RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1528/2001 **ATAS/205/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 31 mars 2004

4ème Chambre

En la cause

CIAM-AVS, Rue de Saint-Jean 98, Genève	Demanderesse en main-levée d'opposition
contre	
Monsieur F_____, c/o CF COMPAGNIE FIDUCIAIRE DE GESTION, Boulevard des Philosophes 17, 1205 GENEVE	Défendeur **ancien administrateur de la société X_____ SA, faillie**

Siégeant : Madame Juliana BALDE, Présidente, Mmes Isabelle DUBOIS et Maya CRAMER, juges

EN FAIT

1. La société X_____ SA a été inscrite au registre du commerce de Genève dès le 17 mai 1988. Elle avait pour but l'exploitation d'agences de placement de personnel, services dans le domaine de la mise à disposition de personnel temporaire ; organisation de voyages et exploitation d'une agence à cet effet.

2. Etaient inscrits au registre du commerce Monsieur C_____, en qualité de directeur, au bénéfice d'une signature individuelle dès le 4 mars 1992 jusqu'à la faillite, Madame S_____, directrice, au bénéfice d'une signature individuelle dès le 4 mars 1992 jusqu'à la faillite, ainsi que Monsieur F_____, administrateur, au bénéfice d'une signature individuelle du 28 février 1996 jusqu'à la date de la faillite. Le réviseur était PROGESCO GENEVE SA.

3. La société était affiliée auprès de la Caisse interprofessionnelle d'assurance vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux FRSP-CIAM (ci-après la CIAM) dès 1988 pour son personnel salarié.

4. Par jugement du 10 août 1999, le Tribunal de première instance de la République et canton de Genève a prononcé la faillite de la société X_____ SA. L'état de collocation a été déposé le 23 février 2000, laissant apparaître un dividende de 5% pour les créanciers de la troisième classe (cf. pièces N° 14 et 15 CIAM).

5. Le 16 février 2001, la CIAM a notifié trois actions en réparation du dommage à l'encontre de Madame S_____, Messieurs C_____ et F_____, tous trois pris conjointement et solidairement, pour un montant total de Fr. 135'042.15, représentant les cotisations paritaires impayées de décembre 1997, mai, juillet, septembre à décembre 1998, plus un solde de frais sur la période d'avril 1999 (cf. pièces N° 6 à 8, CIAM).

6. Le 20 mars 2001, Monsieur F_____ a formé opposition auprès de la CIAM ; il a exposé que le non-versement partiel des cotisations fin 1997 et au cours de l'année 1998 s'explique par le fait que la société, durant cette période, traversait une phase délicate dans sa trésorerie. Son potentiel demeurait toutefois entier, grâce à la qualité des débiteurs ainsi qu'à la confiance que les clients témoignaient aux animateurs de la société, Monsieur C_____ et Madame S_____. Il rappelle que la CIAM avait octroyé à la société un sursis au

paiement le 7 avril 1999 et qu'un plan d'amortissement prévoyait le versement d'acomptes mensuels de Fr. 7'500.- dès le 30 avril 1999, en sus des cotisations courantes. Jusqu'au prononcé de la faillite, X_____ SA a tenu à respecter l'échéancier des paiements sus-visés. L'opposant a allégué avoir, parallèlement, effectué de nombreuses recherches afin de vendre la société à un repreneur, et/ou d'assainir sa situation par le biais d'apports de tiers ou d'une restructuration. Dans cette perspective, l'assemblé générale des actionnaires du 2 juin 1999 avait décidé de prendre contact avec le Crédit Suisse pour solliciter un crédit supplémentaire ; contre toute attente, la banque a refusé d'entrer en matière et la société reprenante s'est désistée. Une nouvelle assemblée générale fût alors convoquée le 16 juin 1999 au cours de laquelle il a été décidé d'informer le juge du surendettement de la société, ce qui fût fait par courrier du 22 juin 1999. Dans ces conditions, l'administrateur conteste avoir commis une négligence grave et considère qu'il ne saurait répondre des cotisations impayées (cf. pièce N° 5 CIAM).

7. Par requête déposée le 19 avril 2001 devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants (aujourd'hui le Tribunal de céans), la CIAM a requis la mainlevée de l'opposition formée par Monsieur F_____. Elle a exposé que la société connaissait des difficultés financières depuis le début de l'année 1996 et que la majorité des créances avaient été payées de justesse avant l'envoi des procédures de poursuites. Dès le mois de janvier 1997, les cotisations n'ont plus été payées dans les délais légaux et ont fait l'objet de procédures de poursuites. Une première demande d'arrangement était intervenue en octobre 1997, qui n'a pas été concrétisée puisque la société avait entre-temps payé les cotisations (cf. pièce N° 21 CIAM). Suite à une menace de dénonciation pénale en janvier 1998, un second plan de paiement a été sollicité et accordé pour les cotisations arriérées jusqu'au 31 décembre 1997, moyennant paiement des cotisations courantes prévues pour l'année 1998 dans les délais. Le 9 décembre 1998, cet arrangement a été annulé, les conditions du sursis au paiement n'étant plus remplies : les cotisations de mai, juillet et septembre 1998 étaient en procédure de poursuites. Une nouvelle menace de dénonciation pénale a été adressée à la société le 22 décembre 1998 et le 25 janvier 1999 à ses organes. Un plan de paiements échelonnés a encore été proposé et accordé par la caisse le 7 avril 1999, annulé une nouvelle fois le 7 juillet 1999, la société ne s'étant acquittée que de la mensualité prévue le 30 avril 1999 (cf. pièces N° 26 à 29, 36 à 39, CIAM). Après la faillite de la société, la CIAM a adressé à chacun des organes de la société une lettre de rappel pour le paiement des cotisations dites pénales, assortie d'une menace de dénonciation pénale. L'opposant avait requis une fois encore un plan de paiement pour régler la part pénale qui a été accordé le 26 novembre 1999. Les acomptes sont versés régulièrement par

Madame S_____, sous la haute surveillance de Monsieur F_____. La CIAM conteste que la société se trouvait dans une passe délicate de trésorerie, alléguant qu'elle devait être probablement surendettée en 1997 déjà, alors que l'administrateur a attendu le début de l'année 1999 pour entreprendre des démarches en vue de vendre la société. La caisse considère que la responsabilité du défendeur est engagée.

8. Dans sa réponse du 23 mai 2001, le défendeur a contesté le fait que la société était en état de surendettement en 1997. Il a produit les comptes de la société des années 1996 et 1997, faisant apparaître un bénéfice. Il a rappelé que la CIAM n'avait aucune prétention à faire valoir à l'encontre de la société pour ce qui concerne les exercices 1995 à 1997, à l'exception des cotisations du mois de décembre 1997 ; d'autre part, l'arrangement intervenu entre les parties en octobre 1997 n'a finalement plus eu de raison d'être, car la société avait entre-temps versé la totalité des cotisations dues. Selon le défendeur. ce n'est qu'à la date de la clôture des comptes pour l'exercice 1998, intervenue fin-mai, début-juin 1999, qu'il est apparut que la société était en état de surendettement. En effet, malgré un chiffre d'affaires de Fr. 2'550'260.-, soit en légère augmentation par rapport à celui enregistré en 1997, la société avait accusé une perte de Fr. 130'518.-. Le défendeur fait valoir que cette perte était due essentiellement à la forte augmentation des salaires payés au personnel temporaire et des charges sociales y relatives, étant précisé que depuis 1998, la loi soumet notamment les frais de déplacement aux cotisations sociales, ce qui n'était pas le cas précédemment. Il relève que l'ensemble des cotisations relatives à 1999 jusqu'au prononcé de la faillite de la société le 10 août 1999, ont été régulièrement payées à la CIAM. D'autre part, il souligne que le montant des arriérés de cotisations dues pour 1998 par la société a été substantiellement réduit en 1999 ; en effet, le 25 janvier 1999, la société était débitrice envers la CIAM d'un montant arriéré de Fr. 208'979.85, alors que deux mois plus tard, les arriérés de cotisations paritaires à amortir ne s'élevaient plus qu'à Fr. 164'440.45 (cf. pièces N° 3 à 5, défendeur). Il mentionne encore qu'il avait entrepris des démarches pour vendre la société, mais que le Crédit Suisse a refusé d'entrer en matière sur la demande de prêt de la société. Il a alors immédiatement convoqué une assemblée générale qui a pris la décision d'aviser le juge, ce qu'il a fait par courrier du 22 juin 1999. Dans ces conditions, il conteste avoir commis une quelconque négligence grave.

9. Procédant à l'instruction de la cause, l'autorité de recours a requis de l'Office des poursuites et faillites les comptes des années 1996 à 1999, les copies de l'état de collocation ainsi que du rapport de l'organe de révision relatif à l'exercice 1998. Ces pièces ont été dûment communiquées aux parties.

10. Dans sa réplique du 27 novembre 2003, la CIAM rappelle que les sursis au paiement n'ont pas été respectés, car en plus des acomptes à verser pour amortir l'arriéré, la société devait régler les cotisations courantes. Rien ne laissait supposer que la société fût en mesure de s'acquitter des cotisations dans un délai raisonnable. Quant à la vente de l'actif et du passif de la société à un groupe français, elle apparaissait aléatoire, le passif étant largement plus élevé que l'actif. D'autre part, la lecture du procès-verbal de l'assemblée extraordinaire de la société du 2 juin 1999 démontre que le prêt bancaire sollicité du Crédit Suisse était loin d'être acquis. Le refus de Crédit Suisse était prévisible, compte tenu du résultat déficitaire résultant du bilan 1998 et des nombreuses poursuites contre la société.

11. En cours de procédure, la CIAM a informé l'autorité de recours que la faillite avait été clôturée et qu'elle avait reçu un dividende de Fr. 9'480.10. D'autre part, Madame S_____ et Monsieur C_____ avaient versé des acomptes pour un total de Fr. 28'523.90, -. ; le montant du dommage était en conséquence réduit à Fr. 97'729.05.

12. Dans ses dernières conclusions, le défendeur a fait valoir que les pièces transmises par l'Office des faillites confirment la réalité des faits allégués dans le cadre de ses déterminations et persisté dans ses conclusions.

13. Pour le surplus, les divers allégués des parties ainsi que les éléments résultant du dossier et de l'instruction seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

1. Préalablement, il a lieu de préciser que la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ) a été modifiée par la loi du 14 novembre 2002, et qu'un Tribunal cantonal des assurances sociales a été institué dès le 1er août 2003, statuant en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (cf. art. 1, let. r, et 56 V 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 de 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, 2ème éd. p. 112), d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

En cas de faillite ou de concordat par abandon d'actifs, la caisse n'a pas nécessairement connaissance du dommage au moment seulement où elle peut consulter le tableau de distribution et le compte final établis par l'Office des faillites ou le liquidateur, ou à la date à laquelle elle reçoit un acte de défaut de biens. En effet, celui qui subit une perte dans une faillite ou dans une procédure concordataire et veut intenter une action en dommages-intérêts a, en général, selon la pratique des tribunaux, déjà suffisamment connaissance du dommage, au moment où la collocation des créances lui est notifiée, ou à celui où l'état de collocation et l'inventaire ont été déposés et peuvent être consultés. A ce moment-là, le créancier est, ou devrait être en général, en mesure de connaître l'état des actifs, la collocation de sa créance et le dividende probable (cf. ATF 119 V 92 consid. 3 ; 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).

En l'espèce, l'état de collocation a été déposé et publié dans la FAO le 23 février 2000. Lors de sa consultation, la caisse a constaté qu'un dividende de 5% était prévisible pour les créanciers de la troisième classe (cf. pièces N° 14 et 15 CIAM ; pièce N° 9, dossier Office des faillites – OF). C'est à ce moment-là que la CIAM a pu se rendre compte qu'elle subirait incontestablement un dommage.

En notifiant son action en réparation du dommage à l'encontre du défendeur en date du 16 février 2001, la CIAM a agi dans le délai péremptoire d'un an prescrit par l'article 82, alinéa 1 RAVS.

Par lettre signature du 20 mars 2001, reçue par la caisse le 22 mars 2001, le défendeur a formé opposition (cf. pièce N° 5 CIAM). Selon les pièces du dossier, le défendeur a pris connaissance de la demande en réparation du dommage le 24 février 2001, de sorte que l'opposition a été interjetée en temps utile. La CIAM a requis la mainlevée de l'opposition le 19 avril 2001 ; il s'ensuit que tant l'opposition que la requête en mainlevée sont recevables en la forme (cf. articles 81, alinéa 3, et 82, alinéa 2 RAVS).

3. Aux termes de l'article 52 LAVS, l'employeur doit couvrir le dommage qu'il a causé en violant les prescription intentionnellement ou par négligence grave. Il sied de rappeler que l'article 52 LAVS est une disposition spéciale (cf. RCC 1989, page 117).

En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la CIAM en raison de la faillite de la société X_____ SA, pour un montant s'élevant actuellement à Fr. 97'729.05, correspondant aux cotisations paritaires impayées pour la période de décembre 1997, mai, juillet et septembre à décembre 1998, plus un solde de frais pour la période d'avril 1999, frais et intérêts moratoires compris.

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, 1er alinéa, en corrélation avec l'article 759, 1er alinéa du CO. Conformément à ces articles, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle, répondent, à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elle leur cause en manquant intentionnellement ou par négligence à

leurs devoirs et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Sont réputés chargés de l'administration ou de la gestion au sens de l'article 756 CO "non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels, mais également les personnes qui prennent effectivement des décisions relevant des organes, ou qui assument la gestion proprement dite et ont ainsi une part prépondérante à la formation de la volonté au sein de la société" (ATF 107 II 353, consid. 5a; ATF 112 II 1985 et l'arrêt du 21 avril 1988 en la cause A; Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., pages 209 et ss).

En l'espèce, le défendeur était inscrit au registre du commerce en qualité d'administrateur unique de la société faillie, au bénéfice d'une signature individuelle, dès le 28 février 1996, jusqu'à la date de la faillite (cf. pièce N° 52, CIAM). Il avait ainsi indiscutablement la qualité d'organe de la société faillie, ce qu'il ne conteste au demeurant pas.

La demanderesse considère que la responsabilité du défendeur est engagée, car même s'il ne voulait pas causer un dommage à l'AVS, il ne pouvait pas ne pas l'entrevoir. Il a agi avec négligence, sans tenir compte des conséquences possibles pour l'assurance du non-paiement des cotisations sociales dues. Elle estime que la société n'était pas dans une passe délicate de trésorerie provisoire ; la société se heurtait en effet à des difficultés de paiement sérieuses depuis le début 1996, puisqu'elle ne s'acquittait pas des cotisations dans les délais légaux. Elle rappelle que les plans de paiement proposés n'ont pas été respectés et qu'il n'apparaît pas que des mesures de restructuration budgétaires aient été effectuées. Les salaires annuels de chacun des deux directeurs ont passé de Fr. 77'000.- pour l'année 1996 à Fr. 96'000.- pour 1997, et du personnel fixe a été engagé en 1997, alors qu'il n'y en avait pas en 1996. Selon la CIAM, c'est à chaque fois à la suite de l'envoi d'une menace de dénonciation pénale que la société et ses organes prenaient contact avec elle en vue d'un plan de paiement. D'autre part, ce n'est qu'au début de l'année 1999 que l'administrateur a commencé ses recherches afin de vendre la société et chercher des solutions afin d'assainir la situation. Le refus, en juin 1999, du Crédit Suisse de continuer à soutenir financièrement la société en lui accordant un crédit supplémentaire était prévisible au vu simplement du nombre de poursuites à l'encontre de la société. La CIAM considère que l'administrateur ne s'est pas soucié du paiement régulier des cotisations aux assurances sociales et qu'il a réglé d'autres créanciers, au gré des urgences. En agissant de la sorte, l'administrateur a fait supporter à l'AVS les risques d'exploitation de sa société.

4. Le défendeur conteste sa responsabilité, alléguant avoir tout entrepris pour tenter de sauver l'entreprise et pris toutes les mesures adéquates, en temps utile. Il conteste que la société fût surendettée en 1996 et se réfère aux comptes établis en 1996 et 1997, laissant apparaître un bénéfice de respectivement Fr. 50'219.- , et Fr. 31'548.- (cf. pièce N° 1 défendeur). Il admet qu'une première demande d'arrangement était intervenue entre les parties en octobre 1997 ; toutefois, cet arrangement n'a pas été concrétisé dans la mesure où la société avait entre-temps versé la totalité des cotisations dues. Le surendettement de la société n'est apparu qu'à la date de la clôture des comptes pour l'exercice 1998, soit à fin mai, début-juin 1999 ; malgré un chiffre d'affaire de Fr. 2'555'260.-, soit légèrement supérieur à celui enregistré en 1997, la société accusait une perte de Fr. 130'518.- (cf. pièce N° 2 défendeur). Il rappelle que l'ensemble des cotisations relatives à l'année 1999, jusqu'au prononcé de la faillite de la société le 10 août 1999, ont été régulièrement payés à la CIAM. D'autre part, le montant des arriérés de cotisations dues pour 1998 a été substantiellement réduit en 1999. Il allègue avoir effectué de nombreuses recherches afin de vendre la société à un repreneur, et/ou d'assainir sa situation par le biais d'apports de tiers ou d'une restructuration. La société Y_____ SA avait à cet égard expressément proposé de reprendre la société pour le franc symbolique (cf. pièce N° 10, défendeur). Toutefois, la banque a refusé d'entrer en matière sur la demande de prêt et le groupe français s'est désisté. Enfin, peu avant le prononcé de la faillite intervenue le 10 août 1999, le défendeur a négocié la reprise par deux sociétés des contrats de locations de services et du personnel temporaire de la société pour respectivement Fr. 40'000.- et Fr. 50'000.-, ce qui a permis de payer les créances de salaires colloquées en première classe et de dégager un goodwill (cf. pièces N° 11 à 13, défendeur).

   Il se prévaut aussi du fait que les ex-actionnaires de la société, Madame S_____ et Monsieur C_____, s'acquittent de mensualités en vue d'amortir la part pénale. Le défendeur considère ainsi avoir pris toutes les mesures qui lui incombaient en sa qualité d'administrateur et nie avoir agi par négligence grave ; partant, il ne saurait répondre du dommage subi par la CIAM.

5. Si les comptes 1996 et 1997 de la société démontrent en effet qu'elle avait dégagé un bénéfice, force est cependant de constater qu'elle connaissait des difficultés de trésorerie importants depuis 1996, qui l'empêchaient de s'acquitter des cotisations sociales à temps. La CIAM a dû entamer de nombreuses poursuites à l'encontre de la société et la menacer de dénoncer les faits au procureur. Les cotisations de décembre 1997, de quelque six mois en 1998 et celles d'avril 199 n'ont jamais été payées.

On peut envisager qu'un employeur cause un dommage à la caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions en matière d'AVS, sans que cela entraîne pour autant une obligation de réparer le préjudice. Tel est le cas lorsque l'inobservation des prescriptions apparaît, au vu des circonstances, comme légitime et non fautive (ATF 108 V 186 consid. 1b, 193 consid. 2b ; RCC 1985 p. 603 consid. 2, 647 consid. 3a). Ainsi, 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. Mais il faut alors, pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'art. 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 des cotisations dues dans un délai raisonnable (ATF 108 V 188 ; RCC 1992 p. 261 consid. 4b).

Le Tribunal de céans considère que tel n'était pas le cas en l'occurrence. En faisant preuve de l'attention que l'on peut raisonnablement attendre de lui, le défendeur aurait dû constater que la société souffrait d'un manque de liquidités chronique, que les cotisations arriérées avaient fait l'objet de nombreuses poursuites et que, dans ces conditions, l'hypothèse que la banque accorderait un prêt apparaissait plus qu'aléatoire. Il aurait dû être d'autant plus attentif au paiement des charges sociales que les nombreux plans de paiement accordés par la demanderesse avaient dû être annulés, les conditions du sursis n'étant plus respectées. Les mesures envisagées, telle que la reprise de la société par un groupe français, se sont révélées tardives et infructueuses. Le défendeur a négocié la vente de contrats de services peu avant la faillite ; il a toutefois donné la priorité au paiement des créances de salaires, au détriment de l'AVS. Enfin, le défendeur ne saurait se prévaloir du paiement d'acomptes mensuels des anciens actionnaires de la société pour se disculper.

Compte tenu de l'ensemble des circonstances, le Tribunal de céans retiendra que le défendeur a manqué à son devoir de diligence. Il a commis ainsi une négligence grave, engageant sa responsabilité dans la survenance du dommage subi par la demanderesse en raison du non-paiement des cotisations dues.

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 F_____ à la décision en réparation du dommage du 16 février 2001 ;

Au fond :

2. Lève l'opposition formée par le défendeur, à concurrence du montant de Fr. 97'729,05 ;

3. Déboute les parties de toutes 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