre du commerce (précision de jurisprudence, VSI 2/1998 p.166).

Le TFA indique toutefois qu'un conseil d'administration répond aussi des cotisations des assurances sociales dues par l'entreprise, même si celles-ci sont déjà échues au moment où le conseil d'administration commence d'assumer son mandat. En effet, lorsqu'il prend en charge son mandat, le membre d'un conseil d'administration assume la responsabilité aussi bien des charges d'assurances sociales en cours que de celles qui sont restées impayées par l'entreprise et qui portent sur des années antérieures. Il est de son devoir de veiller à ce que soient payées non seulement les cotisations en cours, mais également les cotisations échues dues depuis des années. Il n'y a pas de raisons de faire la différence entre ces deux sortes d'obligations : il y a, dans les deux cas, un lien de cause à effet entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations dues pour la période antérieure (arrêt du TFA du 25 mars 1992, en la cause W. et A. H. ; RCC 1992, page 269 ad consid. 7b).

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

Le dommage est réputé survenu lorsque les circonstances ne permettent plus à la Caisse de recouvrer les cotisations, mais pourraient justifier une obligation de réparer le dommage (ATF 116 V 75,consid. 3b ; 113 V 181, consid. 2 ; 112 V 8, consid. 4d, 158 ; 108 V 52, consid. 5 ; RCC 1983, page 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a « rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer » (cf. FRITSCHE : « Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd., page 112) d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

Dans le cas particulier, l'office des poursuites a notifié à la Société trois actes de défaut de bien datés du 3 janvier 2000 concernant les cotisations impayées de janvier à septembre 1998, établissant incontestablement la survenance d'un dommage pour la Caisse dès cette date. La Caisse a toutefois à juste titre limité les montant réclamés à Monsieur K_____ aux cotisations sociales dues et exigibles au 30 septembre 1998, tenant compte de sa démission de la société au 16 décembre 1998.

La Caisse s'est ainsi conformée à la jurisprudence précitée du TFA en réclamant à Monsieur K_____ le paiement des cotisations des mois de janvier à septembre 1998, soit celles dues au cours de son mandat (de juillet à fin septembre 1998) et celles qui sont restées impayées par l'entreprise et qui portent sur une période antérieure à son entrée dans la société (en l'occurrence les cotisations afférentes aux mois de janvier à juin 1998 que Monsieur K_____ n'a pas tenté de solder). De plus, la Caisse a légitimement exclu des montants réclamés les cotisations non encore exigibles au 16 décembre 2000, date de la démission de Monsieur KOEINIG, au motif qu'aucun dommage n'était encore survenu à cette date. (c.f. ATF 112 V 5 consid. 3c, 111 II 484, 109 V 94-95 consid. 13 ; NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, PJA 1996, ch. 8d p. 1081 ; FORSTMOSER, Die Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2e éd., p. 236 n° 758 ss).

Force est dès lors de conclure que Monsieur K_____ répond, en application de l'art. 52 aLAVS, du dommage causé à la Caisse pour les cotisations impayées de janvier à septembre 1998.

La demande de mainlevée est donc admise pour ce qui concerne Monsieur K_____, à concurrence de 13'325 fr. 20.

(b) Monsieur B_____ est entré au conseil d'administration de la Société le 7 mai 1999. Il a adressé à la Société un courrier daté du même jour dont le contenu est le suivant : « Lors de ma nomination comme organe de votre société, l'organe de contrôle m'a fait part du retard accusé par votre société pour le paiement des cotisations AVS et d'allocations familiales. En conséquence, je vous prie de prendre toutes les mesures nécessaires pour conclure un arrangement de paiement avec les caisses auprès desquelles vous êtes affiliés et de m'en tenir informé ».

C'est le lieu de rappeler que, selon un principe général du droit, personne ne peut tirer profit de son ignorance du droit (ATF 124 V 220 consid. 2 let. b aa avec les références).

Il semble dès lors avoir échappé à Monsieur B_____ qu'il ne pouvait se libérer de sa responsabilité de veiller personnellement au paiement des cotisations sociales à la Caisse. Il lui a aussi échappé qu'il avait le devoir d'exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer qu'elles observent la loi et plus précisément les art. 14 al. 1 aLAVS et suivants, en corrélation avec les art. 34 et suivants RAVS (c.f. ATF 114 V 223 consid. 4a ; ATF non publié H 265/02 du 3 juillet 2003).

Par ailleurs, Monsieur B_____ n'a pris aucune mesure pour empêcher la survenance du dommage. Il ne s'est pas préoccupé de ses obligations en matière d'AVS et n'a proposé aucun plan de paiements échelonnés pour solder la créance de la Caisse. De plus, la Société n'a pas transmis dans les délais les renseignements permettant de calculer les cotisations 1998, de sorte que la Caisse a dû les fixer par taxation d'office. Au surplus, les cotisations paritaires de janvier à septembre 1998 n'ont pas été payées.

Il y a lieu d'en conclure que la responsabilité de Monsieur B_____ à l'égard de la Caisse est engagée en application de l'art. 52 aLAVS.

S'agissant de la quotité du dommage, la créance de la Caisse porte sur les cotisations impayées de janvier à décembre 1998, selon actes de défaut de biens délivrés le 3 janvier 2000, soit alors que Monsieur B_____ n'exerçait pas encore ses fonctions d'administrateur. Monsieur B_____ répondait des cotisations d'assurance-sociale dues par l'entreprise pour la période de janvier à décembre 1998, soit avant son entrée au conseil d'administration en date du 7 mai 1999, en application de la jurisprudence précitée (arrêt du TFA du 25 mars 1992, en la cause W. et A. H. ; RCC 1992, page 269 ad consid. 7b). Au demeurant, les

actes de défaut de bien valant survenance du dommage pour la Caisse ont été délivrés le 3 janvier 2000, soit après que Monsieur B_____ soit entré au conseil d'administration de la Société, de sorte qu'il en répond manifestement.

Sa responsabilité s'étend donc aux cotisations paritaires impayées de janvier à fin 1998 (c.f. arrêt du TFA du 25 mars 1992, en la cause W. et A. H. ; RCC 1992, page 269 ad consid. 7b ; VSI 1994, 212).

Au vu de ces éléments, la demande de mainlevée de la Caisse est également admise dans le cas de Monsieur B_____, à concurrence de 17'766 fr. 95.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

conformément à la disposition transitoire de l'article 162 LOJ

A la forme :

1. Déclare recevable la demande en mainlevée déposée le 12 septembre 2000 par la Caisse contre Messieurs K_____ et B_____.

Au fond :

2. Accorde à la Caisse la levée de l'opposition formée par Monsieur K_____ à hauteur de 13'325 fr. 20 ;

3. Accorde à la Caisse la levée de l'opposition formée par Monsieur B_____ à hauteur de 17'766 fr. 95 ;

4. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions ;

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).

La greffière :

Marie-Louise QUELOZ

La Présidente :

Doris WANGELER

Le secrétaire-juriste : Alain ACHER

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