RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1500/2002 **ATAS/72/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

5ème chambre

du 2 février 2005

En la cause

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'ASSURANCE VIEILLESSE ET SURVIVANTS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES, rue de Saint-Jean 98, 1211 Genève	Demanderesse en mainlevée d'opposition

contre

Monsieur D_____, mais comparant par Me Pierre GABUS en l'étude duquel il élit domicile	Défendeur, ex-administrateur de la société Y_____ faillie

Siégeant : Mme Maya CRAMER, Présidente, Mme Isabelle DUBOIS et Mme Karine STECK, juges.

EN FAIT

1. La société Y_____(ci-après la société) était une société anonyme inscrite au registre du commerce de Genève le 2 décembre 1987 dont le but consistait en la création et la fabrication de bijoux et de pièces de joaillerie ainsi que dans le commerce, l'importation et l'exportation de marchandises, notamment en rapport avec la joaillerie. Elle était affiliée à la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'ASSURANCE VIEILLESSE ET SURVIVANTS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES (ci-après la caisse).

2. Monsieur D_____ en a été l'administrateur unique avec signature individuelle dès le 17 février 1993 jusqu'à la faillite de la société le 12 mai 1998.

3. Dès le mois d'avril 1996, la société a connu des difficultés financières et a cessé de s'acquitter des cotisations sociales en cours. Le 16 décembre 1996, la caisse lui a accordé un ultime délai de dix jours pour payer les cotisations paritaires arriérées pour les périodes compléments janvier à mars et avril à juin 1996, ainsi que pour le trimestre juillet à septembre 1996, et a menacé l'administrateur de déposer une plainte pénale pour soustraction de cotisations au cas où le versement ne serait pas effectué.

4. Par entretien téléphonique du 8 janvier 1997, la comptable de l'entreprise, soit l'épouse de l'administrateur, a proposé un arrangement à la caisse sur douze mois pour s'acquitter des cotisations en souffrance. Elle s'engageait à verser 1'500 fr. chaque mois.

5. Le 16 janvier 1997, la caisse lui a confirmé qu'elle acceptait cet arrangement.

6. Le 22 mai 1997, la société a proposé un nouvel arrangement sur trois mois afin de s'acquitter de deux factures d'un montant total de 29'964 fr. 30, avec le versement de deux acomptes de 10'000 fr., puis de 2'000 fr. chaque mois. Ce plan de paiement a été accepté par la caisse le 13 juin 1997, puis annulé le 8 décembre 1997 dès lors qu'il n'était plus respecté.

7. Le 11 décembre 1997, la caisse a derechef menacé la société de déposer plainte pénale pour soustraction de cotisations, les cotisations paritaires pour la période complémentaire de 1996, ainsi que de janvier à mars et de juillet à septembre 1997 étant demeurées impayées. Le 24 février 1998, elle lui a octroyé un dernier délai au 10 mars 1998 pour s'acquitter des cotisations paritaires arriérées.

8. Le 28 avril 1998, la caisse a déposé plainte pénale contre l'administrateur de la société pour soustraction de cotisations.

9. Le 12 mai 1998, le Tribunal de première instance (ci-après le TPI) a prononcé la faillite de la société. La liquidation sommaire a été fixée au 22 septembre 1998 et le délai pour les productions de créances au 6 novembre 1998.

10. Par ordonnance du 9 juin 1998, le Procureur général a condamné l'administrateur à 50 jours d'emprisonnement assorti d'un sursis de deux ans pour soustraction de cotisations. Ce dernier n'a pas recouru.

11. Après plusieurs rectifications, la caisse a produit le 25 avril 2001 dans la faillite de la société une créance de 48'625 fr. 70.

12. Par courrier du 25 juin 2001, l'Office des faillites a informé la caisse qu'une prétention litigieuse contre Monsieur C_____ avait été inventoriée dans le cadre de la procédure de faillite pour une somme de 202'496 fr. 68, cette prétention étant basée sur la responsabilité encourue en tant qu'organe responsable de la société en faillite. Elle a relevé que la masse en faillite ne disposait pas de moyens suffisants pour faire valoir ces prétentions et a offert aux créanciers la cession des droits de la masse.

13. Par deux décisions séparées en réparation du dommage du 4 décembre 2001, la caisse a réclamé à l'administrateur, et à Monsieur C_____, organe de fait de la société, le paiement d'un montant de 42'053 fr. à titre de cotisations AVS/AI/APG/AC et de contributions au régime des allocations familiales impayées de janvier à décembre 1996 (complément), de janvier à mars et de août à décembre 1997 ainsi que de janvier à février 1998. 4'291 fr. 60 du montant total réclamé concernent les allocations familiales.

14. Par courrier du 18 décembre 2001, Monsieur D_____ a formé opposition à la décision en réparation du dommage par l'entremise de son conseil.

15. Par courrier du 21 décembre 2001, Monsieur C_____ a également formé opposition à cette décision en relevant que, en sa qualité de responsable technique, il s'était uniquement occupé du contact avec la clientèle et de la surveillance de la fabrication horlogère, mais qu'il n'était jamais intervenu dans la gestion financière ou administrative de la société. Il a encore expliqué qu'il avait cessé toute activité dès avril 1997 en raison de problèmes de santé et qu'il avait été licencié pour le 30 septembre 1997. Sa présence active dans la société n'avait ainsi duré que du 1er mai 1996 au 15 avril 1997. Par ailleurs, il n'avait pas été inscrit au registre du commerce comme administrateur et n'avait jamais été au bénéfice de la signature pour engager la société. Il a encore souligné qu'il avait été colloqué en troisième classe en tant que créancier pour un montant de 36'200 fr. de salaires impayés et qu'il avait prêté des fonds à la société à titre gracieux pour un montant de 16'000 fr.

16. Par courrier du 21 janvier 2002, Monsieur D_____ a expliqué qu'il avait une formation de joaillier et qu'il avait acquis la société en janvier 1993 afin d'obtenir

une structure juridique lui permettant d'engager du personnel, ne pouvant plus répondre seul aux demandes de la clientèle. Il en était devenu l'administrateur unique mais, dans les faits, c'était son épouse qui avait assuré la gestion administrative de la société dès lors qu'il ne se consacrait qu'à son travail de joaillier. Pour cette raison, il était d'ailleurs immédiatement devenu salarié de la société et, n'exerçant aucune activité d'administrateur, il n'avait jamais perçu d'indemnité en cette qualité. Il a relevé que, dès 1996, il avait engagé Monsieur C_____ en tant que commercial pour qu'il s'occupe de l'entier de la gestion de la société. Son épouse avait dès lors totalement cessé de s'occuper de celle-ci. Monsieur D_____ a souligné que la situation financière de la société avait commencé à se dégrader suite à l'arrivée de Monsieur C_____, mais qu'il ne s'en était pas rendu compte, ce dernier ne l'ayant pas tenu pas au courant de la gestion et lui ayant fait simplement signer des documents. Il s'était finalement aperçu de la gestion catastrophique de la société dans le courant de l'année 1997 et avait découvert certaines malversations, raison pour laquelle il avait licencié Monsieur C_____ au 30 septembre 1997. Il a encore expliqué avoir constaté par la suite que nombre de factures n'avaient plus été payées, à l'exception de celle concernant Monsieur C_____, et que les cotisations sociales étaient demeurées impayées. Son épouse était revenue dans la société afin de l'aider à la redresser et ils avaient tout tenté afin de la sauver. Jusqu'en mars 1998, ils avaient essayé d'assurer un revenu aux employés afin de les motiver à accomplir leur travail et permettre à la société de terminer les commandes et de facturer le travail au client. Ils avaient également contacté les créanciers pour leur expliquer la situation et Monsieur D_____ avait décidé d'assumer seul le remboursement de plusieurs dettes, dont notamment un prêt accordé par la banque ainsi que l'impôt à la source non versé. Finalement, il avait dû se résigner à déposer le bilan devant l'ampleur de la catastrophe. Il a par ailleurs contesté le montant réclamé par la caisse en soulignant notamment que le complément pour l'année 1996 réclamé était inexact et que la cotisation pour le mois d'avril 1998 n'était pas due. Il a en outre relevé que la caisse n'avait rien fait pour diminuer le dommage dès lors qu'elle n'avait pas repris les droits de la masse pour la créance de 202'496 fr. 68 qui avait été inventoriée dans la faillite contre Monsieur C_____.

17. Par demande du 28 janvier 2002, la caisse a requis la mainlevée de l'opposition formée par Monsieur D_____ auprès de la Commission cantonale de recours en matière AVS/AI (ci-après la Commission) pour le paiement des cotisations AVS/AI/APG/AC d'un montant de 37'761 fr. 40, y compris les frais et intérêts moratoires. Elle a tout d'abord relevé que le montant réclamé à titre de réparation de dommage était exact dans la mesure où la cotisation d'avril 1998 n'avait pas été incluse dans le décompte final et où le complément réclamé pour l'année 1996 était fondé sur un courrier de la fiduciaire FFS COMPTABILITE & FISCALITE SARL du 8 septembre 1997 précisant que le salaire 1996 de Monsieur C_____ indiqué sur l'attestation annuelle était erroné et qu'il s'agissait de 68'000 fr. et non

de 8'000 fr. Elle a ensuite expliqué que le défendeur n'avait pas déployé la diligence nécessaire à la surveillance et à la gestion de la société et s'était rendu coupable de négligence grave en ne versant pas le cotisations sociales régulièrement. Il n'était nullement prouvé que Monsieur C_____ avait occupé la fonction de gérant de la société. Il n'avait d'ailleurs pas le pouvoir de l'engager vis-à-vis des tiers, ne disposant pas de la signature individuelle. Le défendeur ne pouvait par ailleurs pas nier les problèmes financiers de la société dès lors qu'il avait signé les courriers sollicitant les plans de paiement et qu'il avait connaissance des cotisations dues puisque la caisse lui avait adressé des menaces de dénonciation pénale accompagnées du relevé de compte. Après avoir signé les engagements de paiement pour les cotisations arriérées, il ne s'était pas préoccupé de vérifier si ces derniers avaient été respectés. La caisse a encore relevé qu'elle n'avait eu aucun contact avec l'administrateur et que les relations s'étaient faites par l'intermédiaire de son épouse.

18. Par écriture du 1er mars 2002, le défendeur a répondu qu'il maintenait sa position exposée dans son écriture du 21 janvier 2002 et a souligné qu'il s'opposait à la renonciation, de la part de la caisse, de son action en responsabilité à l'encontre de Monsieur C_____. C'était bien ce dernier qui s'était occupé de la gestion, et ce depuis début 1996, date de son arrivée au sein de l'entreprise. Il s'occupait de passer les commandes de matériel, établissait les factures et remettait au comptable tous les documents permettant la gestion financière de la société et l'établissement des bilans. Un certain nombre de pièces au dossier démontrait que ce dernier possédait bel et bien les autorisations nécessaires pour passer des commandes et engager ainsi la société. Par ailleurs, Madame D_____ était revenue dans la société pour remplacer Monsieur C_____, lorsque celui-ci était tombé malade en avril 1997, et s'était rendue compte petit à petit de la gestion catastrophique de la société. Le défendeur a encore relevé que la production de la créance de salaire de ce dernier dans la faillite était injustifiée dans la mesure où il avait perçu des indemnités de chômage. Il a expressément requis son audition ainsi que celle de témoins, dont Monsieur Serge H_____ de la fiduciaire FFS COMPTABILITE & FISCALITE SARL qui s'occupait de la comptabilité de la société.

19. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 31 mars 2004 par devant le Tribunal de céans, le défendeur a confirmé avoir confié la gestion de l'administration de la société à Monsieur C_____ jusqu'en septembre 1997 et n'avoir exercé aucun contrôle sur l'activité administrative de ce dernier, essentiellement par manque de temps. Il a reconnu avoir discuté de certains problèmes avec ce dernier mais a déclaré lui avoir fait entièrement confiance dans l'ensemble. Il a ensuite relevé que son épouse était revenue dans la société au début de l'année 1997 et qu'elle lui avait fait part des difficultés qu'elle rencontrait pour obtenir certains renseignements et des nombreux points d'interrogation qui demeuraient. Le défendeur a expliqué qu'il avait engagé Monsieur C_____

afin de développer un département de montres et que tous les problèmes provenaient de ce département dans la mesure où ce dernier avait effectué une mauvaise évaluation des prix coûtants et des marges bénéficiaires, de sorte que la société avait subi des pertes. Monsieur C_____ lui avait avancé des prix manifestement faux. Le défendeur a souligné avoir été induit en erreur. Il a également reconnu avoir été au courant des poursuites entamées par la caisse pour les cotisations sociales mais n'avoir pris conscience du fait qu'il était victime de mauvaises informations que dans le courant de 1997. Au début de cette année-là, il avait discuté avec son comptable et ils avaient décidé de se séparer de Monsieur C_____ et de son département afin de poursuivre la société de la même manière qu'auparavant. Selon son comptable, cette dernière aurait été tout à fait viable et la situation financière aurait pu être assainie. Le défendeur a admis avoir privilégié le paiement des salaires au détriment des cotisations sociales en parant au plus pressé et en ayant essentiellement le souci de faire fonctionner l'atelier. En juin ou juillet 1997, Monsieur C_____ avait par ailleurs encaissé directement de la part d'un client un montant de 20'000 fr. qu'il avait conservé à titre de deux mois de salaire dus. Cela avait également contribué au non-respect du plan de paiement accordé. Sur question de la caisse, le défendeur a indiqué qu'il n'avait pas pris personnellement connaissance du courrier qui arrivait dans la société, dès lors que Monsieur C_____ avait été censé lui soumettre tous les courriers ne concernant pas son département. Le défendeur a souligné qu'il lui avait plusieurs fois demandé de traiter prioritairement le paiement des cotisations sociales et que Monsieur C_____ lui avait toujours affirmé qu'il n'y avait pas de problème à ce niveau. Il a également admis avoir omis de contrôler les ordres de paiement qui lui était soumis pour signature.

20. Le 21 avril 2004, l'Office des faillites a transmis au Tribunal de céans les bilans et comptes d'exploitation de la société faillie des années 1995 à 1997 ainsi que pour la période du 1er janvier au 31 mars 1998.

21. Le 18 mai 2004, la caisse a relevé que, après l'entrée en fonction en début d'année 1996 de Monsieur C_____, les bilans 1996 et 1997 laissaient apparaître des chiffres d'affaires de plus du double des années précédentes 1994 et 1995, mais que le bénéfice 1996 était mineur et que l'année 1997 s'était soldée par une perte. Elle ne comprenait pas pourquoi la société n'avait pas assumé le règlement des charges sociales en ayant eu une telle augmentation du chiffre d'affaires. Elle a relevé que, effectivement, il apparaissait que le défendeur avait fait confiance à Monsieur C_____ à qui il avait délégué la gestion. Toutefois, il avait commis une négligence grave en ne surveillant pas la gestion de la société et qu'il ne pouvait, en déléguant ses fonctions, confier en même temps sa responsabilité d'organe administratif unique. La caisse a dès lors intégralement maintenu ses conclusions.

22. Lors de l'audience d'enquêtes du 26 mai 2004 par devant le Tribunal de céans, Monsieur H_____ a comparu en qualité de témoin et a confirmé avoir été le

comptable de la société depuis 1995 jusqu'à la déclaration de faillite. Il a expliqué être passé une à deux fois par mois dans la société pour aller chercher les documents comptables et qu'il avait alors à faire à Monsieur C_____. Il avait été introduit dans la société par l'entremise de la fiduciaire C_____, qui en était alors l'organe de révision. Il ne se rappelait plus si la société avait connu des difficultés financières dès son arrivée, mais se souvenait que tel avait été le cas au début de l'année 1997. A ce moment, le défendeur avait fait venir sa femme dans la société afin qu'elle s'occupât de ses comptes, et cette dernière avait alors tout mis en œuvre pour obtenir des plans de paiement des différents créanciers de la société, lesquels paraissaient réalistes. Le témoin ne se souvenait pas non plus si Monsieur C_____ avait effectivement encaissé auprès d'un client une somme de 20'000 fr., mais cela lui rappelait vaguement quelque chose et n'était pas exclu. Les relations entre Monsieur C_____ et le défendeur avaient été très conflictuelles à cette époque. La comptabilité que lui avait remise Monsieur C_____ était dans un grand désordre. Le témoin n'avait par ailleurs pas attiré l'attention de l'administrateur sur les difficultés financières de la société, et notamment le non-paiement des cotisations sociales, estimant que c'était le devoir de l'organe de révision. Il était parti du principe que l'administrateur et Monsieur C_____ communiquaient entre eux. Il ignorait pourquoi la situation financière de la société s'était dégradée au point qu'elle ait dû être déclarée en faillite, mais se souvenait cependant que les charges avaient considérablement augmenté dès 1996 et qu'elles semblaient de surcroît inutiles.

23. Par écriture du 28 juin 2004, le défendeur a conclu uniquement au rejet de la demande, à l'annulation de la décision de l'intimée du 4 décembre 2001 et à la condamnation de celle-ci à une indemnité de procédure, en répétant que les prétentions de la caisse étaient périmées, dans la mesure où tout ou partie des faits dommageables s'étaient déroulés cinq ans avant la décision en réparation et que la caisse avait en outre eu connaissance de son dommage avant le mois de décembre 2000. Le défendeur a ensuite à nouveau expliqué les circonstances qui avaient conduit la société à la faillite en soulignant qu'il avait entièrement donné sa confiance à Monsieur C_____ et à son épouse. Monsieur C_____ avait sciemment trompé cette confiance en lui cachant la réelle situation financière de la société et ce n'était que lorsque le comptable avait effectué le bouclement pour l'année 1996 que le défendeur s'était rendu compte de l'ampleur des manquements. Lorsqu'il s'en était partiellement aperçu, au début de l'année 1997, il avait immédiatement réagi en demandant à son épouse de reprendre la gestion de la société et en requérant un plan de paiement auprès de la caisse, lequel avait été accepté et suivi pendant un moment. Puis, lorsqu'il avait enfin connu la situation exacte de la société, il avait déposé le bilan en suivant les conseils de son comptable.

24. Par courrier du 12 août 2004, la caisse a également persisté dans ses conclusions. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires de la loi modifiant la loi sur l'organisation judiciaire du 14 novembre 2002, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la présente loi et pendantes devant la Commission sont transmises d'office au Tribunal de céans. Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-vieillesse, notamment en ce qui concerne l'art. 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS). Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'art. 52 LAVS et les art. 81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS ; 831.101) ont été abrogés. Le cas d'espèce demeure toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). Les dispositions légales seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.

4. La caisse a respecté le délai de trente jours prévu par l'art. 81 al. 3 RAVS en portant le 28 janvier 2002 son action en mainlevée de l'opposition de Monsieur D_____ auprès de la Commission (actuellement le Tribunal de céans). La demande est dès lors recevable.

5. a) Aux termes de l'art. 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 un délai d'une année à compter du moment où elle a eu connaissance du dommage et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du fait dommageable. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit en l'occurrence d'un délai de péremption à considérer d'office (ATF 112 V 8, consid. 4c ; RCC 1986 page 493). Lorsque ce droit dérive d'un acte punissable

soumis par le code pénal à un délai de prescription de plus longue durée, ce délai est applicable (art. 82 al. 2 RAVS).

Le Tribunal fédéral des assurances (ci-après TFA) a posé le principe qu'une caisse de compensation a « connaissance du dommage » au sens de la disposition précitée, à partir du moment où elle doit reconnaître, en y prêtant l'attention qu'on est en droit d'attendre d'elle et en tenant compte de la pratique, que les circonstances ne lui permettent plus de recouvrer les cotisations, mais pourraient justifier une obligation de réparer le dommage (ATF 116 V 75,consid. 3b ; 113 V 181, consid. 2 ; 112 V 8, consid. 4d, 158 ; 108 V 52, consid. 5 ; RCC 1983, page 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a « rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer » (cf. FRITSCHE : « Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd., page 112) d'où résulte la perte de la créance de la Caisse. En cas de faillite ou de concordat par abandon d'actifs, la caisse n'a pas nécessairement connaissance du dommage au moment seulement où elle peut consulter le tableau de distribution et le compte final établis par l'Office des faillites ou le liquidateur, ou à la date à laquelle elle reçoit un acte de défaut de biens. En effet, celui qui subit une perte dans une faillite ou dans une procédure concordataire et veut intenter une action en dommages-intérêts a, en général, selon la pratique des tribunaux, déjà suffisamment connaissance du dommage, au moment où la collocation des créances lui est notifiée, ou à celui où l'état de collocation et l'inventaire ont été déposés et peuvent être consultés. A ce moment-là, le créancier est, ou devrait être en général, en mesure de connaître l'état des actifs, la collocation de sa créance et le dividende probable (ATF 119 V 92 consid.3 ; 118 V 196 consid. 3a ; VSI 1995, pages 169-170, consid. 2 ; ATF 116 II 161, consid. 4a; 116 V 75, consid. 3b; RCC 1990, page 415).

En ce qui concerne le délai de péremption de cinq ans, il débute au moment où survient le dommage. Le dommage survient dès que l'on doit admettre que les cotisations dues ne peuvent plus être recouvrées pour des motifs juridiques ou des motifs de fait (ATF 126 V 444 consid. 3a, 121 III 384 consid. 3bb, 388 consid. 3a). Ainsi en cas de faillite, en raison de l'impossibilité pour la caisse de récupérer les cotisations dans la procédure ordinaire de recouvrement, le dommage subi par la caisse est réputé être survenu le jour de la faillite; le jour de la survenance du dommage marque celui de la naissance de la créance en réparation (ATF 123 V 16 consid. 5c) et la date à partir de laquelle court le délai de 5 ans de l'art. 82 al. 1 in fine RAVS (fait dommageable). La précision apportée à l'ATF 123 V 16 consid. 5c, sur la date à laquelle le dommage est réputé survenir en cas de faillite, n'a pas modifié les règles dégagées par la jurisprudence sur les conditions de l'action en réparation du dommage: le délai de péremption d'une année ne commence à courir qu'à partir du moment où la caisse a ou doit avoir, en usant de l'attention qu'on est en droit d'attendre d'elle, une connaissance suffisante de son dommage.

b) Dans le cas d'espèce, la caisse est réputée avoir eu connaissance du dommage le 20 décembre 2000, date à laquelle l'état de collocation de la société faillie lui a été transmis.

La demanderesse a notifié le 4 décembre 2001 au défendeur sa décision en réparation du dommage. Cette notification est donc intervenue dans le délai d'une année prescrit par l'art. 82 al.1 RAVS.

Par ailleurs, le défendeur a formé opposition le 18 décembre 2001 auprès de la Caisse. Il a ainsi respecté le délai imparti par l'art.81 al. 2 RAVS.

En outre, la faillite de la société ayant été prononcée le 12 mai 1998, le délai de péremption de cinq ans n'était pas échu au moment de la notification de la décision en réparation par la demanderesse, ni même lors du dépôt de sa requête en mainlevée du 28 janvier 2002. C'est ainsi en vain que le défendeur invoque la péremption, le délai ayant été respecté.

6. a) Le litige porte sur la responsabilité du défendeur dans le préjudice subi par la demanderesse, aux conditions de l'art. 52 LAVS, lequel prévoit que l'employeur doit couvrir le dommage qu'il a causé en violant les prescriptions intentionnellement ou par négligence grave. Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom (ATF 123 V 15, consid. 5b., 122 V 66 consid. 4a, 119 V 405 consid. 2 et les références).

Dans le cas d'une société anonyme, la notion d'organe responsable selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui ressort de l'art. 754 al. 1 CO. La responsabilité incombe aux membres du conseil d'administration, ainsi qu'à toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation, c'est-à-dire à celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 II 442 consid. 2b, 571 consid. 3, 107 II 353 consid. 5a).

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

du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 195 consid. 2a et les références, ATF non publié H 320/01 et H 333/01 du 8 octobre 2003 consid. 4).

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

Un administrateur ne peut se libérer de sa responsabilité de veiller personnellement à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés soient payées à la caisse en soutenant qu'il faisait confiance à ses collègues chargés de l'administration du personnel de l'entreprise et du versement desdites cotisations à la caisse de compensation. Il a au contraire le devoir d'exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données (art. 716 a al. 1 ch. 5 CO). Si les membres du conseil d'administration qui ne sont pas chargés de la gestion ne sont certes pas tenus de surveiller chaque affaire des personnes chargées de la gestion et de la représentation mais peuvent se limiter au contrôle de la direction et de la marche des affaires, ils doivent cependant, entre autres obligations, se mettre régulièrement au courant de la marche des affaires, exiger des rapports et les étudier minutieusement et, au besoin, demander des renseignements complémentaires et essayer de tirer au clair d'éventuelles erreurs (ATF 114 V 223 consid. 4a ; ATF non publié H 265/02 du 3 juillet 2003).

c) La responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS suppose un rapport de causalité adéquate entre la violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions et la survenance du dommage (MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, vol. II, p. 70 ad. let. f ; KNUS, Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV, thèse Zurich 1989, p. 58/59 ; FRESARD, La responsabilité de l'employeur pour le non-paiement de cotisations d'assurances sociales selon l'art. 52 LAVS, in Revue Suisse d'Assurances, 1987 p. 11).

En matières de cotisations, un dommage (voir ATF 112 V 157 consid. 2) se produit lorsque l'employeur ne déclare pas à l'AVS tout ou partie des salaires qu'il verse à ses employés et que les cotisations correspondantes de trouvent ultérieurement frappées de péremption selon l'art. 16 al. 1 LAVS ou lorsque des cotisations demeurent impayées en raison de l'insolvabilité de l'employeur. Dans la première éventualité, le dommage est réputé survenu au moment de l'avènement de la

péremption ; dans la seconde, au moment où les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire, eu égard à l'insolvabilité du débiteur (ATF 123 V 12, 113 V 256, 111 V 173 consid. 3a ; RCC 1990 p. 304 consid. 3b/aa ; FRESARD, op. cit., p.8 ; MAURER, op. cit., p.69).

Selon la jurisprudence, la causalité est adéquate si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance (ATF 118 V 290 consid. 1c et les références ; ATF 119 V 401 consid. 4a). La question du lien de causalité entre l'inaction d'un administrateur et le non-paiement de cotisations arriérées ne se pose toutefois pas lorsqu'un dommage au sens de l'art. 52 LAVS préexiste, parce que la société était déjà insolvable avant l'entrée du nouveau membre au conseil d'administration (ATF 119 V 401).

7. En l'espèce, il ressort du dossier que, dès avril 1996, la société a connu des difficultés financières quant au paiement des cotisations sociales courantes, ce qui a conduit la caisse à menacer le défendeur le 16 décembre 1996 de déposer une plainte pénale pour soustraction de cotisations.

   Il est certes malheureux que la confiance aveugle que le défendeur a eu envers Monsieur C_____ ait conduit à la situation financière difficile de la société et le Tribunal de céans estime la version des faits telle que présentée par le défendeur plausible. Il n'en demeure pas moins que la loi attache certains effets à la fonction d'administrateur d'une société anonyme, notamment la responsabilité de veiller personnellement à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés soient payées à la caisse ainsi qu'il l'a déjà été rappelé ci-dessus. Or, le défendeur n'a procédé lui-même à aucune vérification ni contrôle, s'en remettant aveuglément aux dires et aux actions de Monsieur C_____, même s'il lui ayant précisé qu'il y avait lieu de traiter prioritairement le paiement des cotisations sociales, ignorant par là-même ses devoirs légaux d'administrateur. Il est à souligner qu'il aurait dû opérer un contrôle strict du paiement des cotisations sociales, à tout le moins dès le moment où il avait eu connaissance d'importants retards, soit en décembre 1996.

   Le défendeur tente de se disculper en expliquant avoir immédiatement réagi en demandant à son épouse de reprendre la gestion de la société et en sollicitant des plans de paiement à la caisse, plans de paiement qui avait été acceptés. Il ne suffit cependant pas de demander des plans de paiement pour respecter ses devoirs de surveillance d'administrateur. Encore faut-il s'assurer de la viabilité de tels plans de paiement et de savoir si la société est toujours en mesure de fonctionner. Or, contrairement à ce que prétend le défendeur, il ressort des enquêtes (cf. audition du réviseur du 26 mai 2004) que, dès 1996, les charges de la société avaient considérablement augmenté et qu'elles semblaient de surcroît inutiles. En prêtant

attention au fonctionnement de sa société, il aurait dès lors pu se rendre compte de sa situation comptable et prendre les mesures qui s'imposaient pour permettre le paiement des cotisations sociales.

Il y a lieu également de relever qu'il ressort des documents comptables, auxquels le défendeur avait régulièrement accès, que le compte d'exploitation au 31 décembre 1996 semble erroné quant aux charges sociales. En effet, lorsque l'on compare ce document avec le résultat d'exploitation au 31 décembre 1995, on peut constater que, pour des salaires d'un montant de 201'011 fr. 20, des charges sociales de 25'353 fr. 50 avaient été comptabilisées alors qu'en 1996, pour des salaires très supérieurs de 344'900 fr., un montant inférieur de charges sociales avaient été comptabilisé, soit une somme de 25'235 fr. 30. Cet indice comptable parmi d'autres problèmes déjà mentionnés aurait dû inciter le défendeur à un contrôle plus strict de la bonne marche de sa société.

Par ailleurs, ce dernier a admis lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 31 mars 2004 par-devant le Tribunal de céans qu'il avait privilégié le paiement des salaires au détriment des cotisations sociales en « parant au plus pressé ». Ce faisant, il a manifestement pris le risque de délaisser les plans de paiement qu'il avait lui-même requis à la Caisse pour pouvoir payer les salaires des employés plutôt que de s'acquitter des cotisations en souffrance qui s'étaient accumulées. Le défendeur a manifestement trop attendu avant de déposer le bilan puisqu'il a pu très vite constater que la société n'était plus en mesure de faire face simultanément au paiement des salaires et au paiement des cotisations sociales arriérées.

Le Tribunal de céans relève encore que l'argumentation du recourant selon laquelle le fait que Monsieur C_____ ait encaissé directement de la part d'un client un montant de 20'000 fr. et l'ait conservé aurait contribué au non-respect du plan de paiement accordé tombe à faux. En effet, non seulement ce fait n'a pas été prouvé (cf. témoignage de Monsieur H_____ du 26 mai 2004), mais vraisemblablement Monsieur C_____ était en droit de compenser cette somme avec le montant des salaires encore dus. Le défendeur ne saurait dès lors se décharger de sa responsabilité en se prévalant d'un éventuel abus de confiance qui l'aurait empêché de payer les cotisations paritaires. Il convient également de relever que la société avait rencontré des difficultés financières depuis avril 1996, soit bien avant cet incident survenu en été 1997. Il paraît dès lors peu probable que celui-ci constitue une des causes principales du non paiement des cotisations.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal de céans retient que le défendeur a commis une négligence grave et a dès lors engagé sa responsabilité.

La passivité du défendeur est en outre en relation de causalité adéquate avec le dommage subi par la caisse dès lors que, s'il avait correctement exécuté son mandat d'administrateur, il aurait pu veiller au paiement des cotisations sociales.

8. En ce qui concerne le montant du dommage, c'est en vain que le défendeur le conteste. Le dommage représente en effet les cotisations d'assurances sociales impayées établies sur la base des attestations de salaire signées par le défendeur lui-même et il est dès lors malvenu de la part de ce dernier de contester aujourd'hui le montant des cotisations sociales telles qu'arrêtées par la Caisse.

   Le Tribunal souligne par ailleurs que le fait que la Caisse ait procédé à plusieurs rectifications lors de la production de sa dette dans la faillite de la société demeure sans incidence sur le montant du dommage réclamé.

9. Au vu de ce qui précède, la demande sera admise et la mainlevée de l'opposition du défendeur prononcée à concurrence de 37'761 fr. 40 représentant les cotisations AVS/AI/APG/AC.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

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

A la forme :

1. Déclare recevable la demande en mainlevée déposée le 28 janvier 2002 par la caisse dirigée contre Monsieur D_____ ;

Au fond :

2. L'admet ;

3. Prononce la mainlevée de l'opposition formée par Monsieur D_____ à concurrence de 37'761 fr. 40 ;

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

5. Dit que la procédure est gratuite ;

6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière : La Présidente :

Yaël BENZ Maya CRAMER

La secrétaire-juriste :

Flore PRIMAULT

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