RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1431/2000 **ATAS/273/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 21 avril 2004

4ème Chambre

En la cause

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE DES ENTREPRISES ROMANDES, Rue de Saint-Jean 98, 1201 GENEVE	demanderesse en mainlevée d'opposition
contre	
Monsieur E_____	défendeur
	ancien administrateur-président de X_____ SA, insolvable

Siégeant : Mme Juliana BALDE, Présidente, Mmes Maya CRAMER et Valérie MONTANI, juges.

EN FAIT

1. La X_____ SA (ci-après la société) a été constituée à Genève et inscrite au Registre du commerce le 9 avril 1985. Elle avait pour but social l'exploitation de fonds de commerce de studios d'enregistrement, ventes et locations de matériel électroniques et d'instruments de musique, éditions musicales, production et vente de disques et bandes magnétiques.

2. Monsieur E_____ était inscrit au Registre du commerce en tant qu'administrateur-président du 29 juin 1989 au 22 avril 1992, au bénéfice d'une signature collective à deux, puis en qualité d'administrateur au bénéfice d'une signature individuelle dès le 29 juin 1992 (cf. pièce n°51 CIAM).

3. La société était affiliée auprès de la Caisse interprofessionnelle des entreprises romandes (ci-après la CIAM) depuis le 9 avril 1985 et a occupé du personnel salarié du 1er janvier 1990 au 31 décembre 1999. Des difficultés dans le paiement des charges sociales sont survenues dès 1993 ; la CIAM a dû engager des procédures de poursuites en vue de récupérer les cotisations sociales (pièce n°52 CIAM). La société et son administrateur ont fait l'objet de nombreuses dénonciations pénales pour les cotisations AVS-AI-APG retenues aux salariés, celles dues au régime des allocations familiales ainsi que pour défaut de renseignements. La société s'est ensuite acquittée de la part pénale et a fourni à la CIAM, après coup, les déclarations de salaires et attestations de salaires manquantes (cf. pièce n° 21 à 38 CIAM).

4. A la suite d'un contrôle d'employeur, la CIAM a établi un rapport de contrôle et un décompte rectificatif le 2 avril 1993, aux termes duquel la société restait devoir des cotisations paritaires pour un montant de Fr. 65'928,45 (cf. pièce n°10 CIAM). La société a sollicité un plan de paiement qui n'a cependant pu être respecté et que la CIAM a annulé (cf. pièces nos 14 à 20 CIAM). Pour recouvrer sa créance, la CIAM a engagé une procédure de poursuite ; un procès-verbal de saisie mobilière a été établi et la CIAM a requis la vente des biens. Pour le solde impayé, l'Office des poursuites lui a délivré un acte de défaut de biens d'un montant de Fr. 65'753,15, en date du 13 août 1999 (cf. pièce n°13 CIAM).

5. D'autre part, la société ne s'est pas acquittée des cotisations paritaires concernant les périodes de mars à juin et décembre 1999, ainsi qu'une facture complémentaire portant sur l'année 1998. Le montant global des cotisations

impayées s'élève à 71'504,20, frais de poursuite, de sommation et intérêts moratoires compris.

6. Le 24 juillet 2000, la CIAM a réclamé à Monsieur E_____ la réparation du dommage subi en raison de l'insolvabilité de la société, pour un total de Fr. 71'504,20, correspondant aux cotisations paritaires impayées de mai à juin 1999, décembre 1999, un complément de janvier à décembre 1998, un solde du rapport de contrôle portant sur les années 1987 à 1991, ainsi que les cotisations dues au régime des allocations familiales pour le mois de décembre 1999 (cf. pièce 1 CIAM).

7. L'administration des postes a retourné cette décision à la CIAM, avec la mention « non réclamé ». La CIAM a renvoyé sa décision sous pli simple à l'attention de Monsieur E_____ en date du 8 août 2000.

8. Par pli recommandé du 23 août 2000, Monsieur E_____ a formé opposition auprès de la caisse. Il a exposé que la société avait cessé ses activités en juin 1999 car elle n'était plus en mesure de faire face à ses obligations. Il invoquait aussi le fait que le Tribunal des Prud'hommes avait pris une décision différente de celle de l'AVS à propos d'employés indélicats. Il a contesté devoir s'acquitter des cotisations réclamées. Enfin, il a fait valoir qu'il était chômeur, avec deux enfants à charge, et qu'il n'était pas en mesure de payer le montant réclamé.

9. Par acte du 20 septembre 2000, la CIAM a requis de la Commission cantonale de recours en matière d'AVS la mainlevée de l'opposition formée par l'administrateur. Elle considère que la responsabilité du défendeur est engagée dans la mesure où il était administrateur unique de la société ; dans le cadre de sa fonction, il a commis une négligence grave en ne déclarant pas les salaires ou les honoraires des ex-administrateurs de la société. D'autre part, la CIAM relève que le défendeur ne saurait raisonnablement soutenir que les rémunérations en cause n'auraient pas dû être soumises à cotisations, dès lors que cette question a fait l'objet d'un jugement rendu par la Commission cantonale de recours en matière d'AVS, entré en force. Il ne saurait dès lors se prévaloir d'un jugement du Tribunal des Prud'hommes qui aurait considéré ces personnes comme indépendantes. D'autre part, il est patent que la société connaissait une situation financière déplorable depuis plusieurs années.

10. Dans sa réponse du 9 novembre 2000, le défendeur a contesté sa responsabilité, alléguant qu'il n'avait pas détourné les cotisations des salariés, puisqu'il ne les avait pas déduites des rémunérations litigieuses. Il a persisté dans ses allégués, aux termes desquels le litige avec l'AVS serait survenu suite à une dénonciation

d'un prétendu actionnaire de la société qui a abouti à une décision de taxation AVS de la part de la CIAM. Il a contesté avoir commis une négligence grave et rappelé que la part pénale avait été payée.

11. Dans ses conclusions du 5 mars 2003, la CIAM a relevé que les reprises effectuées sur des rémunérations versées à trois personnes, dont l'administrateur lui-même, résultaient d'un rapport de contrôle et qu'elles ont été confirmées par un jugement de la Commission cantonale de recours en matière AVS du 10 mars 1994, entré en force. L'administrateur ne saurait donc valablement se prévaloir du jugement différent rendu par le Tribunal des Prud'hommes. La CIAM a d'autre part informé l'autorité de recours que la société s'était acquittée par acomptes directement à l'Office des poursuites des cotisations et frais pour les périodes de mars à juin 1999, décembre 1999, ainsi qu'un complément de janvier à décembre 1998 inclus dans le dommage et que les cotisations dues au régime des allocations familiales ont été payées. La société reste devoir uniquement le solde du rapport de contrôle ; le montant du dommage est dès lors réduit à Fr. 61'924,95.

12. En cours de procédure, l'administrateur a produit copie d'un retrait effectué par Monsieur M_____ le jour de sa démission de la fonction d'administrateur de la société ; il a prélevé sur le compte en banque de la société un montant de Fr. 62'924,70 en usant de sa seule signature, alors que le compte fonctionnait sur la base d'une signature collective à deux. Le défendeur considère que l'ancien administrateur a commis une faute grave qui a contribué à la dégradation de la situation de la société.

13. Le Tribunal de céans, auquel la cause a été transmise d'office à compter du 1er août 2003, a, sur requête du défendeur, procédé à une audience de comparution personnelle ainsi qu'à des enquêtes.

14. Chacune des parties a persisté dans ses conclusions. Pour le surplus, leurs divers allégués ainsi que les éléments pertinents résultant du dossier et de l'instruction seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

1. Préalablement, il y a lieu de préciser que la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ) a été modifiée par la loi du 14 novembre

2002 et qu'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 alinéa 1, lettre a), chiffre 1 LOJ). Selon l'article 3, alinéa 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi précitée 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. La compétence du Tribunal de céans est dès lors établie pour juger du présent litige.

Il sied de rappeler d'autre part que la loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en 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 (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 reste néanmoins 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 pertinentes seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.

2. 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. 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 Tribunal fédéral des assurances (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).

Les termes "en règle ordinaire" signifient que, en principe, la caisse de compensation est en mesure d'estimer suffisamment l'étendue de son dommage au moment du dépôt de l'état de collocation. Il se peut toutefois que cette estimation ne soit possible que dans une phase ultérieure de la liquidation, par exemple parce que le montant des actifs dépend du produit de la vente de biens immobiliers et que l'administration de la faillite ne peut fournir aucune indication à propos du dividende prévisible (RCC 1992 p. 266 consid. 5c; Nussbaumer, Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS, RCC 1991, p. 406). Inversement, la partie lésée peut exceptionnellement, en raison de circonstances spéciales, acquérir la connaissance nécessaire avant le dépôt de l'état de collocation; c'est en particulier le cas lorsqu'elle apprend de l'administration de la faillite, à l'occasion d'une assemblée des créanciers, qu'aucun dividende ne pourra être distribué aux créanciers de sa classe. L'existence de telles circonstances ne sera cependant admise qu'avec retenue : de simples rumeurs ou des renseignements provenant de personnes non autorisées ne permettent pas encore de fonder et de motiver une demande en justice (ATF 118 V 196 consid. 3b).

Par ailleurs, s'il faut, à juste titre, se montrer sévère dans l'appréciation de la responsabilité d'un employeur - et, par extension, de celle de ses organes s'il s'agit d'une personne morale - qui occasionne un dommage à la caisse de compensation en n'observant pas, intentionnellement ou par négligence grave, des prescriptions de la LAVS (ATF 114 V 220 sv.), il faut de même se montrer exigeant à l'égard

de l'administration en ce qui concerne le respect des conditions formelles de l'action en responsabilité fondée sur l'art. 52 LAVS (ATF 119 V 96 = VSI 1993 p. 110).

Lors de poursuites par voie de saisie, le créancier qui n'a pas été payé intégralement sur le produit de la réalisation reçoit un acte de défaut de biens définitif après saisie - lequel est fondé sur le résultat de la réalisation - à la différence de l'acte de défaut de biens provisoire après saisie - qui est fondé sur l'estimation de l'Office - pour le montant impayé, c'est-à-dire pour le montant de son découvert (cf. art. 149 al. 1 LP; Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, in Collection juridique romande, Lausanne 1985, p. 224). Il peut arriver qu'un acte de défaut de biens définitif après saisie soit délivré sans réalisation préalable. Ainsi, le procès-verbal de saisie vaut acte de défaut de biens définitif lorsqu'il indique que les biens saisissables font entièrement défaut (art. 115 al. 1 en relation avec l'art. 149 LP; ATF. 113 V 258 consid. 3c; RCC 1988 p. 137 ; Gilliéron, op.cit. p. 179, 224). Dans ce dernier cas, la réception du procès-verbal de saisie valant acte de défaut de bien définitif fait courir le délai de péremption d'une année de l'article 82 al. 1 RAVS.

En l'occurrence, à l'issue de la procédure de poursuite, un procès-verbal de saisie mobilière a été établi et la CIAM a requis la vente des biens. Cette dernière n'ayant pas suffit à la désintéresser, la CIAM s'est vu délivrer par l'Office des poursuites en date du 13 août 1999, un acte de défaut de bien pour un montant de Fr. 65'753,15 (cf. pièce n°13 CIAM). Dans ces circonstances, c'est au moment où la CIAM a reçu l'acte de défaut de biens qu'elle a su qu'elle subirait un dommage et que le délai de péremption d'une année a commencé à courir. Force est de constater qu'en notifiant son action en réparation du dommage à l'encontre du défendeur en date du 4 juillet 2000, la CIAM a agi en temps utile.

Le défendeur a formé opposition dans les 30 jours conformément à l'article 81 alinéa 2 RAVS, et la CIAM a saisi l'autorité de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants dans le délai légal de 30 jours à compter de cette opposition. Il s'ensuit que tant l'opposition que la requête en mainlevée sont recevables en la forme.

3a. 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).

En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la CIAM, en raison de l'insolvabilité de la société X_____ SA, pour un montant de Fr. 61'924.95, représentant les cotisations sociales impayées (part patronale) résultant du rapport de contrôle et portant sur les années 1987 à 1991, y compris les frais et les intérêts moratoires (cf. pièce N° 1 et conclusions CIAM du 5 mars 2003).

Le défendeur soutient préalablement que les montants qui auraient été payés par les salariés en cause en tant qu'indépendants devraient être déduits du dommage. Cet argument ne résiste pas à l'examen. En effet, le Tribunal de céans relève que les salariés en cause étaient affiliés en tant qu'indépendants auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation (cf. pièce no. 10 CIAM ; courrier CIAM du 5.12.1995 ; procès-verbaux d'audition des 10 et 17 novembre 1993, pièces CIAM). A supposer que ceux-ci auraient payé des cotisations d'indépendants sur les rémunérations versées par la société durant les années 1987 à 1991, il leur appartenait de solliciter de leur caisse de compensation la révision de leurs taxations ; la part salariale à leur charge devait être récupérée par l'employeur directement auprès de ses salariés.

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).

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). 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).

4. En l'espèce, le défendeur était inscrit au registre du commerce en qualité d'administrateur-président de la société au bénéfice d'une signature collective à deux dès le 29 juin 1989, puis administrateur au bénéfice d'une signature individuelle dès le 29 juin 1992. Il avait ainsi indiscutablement la qualité d'organe de la société, ce qu'il ne conteste au demeurant pas (art. 754 al. 1 CO).

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 même

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).

La CIAM considère que la responsabilité du défendeur est engagée dès lors qu'il n'avait pas déclaré les salaires versés aux anciens administrateurs ainsi que les siens propres. D'autre part, après avoir reçu notification du jugement de la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants confirmant les décisions de taxation sur les rémunérations versées aux salariés, le défendeur n'a pas pris les mesures adéquates en vue d'assurer le paiement desdites cotisations. Il a d'autre part continué à maintenir la société en vie, prenant ainsi le risque de faire subir un dommage à l'AVS. Elle considère qu'il a fait preuve de négligence grave, notamment en éludant l'obligation de déclarer les salaires et de payer les cotisations pendant les années où la société réalisait des bénéfices.

Le défendeur conteste avoir commis une faute intentionnelle ou une négligence grave. Il allègue que dans un premier temps la CIAM avait considéré Messieurs M_____, S_____ et lui-même comme indépendants et que c'est suite à une dénonciation effectuée par un certain Monsieur T_____, qui s'était présenté comme prétendu actionnaire de la société, que la CIAM a repris le dossier et procédé à une reprise sur les rémunérations versées. Il a exposé qu'à la suite du jugement de la Commission cantonale de recours, il avait tenté d'encaisser la part salariale auprès de Messieurs M_____ et S_____ ; cependant, le Tribunal des Prud'hommes l'a débouté, considérant que ces derniers exerçaient en réalité une activité indépendante. Selon le défendeur, le rapport de contrôle a été une catastrophe financière pour la société face à l'énorme montant des charges sociales qui lui était réclamé, ce qui a provoqué la fin économique de la société. Il rappelle que depuis 1994, il avait pris des contacts avec la CIAM régulièrement afin de convenir d'un plan de paiement relatif aux cotisations paritaires que la société considérait devoir payer. En revanche, s'agissant des cotisations relatives à Messieurs S_____ et M_____, la société considérait ne pas devoir les acquitter, dès lors qu'ils avaient cotisé en tant qu'indépendants auprès d'autres caisses de compensation. La société n'avait plus

les moyens financiers pour les acquitter en totalité, ni pour mandater un avocat. Il a aussi fait valoir qu'il avait passé beaucoup de temps à chercher des partenaires, pour la société, en vain.

5. Lors des enquêtes, l'organe de révision a déclaré que la société avait très bien fonctionné au début jusqu'à la survenance de dissensions au sein du conseil d'administration. Ces divergences de vue entre actionnaires et administrateurs ont porté d'abord sur des questions purement techniques, puis en définitive la crise est devenue financière. Messieurs M_____ et S_____ se sont alors retirés de la société pour en créer une autre dans le même domaine. C'est ainsi que le défendeur a non seulement perdu des clients à la suite du départ de Monsieur M_____, qui était le directeur artistique, mais encore les locaux de la société ont été inondés à deux reprises, suite à un incendie. D'autre part, les activités d'un fitness qui se trouvait au-dessus des locaux ont perturbé celles de la société. Il a confirmé que Monsieur M_____, avant de partir, avait récupéré son investissement par le débit du compte courant de la société, soit un montant de Fr. 60'000.-, malgré la nécessité d'une signature collective, ce vraisemblablement après avoir bénéficié de complicités. Le défendeur n'a toutefois pu réagir, probablement faute de moyens. L'organe de révision a affirmé que le défendeur a tout tenté pour sauver l'entreprise, qu'il s'était reconverti dans la formation de jeunes dans la technique du son et qu'il avait tenté de trouver des partenaires sociaux. Durant les cinq années où l'ex-administrateur s'est battu, il n'y avait pas la nécessité d'informer le juge ; en effet, la société ne se trouvait pas dans la situation prévue par l'article 725 CO, en raison du fait que la créance postposée de Monsieur E_____ (il s'agissait de matériel extrêmement coûteux) s'élevait à quelque Fr. 500'000.-. Le défendeur avait énormément d'espoir dans cette société, ce qui explique peut être qu'il n'ait pas réagi très rapidement. Finalement, l'administrateur est tombé malade, et s'est rendu auprès de la CIAM, en compagnie de l'organe de révision, pour trouver des arrangements de paiement relatifs aux charges sociales encore en souffrance.

6. Le Tribunal de céans constate cependant que la société se trouvait confrontée à des difficultés financières depuis 1993, puisque les cotisations n'étaient payées qu'après avoir fait l'objet de procédures de poursuite. De même, la société et le défendeur ont fait l'objet de nombreuses menaces et dénonciations pénales, pour non-paiement des cotisations AVS retenues aux salariés, celles dues au régime des allocations familiales non versées ainsi que pour défaut de renseignements. D'autre part, alors que la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants avait jugé, en 1994, déjà que la société devait s'acquitter de cotisations paritaires sur les rémunérations versées à Messieurs

M_____, S_____ ainsi qu'au défendeur durant les années litigieuses, le recourant n'a pas pris de disposition concrète en vue d'assurer le paiement desdites cotisations à la caisse. Au contraire, il s'est préoccupé de récupérer la part salariale auprès de Messieurs M_____ et S_____, par devant la juridiction des Prud'hommes. Peu importe à cet égard que ladite juridiction ait rendu un jugement différent de ce qui a été jugé en matière d'AVS. En effet, à l'égard de la caisse, le défendeur savait dès l'entrée en force du jugement rendu par la Commission de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants que la société était débitrice desdites cotisations. Or, force est de constater qu'il a négligé de s'acquitter desdites cotisations, et ce n'est qu'à la suite de la plainte pénale qu'il s'est acquitté de la part salariale. D'autre part, face à ses difficultés financières, le défendeur a continué l'activité de la société, gardant toujours l'espoir de la sauver. Si la société n'était pas en état de surendettement tel que prévu par l'article 725 CO, c'était aux dires de l'organe de révision, uniquement parce que le défendeur disposait d'une créance postposée de quelque Fr. 500'000.

Le défendeur n'a jamais voulu non plus suivre les conseils de l'organe de révision de faire établir un bilan à la valeur de liquidation. L'obtention d'une ligne de crédit de Fr. 250'000.- de la banque n'a pu être remboursée. Dans ces conditions, force est de constater que le défendeur a négligé le paiement des charges sociales, misant sur un hypothétique sauvetage de la société, causant un dommage à la caisse de compensation.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal de céans considère que le défendeur a commis une négligence qui doit être qualifiée de grave au sens de l'article 52 LAVS, de sorte qu'il répond du dommage subi par la demanderesse.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

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

A la forme :

1. Reçoit la requête ;

Au fond :

2. L'admet et lève l'opposition formée par Monsieur E_____, à concurrence du montant de Fr. 61'924,95.-

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

4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement qu'elle 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 :

Walid BEN AMER

La Présidente :

Juliana BALDE

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