



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1446/2000

ATAS/274/2004

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 21 avril 2004

4^{ème} Chambre

En la cause

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,
Route de Chêne 54, 1201 GENEVE

demanderesse
en mainlevée
d'opposition

contre

Monsieur A_____, comparant par Me PIRKL, en l'étude
duquel il élit domicile

défendeur

**ancien administrateur
de X_____ SA,
faillie**

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

EN FAIT

1. La société X_____ SA (ci-après la société) a été constituée à Genève et inscrite au Registre du commerce dès le 28 septembre 1970. Elle avait pour but social diverses activités se rapportant au domaine de l'hôtellerie et dès 1984, la création et le commerce d'articles et de produits se rapportant au domaine du tabac, le commerce de vins, spiritueux, produits d'épicerie et de beauté. Elle avait pour administrateurs Messieurs J. A_____ et V. A_____, au bénéfice d'une signature individuelle. Après le décès de Monsieur J. A_____, son fils V. A_____ est demeuré l'administrateur unique de la société (cf. pièce n°1 caisse).
2. La société était affiliée auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la caisse) dès le 1^{er} janvier 1998. Elle a occupé trois salariés jusqu'au 30 août 1998. La société n'ayant pas transmis d'indications quant aux salaires versés, la caisse lui a notifié des taxations d'office. Divers courriers adressés à la société sont demeurés sans réponse et aucun versement n'est parvenu à la caisse.
3. Par jugement du 4 mai 1999, le Tribunal de Première Instance de la République et canton de Genève a prononcé la faillite de la société X_____ SA. Le 20 septembre 1999, la liquidation de la faillite a été suspendue pour défaut d'actif, selon publication dans la FAO du 29 septembre 1999 et un délai pour l'avance des frais a été fixé au 11 octobre 1999 (cf. pièce n° 4 caisse). Une liquidation sommaire a été ordonnée le 1^{er} novembre 1999 et un délai pour les productions fixé au 17 décembre 1999, selon publication dans la FAO du 17 novembre 1999 (cf. pièce n° 5 caisse).
4. La caisse a produit auprès de l'Office des faillites le 29 novembre 1999 provisoirement pour une créance de Fr. 15'000.-, dans l'attente de l'attestation des salaires 1998.
5. Le 19 janvier 2000, l'Office des poursuites et des faillites Rive-droite a informé la caisse du dépôt de l'état de collocation, lui communiquant que sa créance était admise en 3^{ème} classe pour la somme de Fr. 15'000.- et qu'aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers chirographaires (cf. pièce n° 8 caisse).
6. Par décision du 11 juillet 2000, la caisse a réclamé à Monsieur V. A_____, en sa qualité d'administrateur de la société faillie, le paiement de Fr. 6'953.-,

correspondant aux cotisations paritaires impayées pour la période de janvier à août 1998.

7. Par l'intermédiaire de son conseil, Monsieur A_____ a formé opposition auprès de la caisse en date du 10 août 2000. Il a invoqué préalablement la péremption de l'action en réparation du dommage, au motif que la connaissance du dommage était intervenue dès le prononcé de la faillite. Il a relevé d'autre part que la société avait cessé de verser des cotisations paritaires dès janvier 1998, et qu'en conséquence la connaissance du dommage était déjà acquise. Il a produit en annexe à son opposition un procès-verbal de saisie datant du 7 août 1997.
8. Le 12 septembre 2000, la caisse a requis de la Commission cantonale de recours en matière d'AVS-AI la mainlevée de l'opposition formée par l'intéressé. Elle conteste la péremption de l'action, au motif que la connaissance du dommage se situe en l'occurrence lors de la suspension de la liquidation pour défaut d'actif le 29 septembre 1999. S'agissant du procès-verbal de saisie établi en 1997, elle fait valoir que c'est la CIAM qui était créancière à cette époque et que la valeur des biens saisis se montaient à Fr. 116'575,95.-, biens qui ont été vendus par l'Office des faillites suite à la réquisition de vente de la CIAM. Ce procès-verbal de saisie ne valait pas acte de défaut de biens. Pour le surplus, la caisse considère que le défendeur, administrateur unique, a engagé sa responsabilité. Il n'a jamais transmis l'attestation des salaires pour l'année 1998, de sorte qu'il a été impossible d'établir un décompte définitif des cotisations paritaires. Cet état de fait entraîne un préjudice pour les salariés qui sont inconnus de la caisse, dès lors qu'aucun revenu ne peut être porté sur leur compte individuel. L'administrateur n'a pris aucune mesure visant à empêcher le dommage, de sorte qu'il en répond entièrement.
9. Dans sa réponse du 12 octobre 2000, le défendeur reproche à la caisse de n'avoir engagé aucune procédure particulière en relation avec sa créance et d'avoir laissé perdurer et même augmenter la situation d'endettement. La caisse connaissait avec certitude l'existence de son dommage dès le début de l'année 1998, du fait que la société a occupé trois personnes sans transmettre aucune indication quant aux salaires versés durant le premier semestre de l'année 1998. Au lieu d'agir avec toute la diligence requise, la caisse a préféré adopter un comportement passif durant près de deux ans. Il soutient que le jugement de faillite prononcé le 4 mai 1999 n'a eu que d'autre but de fixer le montant du dommage éprouvé par la caisse et non pas sa connaissance. Il maintient que l'action de la caisse est prescrite.

10. Le Tribunal de céans, auquel la cause a été transmise d'office dès le 1^{er} août 2003, a fixé un délai au défendeur pour déposer ses conclusions quant au fond du litige.
11. Dans ses conclusions du 10 novembre 2003, le défendeur, tout en persistant à soulever la prescription, a conclu à l'annulation de la décision.
12. Le Tribunal a entendu les parties en audience de comparution personnelle. Le défendeur a déclaré qu'il était tombé gravement malade en 1994 et qu'il n'a pas assumé de pouvoir de gestion dans la société depuis cette période jusqu'à la faillite. C'est le directeur de X_____ SA qui s'occupait de la direction de X_____ SA, car il avait tous les pouvoirs pour gérer la société. Le défendeur a allégué qu'il avait cherché un autre administrateur, mais qu'il n'avait trouvé personne qui a voulu accepter cette charge. Il avait alors confié un mandat à Monsieur R_____, de la société Y_____ SA afin qu'il s'occupe de la gestion et de l'administrations de la société ; ce dernier n'a cependant pas accepté d'assumer les fonctions d'administrateur. Il a nié toute responsabilité.
13. La caisse a persisté dans ses conclusions, rappelant que les taxations d'office et le prononcé de la faillite ne sont pas déterminants pour la connaissance du dommage.
14. Le Tribunal de céans a requis de l'Office des faillites la production de toutes pièces relatives aux salaires versé par X_____ SA de janvier 1998 au 30 août 1998.
15. Le 23 janvier 2004, la caisse a communiqué au Tribunal de céans copie de l'attestation des salaires 1997 que la CIAM lui avait fait parvenir. Le 2 février 2004, la Cellule d'assainissement de l'Office des faillites a communiqué au Tribunal la liste des salaires au 31 décembre 1997 ainsi que les fiches des salaires de janvier à juillet 1998. Ces pièces ont été dûment communiquées aux parties.
16. Par courrier du 10 mars 2004, la caisse a établi le montant des cotisations dues pour l'année 1998 sur la base des chiffres reçus de l'Office des faillites, soit pour une masse salariale de Fr. 106'416,80.- , Fr. 14'196.- . Le montant des charges sociales étant plus élevé que les cotisations fixées par la taxation d'office, la caisse a maintenu ses prétentions à l'encontre du défendeur à concurrence de Fr. 6'953.-.
17. Le défendeur a contesté sa responsabilité et persisté dans ses conclusions.

EN DROIT

1. Préalablement, il 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 1^{er} 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. art. 1, let. r, et 56V let. a, ch. 1 LOJ). Conformément à l'article 3, alinéa 3 des dispositions transitoires, la présente cause, introduite avant l'entrée en vigueur de la loi précitée et pendante devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants, a été transmise d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales. La compétence du Tribunal de céans est dès lors établie pour juger du présent litige.

D'autre part, la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le premier 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, al. 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, 2^{ème} 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 ; 108 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'article 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 la caisse. 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.

Le défendeur a produit un procès-verbal de saisie établi par l'Office des poursuites et faillites Rive-droite en date du 7 août 1997 et soutient que la caisse a eu connaissance de son dommage à ce moment-là, voire au plus tard lors du prononcé de la faillite le 4 mai 1999 (cf. pièce n° 2 chargé défendeur du 10 août 2000 ; pièce n° 3 caisse). Or, ledit procès-verbal de saisie mentionne la caisse CIAM comme créancière, pour des cotisations relatives aux années 1997 et antérieures que la société faillie n'avait pas acquittées. D'autre part, ce procès-verbal de saisie inventorie des biens saisissables à hauteur de Fr. 116'576,95.-. Il s'ensuit qu'il ne saurait tenir lieu d'acte de défaut de biens au sens des articles 115 alinéa 1 et 149 LP. Dans ces conditions, la connaissance du dommage par la caisse ne peut se situer à ce moment-là.

En l'occurrence, c'est lors de la suspension de la liquidation pour défaut d'actif, le 20 septembre 1999, publiée dans la FAO, que la demanderesse a eu connaissance du dommage (cf. RCC 1990 page 306 consid. 4c/bb). En notifiant son action en

réparation du dommage à l'encontre du défendeur le 11 juillet 2000, la caisse a respecté le délai péremptoire d'un an prévu à l'article 82 alinéa 1 RAVS.

Le défendeur a formé opposition auprès de la demanderesse en date du 10 août 2000, reçue par la caisse le 11 août. Cette dernière a requis la mainlevée de l'opposition le 12 septembre 2000, soit dans le délai de 30 jours compte tenu des fêtes judiciaires du 15 juillet au 15 août inclus (cf. article 22a PA ; article 81 alinéa 1 RAVS). Il s'ensuit que tant l'opposition que la requête en mainlevée sont recevables en la forme.

3. 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 caisse, en raison de la faillite de la société X _____ SA, pour un montant de Fr. 6'953.-, représentant les cotisations paritaires impayées pour la période de janvier 1998 à août 1998, y compris les frais et les intérêts moratoires (cf. pièces caisse).

Le Tribunal de céans constate à cet égard que le dommage réclamé par la caisse représentait une estimation, dès lors qu'elle n'avait pas reçu les attestations de salaires versés durant cette période par la société faillie. A réception des informations communiquées par l'Office des faillites, force est de constater qu'en réalité le dommage est supérieur au montant réclamé ; en effet, la masse salariale pour la période de janvier à juillet 1998 se montait à Fr. 106'416,80.-, de sorte que les cotisations paritaires impayées s'élevaient à Fr. 14'196.- (cf. pièces Office des faillites ; conclusions de la caisse du 10 mars 2004). La demanderesse est cependant tenue par les prétentions qu'elle a élevées à l'encontre du défendeur, soit Fr. 6'953.-, montant à concurrence duquel elle a été colloquée dans la faillite.

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; 108 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, 1^{er} alinéa, en corrélation avec l'article 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'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-secrétaire de la société faillie, au bénéfice d'une signature individuelle, dès le 28 septembre 1970, jusqu'à la date de la faillite (cf. pièce n° 1 caisse). Il avait ainsi indiscutablement la qualité d'organe de la société faillie.

La demanderesse considère que la responsabilité du défendeur est engagée car il a violé les devoirs que lui imposait sa fonction d'administrateur. En effet, dès son affiliation auprès d'elle le 1^{er} janvier 1998, la société faillie n'a jamais remis l'attestation des salaires versés à ses employés, ni payé de cotisations paritaires. La demanderesse a dû adresser plusieurs sommations et amendes d'ordres à la société, pour n'avoir pas produit l'attestation des salaires ni versé les cotisations ; finalement, elle a notifié des prononcés d'amendes et des décisions de taxation d'office pour les cotisations paritaires impayées (cf. pièces nos 11 à 14 caisse). Le défendeur n'a pris aucune mesure visant à empêcher de causer un dommage à ses créanciers et n'a à aucun moment pris contact avec la caisse pour envisager une solution pour le paiement des dettes de cotisations. D'autre part, il n'a fait état d'aucun motif permettant de le dégager de sa responsabilité.

Le défendeur conteste sa responsabilité, reprochant à la caisse d'avoir contribué à causer le dommage par son inaction. Il allègue être tombé gravement malade en 1994, de sorte qu'il n'a pas pu exercer de pouvoir de gestion dans la société depuis cette période jusqu'à la faillite. Il avait délégué tous les pouvoirs pour gérer la société à Monsieur T_____, aujourd'hui décédé, qui était le directeur de X_____ SA. Il avait d'autre part confié un mandat à Monsieur R_____, de la société Y_____ SA, afin qu'il s'occupe de la gestion et de l'administration de la société ; ce dernier n'a toutefois pas voulu assumer la fonction d'administrateur.

De jurisprudence constante, le TFA a reconnu qu'il y a négligence grave lorsque l'employeur ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement, dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (cf. RCC 1972 p. 690). La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard doit donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité et de gestion, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé. Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (cf. ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985 p. 51 consid. 2a et p. 648 consid. 3b).

Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, on peut par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions (cf. RCC 1972 p. 690; RCC 1978 p. 261).

Le Tribunal de céans rappelle que l'article 716 a) alinéa 1 CO, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1992, énumère les attributions intransmissibles et inaliénables des membres du conseil d'administration. En font partie l'exercice de la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les règlements et les instructions données. Dans le cadre de l'exercice de cette haute surveillance, l'administrateur répond, comme sous le régime de l'ancien droit de la société anonyme, de la cura in custodiendo (Adrian Kammerer, Die unübertragbaren und-unentziebaren Kompetenzen des Verwaltungsrates, Thèse Zurich, 1997 p. 226). C'est ainsi qu'il a non seulement le devoir d'assister aux séances du conseil d'administration, mais également l'obligation de se faire renseigner périodiquement sur la marche des affaires (Kammerer, op. cit., p. 186). Il est tenu de prendre les mesures appropriées lorsqu'il a connaissance ou aurait dû avoir connaissance d'irrégularités commises dans la gestion de la société (Forstmoser/Meyer-Hayoz/Knobel, Schweizerisches Aktienrecht, parag. 30 note 49).

Le défendeur ne saurait se dégager de sa responsabilité, en alléguant avoir délégué à un tiers les pouvoirs de gestion de la société. Il lui appartenait, en sa qualité d'administrateur, d'exercer une haute surveillance sur la ou les personnes qu'il aurait chargées de gérer la société, de veiller et de s'assurer que les cotisations AVS étaient régulièrement versées à la caisse. Or, le Tribunal de céans constate que le défendeur n'a jamais pris la peine de s'assurer du paiement des cotisations sociales dues par la société, ni contacté la caisse en vue d'examiner un plan de paiement. Il n'a pas réagi non plu aux sommations et aux taxations d'office. Ce faisant, il n'a pas déployé toute la diligence nécessaire à la surveillance de la gestion de la société. Le fait qu'il soit tombé malade n'est pas un motif d'exculpation, dans la mesure où l'administrateur viole ses devoirs en conservant un mandat qu'il n'assume pas dans les faits. Sa situation est comparable alors à celle d'un homme de paille et c'est précisément en cela que réside sa faute, car celui qui se déclare prêt à assumer ou à conserver un mandat d'administrateur, tout en sachant qu'il ne pourra pas le remplir consciencieusement, viole son obligation de diligence (ATF 122 III 200 consid. 3b ; RDAT 1993 I page 374 consid. 6). En n'exerçant aucune surveillance, il commet une négligence qui doit, sous l'angle de l'article 52 LAVS, être qualifiée de grave (ATF 112 V 3 consid. 2b). Que l'administrateur ne soit pas en mesure d'exercer ses fonctions, parce que la société est dirigée en fait par d'autres personnes ou qu'il ait accepté son mandat

à titre fiduciaire dans le seul but de permettre au conseil d'administration de satisfaire aux exigences de l'article 708 alinéa CO n'est pas un motif de suppression ou d'atténuation de la faute commise (J.-François Egli, Aperçu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative à la responsabilité des administrateurs de société anonyme, in publication CEDIDAC 8, 1987 page 32).

Si le défendeur avait correctement exécuté son mandat, il aurait pu veiller au paiement des cotisations d'assurances sociales ou à tout le moins constater que ces cotisations étaient impayées et prendre les mesures qui s'imposaient ; en effet, force est de constater, à la lecture des pièces produites par l'Office des faillites, que les cotisations AVS ont été retirées sur les salaires versés aux employés durant la période de janvier à juillet 1998 (cf. pièces dossier OF). Or, en retirant les cotisations sociales et en ne les reversant pas à la caisse de compensation, l'employeur se rend coupable d'une infraction à l'article 87 LAVS, engageant sa responsabilité pénale.

En l'occurrence, le Tribunal de céans constate que l'administrateur a violé gravement ses devoirs et que son comportement et en causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi par la caisse de compensation. Sa responsabilité est dès lors avérée au sens de l'article 52 LAVS, de sorte qu'il répond entièrement du dommage subi par la demanderesse en raison du non-paiement des cotisations paritaires.

**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 en mainlevée de l'opposition formée par Monsieur V. A _____ à la décision en réparation du dommage notifiée le 11 juillet 2000 ;

Au fond :

2. Lève l'opposition formée par le défendeur, à concurrence du montant de Fr. 6'953.- ;
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