

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1438/2000

ATAS/1306/2007

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 20 novembre 2007

En la cause

AGRAPI CAISSE DE COMPENSATION, sise Thunstrasse 55
à Berne

demanderesse

contre

Monsieur G_____, mais comparant par Maître Yves
MERMIER en l'Etude duquel il élit domicile

défendeur

**Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et Norbert HECK,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. La Société X _____ SA (ci-après la société), ayant pour but l'exploitation de toute entreprise d'imprimerie, a été créée à Genève en 1988. Elle est affiliée en tant qu'employeur auprès de la CAISSE DE COMPENSATION AGRAPI (ci-après la caisse). Monsieur G _____ en est devenu l'actionnaire majoritaire en 1990 et l'administrateur unique en 1993 selon l'extrait du registre du commerce.
2. Du bilan établi au 31 décembre 1990, il résulte les chiffres suivants :

- Produits d'exploitation	Fr. 947'679,55
- Charges d'exploitation	Fr. 941'345,55
- Bénéfice net de la période	Fr. 6'334,--
- Charges de personnel	Fr. 425'388,40
3. Dès 1996, la société a rencontré quelques difficultés financière dues à la mauvaise conjoncture dans le domaine de l'imprimerie. Toutefois, un plan d'amortissement portant sur les cotisations AVS-AI avait déjà été convenu avec la caisse le 21 septembre 1994, aux termes duquel la société devait s'acquitter de 7'500 fr. par mois en plus de la facture courante. Le 5 décembre 1994, la caisse a confirmé que le sursis était devenu caduc, faute de paiement. La société a, en réponse, rappelé, par courrier du 12 décembre 1994 signé par Monsieur G _____, que :

«Nous avons repris cette entreprise en 1992 et depuis cette date, vous ne pouvez nier qu'un effort a été consenti pour réduire fortement le retard.

Nous nous efforçons de payer chaque mois une partie du montant en retard et à ce jour nous n'avons plus de retard excédant une année.

La mise en faillite d'une PME ne résout pas les problèmes de chômage surtout lorsque le carnet de commandes est fourni.

Si vous aviez fait preuve d'autant de détermination avec l'ancien propriétaire nous n'en serions pas là ».

Un nouvel arrangement a été proposé par la société le 21 février 1995, qui n'a été que partiellement respecté. La société a demandé à plusieurs reprises à la caisse de diminuer le montant des acomptes fixés. Plusieurs sursis lui ont été accordés.
4. La faillite de la société a été prononcée le 13 décembre 1999.
5. Par décision du 16 août 2000, la Caisse a réclamé à l'intéressé le paiement de la somme de 91'343 fr. 75, représentant le dommage subi en raison du non-paiement des cotisations paritaires AVS-AI dues par la société de 1994 à 1999.
6. L'intéressé, représenté par Maître Yves MERMIER, a formé opposition le 15 septembre 2000 à ladite décision. Il allègue que lorsqu'il est entré au Conseil d'administration de la société, la situation comptable était si préoccupante que la

question du dépôt de bilan se posait déjà. Il insiste sur le fait que la branche des arts graphiques a connu des périodes difficiles en particulier en 1996. Il souligne que ce nonobstant, il est toujours resté en étroit contact avec la Caisse. Il produit à cet égard pour preuve les courriers échangés avec celle-ci du 21 septembre 1994 au 8 décembre 1997. Il explique enfin que la faillite est intervenue en raison du désistement de toute dernière minute de l'investisseur/partenaire pressenti.

7. Le 17 octobre 2000, la Caisse a déposé auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI, alors compétente, une action visant à la levée de l'opposition. Elle considère que l'intéressé a engagé sa responsabilité au sens de l'article 52 LAVS.
8. Invité à se déterminer, celui-ci a persisté dans ses conclusions. Il conteste la quotité du dommage dont la réparation lui est réclamée, certaines cotisations versées directement en mains de l'Office des poursuites n'ayant pas été prises en compte.
9. Il a été entendu le 25 septembre 2002 au greffe de la Commission de recours AVS-AI. Il a reconnu que la société avait rencontré quelques difficultés dues à la conjoncture dès 1996, mais insisté sur le fait qu'il s'était régulièrement acquitté des cotisations dues. Il explique qu'en 1999, les résultats comptables avaient chuté, du fait que deux employés, sur cinq au total, considérés comme les « piliers » de la société, étaient partis. Le défendeur a à cet égard déclaré que « j'étais persuadé qu'il ne s'agissait que d'une mauvaise passe que je réussirai à surmonter. Il ne s'agissait que d'un problème de personnel, de compétence interne. J'avais en effet toujours de très bons clients. Nous n'arrivions plus à faire face aux nouvelles commandes. La faillite a été provoquée suite à un effet de change qui nous avait échappé ».

Il conteste au surplus les décomptes établis par la caisse, en ce sens que des sommes directement versées à l'Office des poursuites n'auraient pas été prises en considération et qu'à l'inverse, des paiements effectués en mains de la caisse n'auraient pas été portés à la connaissance de l'Office des faillites. Il produit les pièces comptables encore en sa possession, soit les bilans et comptes de pertes et profits relatifs aux exercices 1990, 1991, 1996 et 1997 (*cf. procès-verbal de comparution personnelle du 25 septembre 2002*), étant précisé ce qui suit pour chacune de ces années, soit :

- 1990 : il s'agit du premier bilan après la reprise de X _____ SA ;
- 1991 : en raison de la découverte de certains problèmes non identifiés lors de la reprise, l'exercice se traduit par une perte de 227'042 fr. 36 ;
- 1996 : suite à l'augmentation du capital à 100'000 fr. la perte a été réduite à 152'000 fr. ;

➤ 1997 : l'exercice s'achève sur un bénéfice de 43'000 fr., lequel permet de réduire la dette à 110'000 fr.

10. Le 1^{er} avril 2003, la caisse a fait parvenir au greffe de la Commission de recours AVS-AI la liste des versements qui lui étaient parvenus dès le 1^{er} janvier 1994 concernant les cotisations AVS-AI et celle concernant les contributions au deuxième pilier (LPP).
11. Le défendeur a déclaré, par courrier du 2 mai 2003, qu'à la lecture desdites listes, il lui était difficile de vérifier la pertinence des versements opérés, les factures y relatives n'étant pas mentionnées.

Il a constaté que les divers paiements n'étant pas systématiquement imputés sur les factures les plus anciennes, il devenait impossible d'identifier les factures encore ouvertes par rapport à celles qui seraient réglées.

Il a également relevé un point incompréhensible, de nature selon lui à faire douter de l'exactitude, de certains chiffres indiqués : la somme prélevée au titre de cotisations AVS est de 41'929 fr. 05 pour l'année 1996, alors que la masse salariale ne dépasse pas 25'000 fr. par mois.

12. La cause a été transmise d'office au Tribunal de céans le 1^{er} août 2003 et les parties ont été entendues le 20 septembre 2005.

Le défendeur a déclaré que "Je ne me souviens pas exactement de la date à laquelle je suis devenu administrateur de la société. Je crois avoir été administrateur durant une année peut-être en même temps que Monsieur F_____. En revanche j'étais propriétaire de la société, partiellement du moins, depuis 1990. En 1991, la perte très importante subie est due à la découverte de charges sociales dues à l'AGRAPI qui ne figuraient pas dans le bilan 1990. Lorsque j'ai repris cette société en 1990, je reprenais actifs et passifs. J'ai pensé durant toutes ces années que je retrouverais gentiment un équilibre. J'ai persévéré sans vouloir déposer le bilan malgré la découverte de ces charges sociales importantes pensant que les choses allaient s'améliorer et vu la mise de départ".

Au cours de l'audience, la caisse a admis qu'un montant de 317 fr. 65 représentant des cotisations ESIG devait être déduit du dommage.

13. Le Tribunal de céans a interrogé l'OFFICE DES POURSUITES ET FAILLITES afin de savoir où en était la faillite de la société et si un état de collocation avait été établi, d'obtenir la liste des versements effectués par le défendeur directement en mains de l'Office en paiement des cotisations AVS-AI ainsi que la copie des bilans et comptes de pertes et profits de 1992 à 1995.

14. Par courrier du 30 janvier 2006, l'Office des faillites a communiqué au Tribunal copie d'un acte de défaut de biens après faillite délivré à la caisse le 13 octobre 2005, aux termes duquel la créance de 102'869 fr. 60 représentant les cotisations AVS-AI avait été admise et un montant de 6'022 fr. 20 versé, de sorte que 96'847 fr. 40 restaient impayés. Il y est encore indiqué que le failli conteste la créance.
15. La caisse a confirmé que l'Office des faillites lui avait versé le montant de 6'022 fr. 20 et a dès lors réduit sa prétention à 85'321 fr. 55.
16. Le 1^{er} juin 2006, l'Office des faillites a informé le Tribunal que la comptabilité de la société faillie lui avait été remise en son temps par son administrateur, mais que le gestionnaire en charge du dossier avait considéré que ces archives pouvaient être détruites après 5 ans, ce qui avait été fait.
17. Invité à retrouver la trace d'éventuels versements effectués par le défendeur en mains de l'Office des faillites, celui-ci a transmis copie du compte de la faillite de la société portant sur la période postérieure au prononcé de la faillite, mais pas sur période antérieure.
18. Le Tribunal a ordonné la comparution personnelle des parties le 18 septembre 2007. Le défendeur a persisté dans ses conclusions, considérant qu'il n'avait pas à répondre du dommage subi par la caisse et répétant qu'il avait payé une partie des cotisations dues directement en mains de l'Office des faillites au nom de la société.
19. La caisse a indiqué que la part pénale s'élevait à 28'079 fr. 65.
20. Sur demande du Tribunal, le défendeur a révélé, par courrier du 15 octobre 2007, qu'il n'avait conservé aucun document relatif à la faillite de la société, et notamment pas les doubles de paiements effectués par la société, au moyen de bulletins de versements remis par l'Office des poursuites dans le cadre de plans de paiements négociés, à hauteur selon lui d'environ 15'000 fr. Après avoir lui-même tenté d'obtenir les informations souhaitées auprès de l'Office des faillites, il a déclaré qu'il renonçait "à se lancer dans de telles démarches".
21. Ce courrier a été transmis à la caisse et la cause gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch.1 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 entrée en vigueur le 1er janvier 2003 (LPGA), qui sont relatives à la

loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. La LPGA est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'article 52 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 RAVS ont été abrogés. Le cas d'espèce reste 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 déterminant se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1).
3. Aux termes de l'article 82, alinéa 1 du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (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 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 (cf. ATF 112 V 8, consid. 4c; 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 (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 116 II 161 consid. 4a; 116 V 75, consid 3b = RCC 1990, p. 415, ATF 113 V 182 consid. 2 avec réf. = RCC 1987, p. 607).

Selon la jurisprudence, le dommage est réputé survenu lorsque les cotisations dues ne peuvent plus être perçues, pour des motifs juridiques ou de fait (ATF 113 V 258, consid. 3c; RCC 1988, p. 137; BGE 109 V 92, consid. 9 et les arrêts cités; RCC 1983, p. 477). Lorsque les cotisations demeurent impayées en raison de l'insolvabilité de l'employeur (personne morale), le dommage est réputé survenu au moment où les créances de cotisations sont irrécouvrables, c'est-à-dire au moment où, eu égard à l'insolvabilité de l'employeur, les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire (ATF 112 V 157, consid. 2; MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, volume II, p. 69).

La procédure ordinaire de perception des cotisations relève des règles applicables dans le cadre des articles 14 et suivants LAVS. Selon l'article 15, alinéa 1 LAVS, les cotisations non versées après sommation sont perçues sans délai par voie de poursuites, à moins qu'elles ne puissent être compensées avec des rentes échues. Les cotisations seront, en règle générale, recouvrées par voie de saisie également contre un débiteur soumis à la poursuite par voie de faillite (cf. article 15, alinéa 2 LAVS; article 43 LP).

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. article 149, alinéa 1 LP; GILLIERON, Poursuites 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 (article 115, alinéa 1 en relation avec l'article 149 LP; ATF 113 V 258, consid. 3 c), RCC 1988, p. 137; GILLIERON, op. cit. pages 179, 224).

4. En l'espèce la faillite a été prononcée le 9 décembre 1999. L'état de collocation n'avait pas encore été déposé au moment où la Caisse a notifié à Monsieur G_____ sa décision en réparation du dommage, soit le 16 août 2000. S'il n'incombe pas à la caisse d'agir dès le moment de la survenance du dommage, parce qu'elle n'a pas en mains tous les éléments permettant de motiver une demande en justice (cf. ATF 118 V 195-196 consid. 3a-b et les références), en revanche, rien ne l'empêche de le faire (NUSSBAUMER, les caisses de

compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'article 52 LAVS, RCC 1991 p. 407). Si, à ce moment-là, l'ampleur du dommage ne peut pas être mesurée, ni exactement ni approximativement, parce que le dividende est incertain, la caisse devra, dans sa décision en réparation, ordonner au responsable de payer la totalité du montant dont elle a été privée, moyennant une cession de son droit à un dividende éventuel (ATF 114 V 82 consid. 3b, 113 V 183 s. consid. 3b). Cela étant, une demande de mainlevée de l'opposition à une décision en réparation ne peut être rejetée d'emblée au motif que le dividende est encore incertain. Une solution contraire aurait pour conséquence la perte définitive du droit de la caisse de réclamer la réparation du dommage subi (RCC 1990, p. 415). Aussi y a-t-il lieu de considérer que la caisse a agi en temps utile. Le délai de cinq ans après la survenance du dommage a par ailleurs été respecté.

5. Le défendeur a formé opposition le 15 septembre 2000, soit en temps utile (article 81 al. 2 RAVS).
6. La Caisse a déposé sa requête en mainlevée de l'opposition auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI le 17 octobre, soit dans le délai de 30 jours, de sorte que celle-ci est recevable à la forme (article 81 al. 3 RAVS).
7. La cause a été transmise d'office le 1^{er} août 2003 au Tribunal de céans conformément à l'article 3, al. 3 de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ).
8. Aux termes de l'art. 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'art. 52 LAVS est une disposition spéciale (RCC 1989 p. 117).
9. Le montant du dommage correspond à celui pour lequel la caisse de compensation subit une perte (RCC 1972, p. 687). Appartiennent à ce montant les cotisations paritaires (cotisations patronales et d'employés ou ouvriers) dues par l'employeur, les contributions aux frais d'administration, les intérêts moratoires, les taxes de sommation et les frais de poursuite (Directives de l'OFAS sur la perception des cotisations N° 7015 et ss.).

Le dommage est survenu dès que le montant dû de par la loi ne peut plus être recouvré pour des raisons juridiques ou de fait (RCC 1978, p. 259). Il en va ainsi lorsque la créance de cotisations est périmée par suite de prescription au sens de l'art. 16 al. 1 LAVS ou lorsque l'employeur est insolvable (prononcé de la faillite ou délivrance d'un acte de défauts de biens). Aussi le dommage subi par la caisse représente-t-il le montant des cotisations paritaires AVS-AI resté impayé par la société de 1994 à 1999.

10. L'intéressé allègue avoir effectué des versements directement auprès de l'Office des faillites, à hauteur de 15'000 fr. environ, selon ses souvenirs. Il n'a cependant pas

été possible de trouver la trace de ces versements, ce nonobstant une longue instruction et diverses interventions auprès des offices concernés.

En ce qui concerne la preuve, le juge des assurances sociales fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 360 consid. 5b, 125 V 195 consid. 2 et les références; cf. ATF 130 III 324 consid. 3.2 et 3.3). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322 consid. 5a).

Force dès lors est de conclure que même s'il était établi que l'intéressé avait effectivement versé certains montants à l'Office des faillites, ce qui aurait diminué le dommage subi par la caisse d'autant, il serait impossible, faute de documents, d'en déterminer le montant.

11. L'intéressé conteste également le montant du dommage, au motif que la liste des versements établie par la caisse le 1^{er} avril 2003 comporte des erreurs évidentes. Il a en effet relevé, par exemple, que la somme prélevée au titre de cotisations AVS est de 41'929 fr. 05 pour l'année 1996, alors que la masse salariale ne dépasse pas 25'000 fr. par mois pour cette année-là.

Il y a toutefois lieu de rappeler que pendant l'année de cotisation, les personnes tenues de payer des cotisations doivent verser périodiquement des acomptes de cotisations, lesquels sont fixés sur la base du revenu probable de l'année de cotisation (art. 24 RAVS). Les caisses fixent les acomptes de cotisations dans une décision si elles ne reçoivent pas les renseignements ou les pièces justificatives requis ou si les acomptes de cotisations ne sont pas payés dans le délai imparti (art. 24 al. 5 RAVS). Elles fixent les cotisations dues pour l'année de cotisations dans une décision de cotisation et établissent le solde entre les cotisations dues et les acomptes versés (art. 25 RAVS). Ces décisions sont susceptibles d'être attaquées auprès de la caisse elle-même, sur opposition, et les décisions sur opposition peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal de céans. Il appartenait dès lors au défendeur d'agir en temps utile contre les décisions notifiées à la société s'il contestait le montant des cotisations retenu par la caisse. Il sied au surplus de relever qu'en cas de retard de paiement, il peut se produire que les montants versés servent à solder les cotisations dues pour l'année précédente.

Aussi la somme de 85'003 fr. 90, soit 91'343 fr. 75, dont il convient de déduire 317 fr. 65 représentant des cotisations ESIG et 6'022 fr. 20 versé par l'Office des

faillites à la caisse (acte de défaut de biens après faillite délivré le 13 octobre 2005) doit-elle être confirmée, à titre de dommage subi par la caisse.

12. L'art 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 et ss. 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 des décomptes est pour l'employeur une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a déclaré à réitérées reprises que la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS est liée au statut de droit public (RCC 1987 p. 220). L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (RCC 1985 p. 646).

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, p. 259 ; RCC 1972, p. 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, p. 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'art. 754, 1^{er} alinéa, en corrélation avec l'art. 759, 1^{er} 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'art. 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., p. 209 et ss).

13. En l'occurrence, le défendeur est administrateur unique de la société et inscrit comme tel au Registre du commerce. Il a dès lors indiscutablement la qualité d'organe formel de la société anonyme (cf. FORSTMOSER, op. cit. N° 654 et 655, p. 2089 ; GUHL, MERZ & KUMMER, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 7^{ème} édition, p. 691; ATF 86 II 271 et 93 II 22).
14. 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-e. 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). 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. 2a et p. 648, consid. 3b).
15. Le défendeur fait valoir que lorsqu'il est entré au conseil d'administration de la société, la question du dépôt de bilan se posait déjà. Il souligne ainsi que c'est grâce à son travail que la société a pu se maintenir en vie.

Le nouvel administrateur a le devoir de veiller tant au versement des cotisations courantes qu'à l'acquittement des cotisations arriérées, qui sont dues pour la période durant laquelle il ne faisait pas encore partie du conseil d'administration, car 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 (ATF 119 V 407, consid. 4 c ; RCC 1992 p. 269, consid. 7b).

Toutefois, la causalité adéquate entre la violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions et la survenance du dommage doit être niée lorsqu'une société anonyme est insolvable au moment de l'entrée en fonction du nouvel administrateur ; en pareille hypothèse, ce dernier ne répond pas du dommage déjà survenu à ce moment (ATF 119 V 406 consid. 4 b ; jugement CCR du 24.03.1999, cause N° 332/98 R.B./ATFA du 18.02.2000).

16. En l'espèce, le défendeur est devenu actionnaire majoritaire de la société en 1990, et administrateur unique en 1993.

En 1990, un bénéfice avait certes été réalisé, mais d'un montant de 6'334 fr. seulement alors que le total des produits d'exploitation s'élevait à 947'679 fr. 55. En 1991, la société réussit à augmenter quelque peu son produit d'exploitation, qui a ainsi passé à 995'486 fr. 35. Les charges d'exploitation en revanche ont explosé à 1'222'528 fr. 71, en raison de la découverte de charges sociales restées impayées qui ne figuraient pourtant pas au bilan 1990, ce qui a provoqué une perte importante de 227'042 fr. 36. On ne sait pas comment la situation a évolué ensuite, ne disposant d'aucune pièce comptable des années 1992 à 1995. En 1996, les difficultés rencontrées par la branche des arts graphiques ont manifestement eu des répercussions sur la situation financière de la société puisque les recettes n'ont pas dépassé 780'574 fr. et une perte a été enregistrée.

Certes le défendeur dit-il avoir ignoré que la société, avant qu'il en devienne l'actionnaire, ait eu une dette de cotisations AVS-AI aussi importante envers la caisse. Il l'a cependant appris en 1991, date à laquelle il n'était pas encore administrateur. Il ne peut donc se prévaloir de la jurisprudence susmentionnée.

17. Selon la jurisprudence du TFA, pour admettre l'existence d'un comportement intentionnel, il suffit que l'administration d'une société en difficulté ait fait passer avant le paiement des cotisations d'autres dépenses qu'elle jugeait – à tort ou à raison – absolument indispensables à la survie de l'entreprise, cela même si elle a été chargée d'intervenir dans une situation déjà compromise qu'il s'agissait de redresser et qu'elle a dû parer au plus pressé pour éviter la faillite. On doit admettre dans ces conditions que l'administration a commis une faute ou à tout le moins une négligence grave lorsqu'au moment où elle a pris en mains la gestion puis tout au long de son activité la survie de la société n'était pas raisonnablement envisageable (cf. ATFA non publié A.SA. du 21.04.1988). Il peut arriver qu'en retardant le paiement de cotisations, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie. Il faut pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'article 52 LAVS que l'on puisse admettre que l'employeur avait au moment où il a pris sa décision des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter de sa dette dans un délai raisonnable (RCC 1985, p. 604). Le TFA a jugé que ce n'était pas le cas lorsque l'exercice de la première année concernée s'est soldé par une perte et que la situation n'a fait que s'aggraver. Le TFA a en effet considéré qu'on ne peut parler dans ces conditions d'une absence momentanée de ressources qui ferait apparaître comme non-fautive une violation des prescriptions en matière d'AVS (cf. ATFA non publié M.W. du 20.05.1988).

18. Le Tribunal de céans constate que la société a régulièrement rencontré de graves difficultés. La première en 1991, lors de l'apparition d'une dette importante de

cotisations AVS-AI, la seconde en 1996 due à la mauvaise conjoncture dans le domaine des arts graphiques et la troisième en 1999, à l'issue de laquelle les résultats comptables ont chuté à la suite du départ de 2 employés, considérés comme les "piliers" de la société. Il y a également lieu d'observer qu'en 1994, la caisse a accordé à la société des plans de paiement, lesquels ont finalement dû être déclarés caducs, faute de paiement. Selon le défendeur lui-même, la question du dépôt de bilan se posait du reste déjà en 1993.

On ne saurait considérer dans ces conditions que le défendeur avait des raisons sérieuses et objectives de penser que la situation s'améliorerait, de sorte qu'il puisse s'acquitter des cotisations dues. Il ne s'agissait manifestement pas d'une mauvaise passe momentanée.

Or, il n'a pris aucune mesure particulière d'assainissement dans la gestion même de la société. Il n'a notamment pas réduit le personnel ; il résulte de la comptabilité qu'il n'a pas non plus tenté de procéder à quelque économie. Le défendeur soutient avoir fait tout son possible pour s'acquitter régulièrement des cotisations dues à la Caisse. Preuve en sont, selon lui, les différents plans de paiement qu'il a négociés avec celle-ci. Il y a toutefois lieu de constater qu'il n'a respecté ses engagements que partiellement, voire pas du tout.

19. Il ne peut ainsi valablement soutenir qu'en retardant le paiement des cotisations, il espérait pouvoir sauver la société, ni qu'il aurait pu s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable (ATF 108 V 188). De même ne peut-on retenir que la durée pendant laquelle les cotisations ont été impayées est particulièrement courte, puisqu'elles portent sur plusieurs années. Au contraire, en ne saisissant pas le juge au sens de l'art. 725 CO, il n'a fait qu'aggraver le dommage causé à la caisse.

Il est vrai que les chiffres se sont améliorés en 1997 avec un bénéfice de 43'721 fr. grâce à des recettes ascendant à 1'079'490 fr. Malgré ce bénéfice toutefois, les comptes de la société présentaient une dette de 110'000 fr. Ainsi même s'il n'est pas contesté que le défendeur a consenti des efforts importants pour tenter de sauver la société, force est de constater qu'il lui incombait de ne pas continuer l'exploitation de la société au détriment de la caisse.

20. En omettant de prendre les mesures dictées par la situation obérée de la société, le défendeur a commis une négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS, engageant ainsi sa responsabilité. Partant, il répond entièrement du dommage subi par la caisse.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare recevable la requête

Au fond :

2. Accorde à la Caisse la levée de l'opposition formée par Monsieur G_____ à concurrence de 85'003 fr. 90.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La Présidente

Marie-Louise QUELOZ

Doris WANGELER

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