RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

ATAS/1153/2006

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 5

Du 14 décembre 2006

En la cause A/2470/2004

Madame W_____, représentée par Me Antoine C_____, avocat, en l'étude duquel elle élit domicile, rue de la Corraterie 14, Genève	Recourante

contre

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES, rue de Saint-Jean 98, 1201 Genève	Intimée

Siégeant : Madame Maya CRAMER, Présidente, Mesdames Karine STECK et Doris WANGELER , Juges

EN FAIT

1. La société X_____ S.A., précédemment Y_____ S.A., puis Z_____ S.A. (ci-après : la société), avait pour but le "consulting en centres d'appels". Ses administrateurs étaient du 15 juillet 1992 au 15 novembre 1996 Monsieur A_____, du 15 novembre 1996 au 20 mai 1998 Monsieur B_____, du 20 mai au 24 août 1998 Madame C_____ et depuis le 24 août 1998 Madame W_____. Celle-ci était déjà inscrite comme directrice de la société avec signature individuelle depuis le 23 décembre 1996.

2. Depuis le dernier trimestre 1994, bon nombre de cotisations sociales n'ont pas été payées dans les délais légaux. Les deux premiers trimestres de 1996 ont fait l'objet de poursuites, puis toutes les cotisations dues dès juin 1997. Jusqu'à novembre 1997, les montants poursuivis ont été réglés selon les plans de paiement convenus entre la société et la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES (FER-CIAM 106; ci-après : la caisse), à laquelle la société était affiliée. Dès la période de décembre 1997 jusqu'à mars 1998, juin 1998, complément de l'année 1998, juin 1999 et de novembre 2000 et juin 2001, les cotisations sont partiellement impayées.

3. Un premier sursis au paiement a été accordé à la société le 15 août 1996 pour les cotisations paritaires arriérées d'octobre 1995 à juin 1996. Il a été annulé en décembre 1996, faute du respect du plan de paiement, puis reconduit, après que la société ait rattrapé les acomptes en retard du plan de paiement, tout en s'acquittant des cotisations courantes en parallèle. Il s'est terminé le 19 septembre 1997. Le 26 mai 1998, la société a obtenu un deuxième sursis au paiement pour les cotisations impayées de juillet à décembre 1997, soit dès la fin du plan de paiement précédent. Néanmoins, les dettes de cotisations ont continué à augmenter, dès lors que les cotisations courantes n'étaient pas réglées, de sorte que ce plan de paiement a été annulé le 11 novembre 1998.

4. Après avoir envoyé des menaces de dénonciation pénale aux organes de la société, la caisse a dénoncé le 9 décembre 1998 Monsieur B_____ et Madame W_____ au Procureur général pour avoir retenu sur les salaires versés à leurs employés durant les périodes de février 1998 (solde), mars, juin à septembre 1998, la part des cotisations des employés et ne pas la lui avoir versée (9'121 fr. 75 à titre de cotisations sociales AVS/AI/APG et AC et 3'150 à titre de contribution au régime des allocations familiales). Ces parts dites pénales ont été payées par la suite par Madame W_____, dans le cadre d'un plan de paiement accordé le 5 août 1999.

5. Par jugement du 24 septembre 2001, la société a été déclarée en faillite, après l'ajournement de la faillite du 20 juin 1999 jusqu'au 31 août 1999, ajournement qui a été prolongé par la suite.

6. Selon une note d'entretien du 8 avril 2002 entre la caisse et Monsieur B_____, celui-ci n'a été administrateur de la société que de novembre 1996 et mai 1998 et n'a accepté le mandat qu'à condition de voir les comptes. Après avoir constaté que ceux-ci n'étaient pas en ordre, il a changé de fiduciaire. La nouvelle fiduciaire, XX_____, a refait la comptabilité de 1996 et 1997 et a présenté un bilan provisoire en octobre 1997. Madame W_____ était enceinte et malade à cette époque. En décembre 1997, elle a accouché. Durant son absence, Monsieur B_____ s'est rendu compte de la mauvaise gestion de la société et de ce que Madame W_____ ne disait pas la vérité sur la marche des affaires de la société. Il lui a proposé un investisseur, ce qu'elle a refusé, car elle voulait être seule actionnaire de la société. Elle détenait 100% des actions de la marque XY_____. Au moment de l'ajournement de la faillite, il lui avait trouvé à nouveau un investisseur et proposé de racheter la société. Cependant, le curateur n'a pas accepté l'offre, estimant avoir trouvé une meilleure solution. Madame W_____ a par la suite vendu 40% des actions de XY_____ à XZ_____.

7. Le 26 octobre 2002, l'Office des faillites a informé la caisse qu'aucun dividende n'était prévisible.

8. Par décision du 26 novembre 2002, la caisse a notifié à Madame Sonia W_____ et Monsieur D_____, curateur durant l'ajournement de la faillite, une décision de réparation de son dommage pour les cotisations sociales impayées par la société d'un montant de respectivement 99'659 fr. 80 et 78'410 fr. 55. La somme réclamée à Madame W_____ est afférente aux périodes de février, mars, juin à décembre 1998, janvier à juin 1999, novembre à décembre 2000, janvier à mars 2001, s'y ajoutant les compléments de janvier à décembre 1998, de janvier à mars 2001, une reprise sur les années 1995 à 1999 et un solde de frais pour les périodes de décembre 1997, janvier 1998 et avril à juin 2001.

9. Le 27 novembre 2002. la caisse a informé Monsieur B_____ que, après un examen approfondi du dossier de la société et au vu de ses explications, elle renonçait à une action en réparation de dommage à son encontre.

10. Madame W_____ et Monsieur D_____ ayant formé opposition, la caisse a requis le 30 janvier 2003 la mainlevée de celles-ci devant la Commission cantonale de recours en matière d'AVS (ci-après : la Commission de recours), alors compétente. Par arrêt du 25 août 2004, le Tribunal de céans, à qui la cause a été transmise à la suite de sa création et de son entrée en fonction en date du 1er août 2003, a déclaré irrecevable la demande de la caisse et lui a renvoyé la cause pour qu'elle prononce une décision sur opposition, à la suite de l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2002 (LPGA).

11. Le 3 novembre 2004, la caisse a notifié au mandataire de Mme W_____ sa décision sur opposition, par laquelle elle a rejeté celle-ci. Elle y a expliqué notamment: "Notre caisse a renoncé à agir contre Monsieur B_____, ce dernier ayant fait preuve de toute l'attention voulue et ainsi contre Madame Anne C_____ qui n'était dans le conseil d'administration que pendant une courte durée." Selon la caisse, Monsieur B_____ n'était par ailleurs pas resté sans agir, lorsqu'il a réalisé la situation catastrophique de la société. Néanmoins, ses tentatives de redresser la situation financière sont restées vaines.

12. Par jugement du 9 novembre 2004, la faillite personnelle de l'intéressée a été prononcée.

13. Le 3 décembre 2004, cette dernière recourt contre la décision sur opposition précitée, par l'intermédiaire de son conseil, en concluant à son annulation. Elle allègue que les informations fournies par l'organe de révision de la société et les faits démontrent que la situation de la société a été rétablie en septembre 1997. Dès cette date, Monsieur B_____ assumait seul la responsabilité de celle-ci. En effet, comme il résulte du compte-rendu de l'entretien du 8 avril 2002 entre ce dernier et Madame Suzanne EMERY de la caisse, la recourante était enceinte et malade fin 1997. Elle a accouché en décembre 1997. Or, d'octobre 1997 à décembre 1997, seul un montant de 9'567 fr. 85 a été réglé, alors que la caisse a évalué l'arriéré accumulé pour la période de juillet à décembre 1997 à 44'786 fr. 95. En 1998, la recourante était toujours totalement incapable de travailler suite à son accouchement. Pendant cette période, seul un montant de 3'000 fr. a été réglé par la société, dirigée alors uniquement par Monsieur B_____. Les cotisations dues de janvier à mai 1998 s'étaient toutefois élevées à 38'730 fr. 50. Le solde impayé pendant cette période s'élève ainsi à 70'949 fr. 20, soit l'essentiel du préjudice que la caisse lui réclame. Ce n'est qu'au retour de son congé-maternité que la recourante a constaté la situation catastrophique, dans laquelle Monsieur B_____ avait mis la société pendant son absence. C'est la raison pour laquelle l'assemblée générale de celle-ci a mis fin au mandat d'administrateur de ce dernier et a désigné comme administratrice Madame C_____. Cette dernière a pris immédiatement des mesures pour payer l'arriéré des cotisations sociales en versant un premier acompte de 11'200 fr. et, par la suite, en mettant en place un arrangement de paiement. Jusqu'à ce qu'elle démissionne de la société, la somme totale de 25'561 fr. 40 a été réglée à la caisse, somme excédant très largement le montant des charges courantes. A la fin de l'année 1998, la somme totale de 36'429 fr. 70 a été payée à titre de cotisations sociales. Les efforts de Madame W_____ ont permis de réduire encore le montant total des arriérés dus par la société. Elle a ainsi payé en 1999 la somme de 46'007 fr. 35 (cotisations dues: 58'382 fr. 15), en 2000 93'582 fr. 80 (cotisations dues: 79'850 fr.) et en 2001 de 29'600 fr. 05 (cotisations dues: 23'270 fr.). Ces sommes dépassaient les cotisations courantes de 7'688 fr. 05. Par ailleurs, la recourante attire l'attention sur le fait que Monsieur B_____ a produit une créance dans la procédure de faillite de la

société qui aurait dû être contestée, ce qui n'a apparemment pas été fait. La recourante reproche également à la caisse de ne pas avoir engagé des démarches auprès de l'Office des poursuites pour que les actifs de la société en faillite soient réalisés et les créances encaissées. L'intimée a ainsi violé l'obligation de diminuer le dommage.

14. Dans sa réponse du 10 janvier 2005, la caisse conclut au rejet du recours. Elle rappelle qu'en août 1996, un arrangement a été pris avec la société pour amortir les arriérés d'octobre 1995 à juin 1996 et que les cotisations courantes devaient être payées dès le trimestre juillet à septembre 1996. Le 16 décembre 1996, cet arrangement a été annulé pour non respect du paiement des acomptes prévus à fin octobre, novembre et décembre 1996. Ceux-ci n'ont été payés que le 3 janvier 1997 et ce paiement a permis de reconduire cet arrangement. Ainsi, jusqu'en septembre 1997, les paiements effectués servaient à couvrir les acomptes du plan de paiement depuis janvier 1996. Le dernier paiement du plan d'arrangement d'août 1996 est intervenu le 10 septembre 1997. A cette date, les cotisations courantes n'étaient payées que jusqu'en avril 1997. La caisse estime en outre que s'il est vrai que Monsieur B_____ a été administrateur de la société, celle-ci était en réalité gérée par la recourante. Quant à l'accumulation de la dette de cotisation entre juillet 1997 et mars 1998, elle ne peut être imputée à Monsieur B_____, de l'avis de la caisse. En effet, celui-ci n'a eu connaissance d'un bilan provisoire établi par la fiduciaire XX_____, qu'en octobre 1997. Par ailleurs, il a continué à faire des paiements, mais ceux-ci ont couvert en premier lieu les dettes antérieures, comme les frais pour 1996 et 1997, les cotisations pour mai et juin 1997 et les acomptes pour les cotisations de juillet et août 1997, soit des paiements dus alors que la recourante était encore en charge de la gestion de la société avant son absence. La caisse a renoncé à demander la réparation de son dommage à Monsieur B_____, dans la mesure où, en 2002, il ne restait plus que des cotisations impayées concernant les mois de février et mars 1998. Elle n'a d'ailleurs pas contesté la créance de Monsieur B_____ que celui-ci a produite dans la faillite de la société, dès lors qu'aucun dividende n'était prévu pour la 3ème classe, dans laquelle elle a été colloquée. La caisse persiste enfin à considérer que la recourante a commis une faute grave, en ne donnant pas la priorité au paiement des charges sociales. Elle n'a notamment pas essayé de faire des économies, étant donné que la masse salariale avait augmenté de 394'420 fr. en 1999 à 539'527 fr. en 2000.

15. Par jugement du 27 janvier 2005, le jugement de la faillite personnelle de la recourante a été annulé.

16. Dans sa réplique du 8 février 2005, la recourante persiste dans ses conclusions. Elle conteste le montant des cotisations pour l'année 1999, dès lors que celui-ci correspond à un taux de retenues sur les salaires de 16,42%, alors qu'il est pour toutes les autres périodes de 14,8%. Elle estime ainsi que le montant des cotisations

dues pour 1999 est de 58'382 fr. 15 et non pas de 64'750 fr. 80 comme allégué par la caisse. Elle fait en outre valoir que les frais sont disproportionnés et ne correspondent pas au montant dont la couverture est prévue par l'art. 69 LAVS. L'intimée ne semble par ailleurs pas avoir tenu un compte séparé pour les frais d'administration, tel que le prescrit la loi. Sa responsabilité se limite aux cotisations dues et ne comprend pas les frais d'administration. Elle relève également que le total de l'arriéré des cotisations dues par la société, au moment où la recourante a dû interrompre son activité pour des raisons de santé, n'était que de 19'958 fr. et que Monsieur B_____ a accumulé un important arriéré, du temps où il avait seul la responsabilité de la société. Ce retard s'est élevé à 38'138 fr. 15. L'arriéré de cotisations a ainsi pratiquement triplé, lorsque Monsieur B_____ était responsable de la société. Par conséquent, la recourante estime-t-elle ne pas être responsable de l'essentiel du préjudice. Elle fait également valoir que Monsieur B_____ a ouvert une ligne de crédit auprès de la Banque genevoise de gestion de 150'000 fr., mais qu'aucun des retraits n'a été utilisé pour le paiement des cotisations courantes ou arriérés de cotisations. Au contraire, par cette ligne de crédit, Monsieur B_____ a aggravé la situation de la société.

17. Dans sa duplique du 2 mars 2005, la caisse persiste dans ses conclusions. Concernant le montant des cotisations afférentes à 1999, la différence entre les chiffres qu'elle a retenus et ceux de la recourante s'explique du fait que la recourante a versé trop de cotisations en 1999. Cependant, il n'a pas été possible d'annuler les factures et les paiements déjà intervenus pour la période en cause, suite à la déclaration de la masse salariale effective par la société. Le crédit qui a résulté des cotisations versées en trop en 1999 a été réparti sur d'autres périodes, comme cela résulte de sa pièce 109. Quant aux frais d'administration, ils sont dus en cas de paiement et comprennent des frais de poursuites et les intérêts moratoires. Il est dès lors normal que les frais varient selon les retards de paiement des cotisations et des poursuites entamées. Quant à l'éventuelle responsabilité de Monsieur B_____, elle relève qu'elle ne réclame que les cotisations à partir de février 1998, soit peu avant que cet administrateur ne démissionne.

18. Par arrêt du 20 avril 2005, le Tribunal de céans rejette le recours et renvoie la cause à la caisse pour nouvelle notification de sa décision sur opposition du 3 novembre 2004 à l'administration de la faillite de Madame Sonia W_____.

19. Suite au recours de cette dernière, le Tribunal fédéral des assurances annule ce jugement par arrêt du 14 juillet 2006, dès lors que la faillite de la recourante a été annulée par jugement du 27 janvier 2005.

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, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'assurance vieillesse notamment (cf. art. 56V LOJ).

   Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) a entraîné de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-vieillesse, notamment en ce qui concerne l'ancien 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) 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.

   Les règles de procédures quant à elles s'appliquent cependant sans réserve dès le jour de l'entrée en vigueur du nouveau droit (ATF 117 V 93 consid. 6 b et 112 V 360 consid. 4 a).

4. Interjeté dans les délai et forme et prescrits par la loi, le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

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 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 (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 72 consid. 3b ; 113 V 180 consid. 2; 112 V 6 consid. 4d; 108 V 50 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» (FRITZSCHE, Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd., p. 112) d'où résulte la perte de la créance de la caisse. Selon la jurisprudence, en cas de faillite, le dommage est en règle générale déjà suffisamment connu lorsque la collocation des créances est publiée, respectivement lorsque l'état de collocation (et l'inventaire) est déposé pour être consulté (ATF 126 V 443 consid. 3a; 121 V 234 consid. 4a; 119 V 89 consid. 3 et les références citées)

Le délai de péremption de cinq ans débute en revanche 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 443 consid. 3a; 121 III 382 consid. 3bb; 121 III 386 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 12 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; ATFA non publié du 4 avril 2003, H 266/02).

b) Dans le cas d'espèce, la caisse a eu connaissance du dommage le 26 octobre 2002, date à laquelle il lui a été communiqué qu'aucun dividende n'était prévisible. Ainsi, la notification de la décision de réparation du dommage en date du 26 novembre 2002 respecte le délai d'une année prescrit par l'art. 82 al. 1 RAVS, ainsi que le délai de cinq ans de l'art. 82 al. 1 *in fine* RAVS, la faillite de la société ayant été prononcée par le Tribunal de première instance du 24 septembre 2001, cette date marquant la naissance du fait dommageable.

6. Le litige porte sur la responsabilité de la recourante 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 12 consid. 5b; 122 V 65 consid. 4a; 119 V 401 consid. 2 et les références).

7. En l'espèce, la recourante conteste en premier lieu la quotité du dommage. Elle met en effet en cause le montant des cotisations retenues pour l'année 1999. Selon ses dires, celui-ci est de 58'382 fr. 15, alors que la caisse a retenu un montant total de cotisations de 64'750 fr. 80. Toutefois, cette dernière admet que le montant des cotisations réelles est de 58'382 fr. 15. Dans la mesure où, pour 1999, des acomptes d'un montant de 64'750 fr. 80 ont été facturés, il en résulte un crédit de 6'983 fr. 65, qui a été réparti sur les cotisations non payées, avec l'accord de la société, afférentes aux mois de décembre 1999 et janvier 2000. Ce fait est établi par le document intitulé "Facturation des cotisations" afférent à l'année 1999 (pièce 104 caisse). Ce grief est dès lors infondé.

   S'agissant des frais que la recourante estime disproportionnés, la caisse les a détaillés dans le document "Relevé de comptes au 14.11.2002" relatif à la période de janvier 1993 à janvier 2001. Il est à cet égard à rappeler que le dommage consiste dans le montant dont la caisse se trouve privée, à savoir de la somme que l'employeur aurait été tenu de verser en vertu de la loi (RCC 1972, page 687). Il englobe les cotisations paritaires, ainsi que les frais d'administration, les intérêts moratoires, les taxes de sommation et les frais de poursuites. Ces frais étant établis en l'espèce, la caisse est donc en droit de les réclamer aux organes responsables. En outre, il convient de relever que les frais d'administration de 2% dus en vertu de l'art. 69 al. 3 LAVS sont déjà compris dans les factures de cotisations et n'ont donc pas été facturés à part, contrairement à ce que semble affirmer la recourante.

   Il résulte de ce qui précède que le calcul du dommage de l'intimée est correct.

8. a) 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 29 consid. 3a; 117 II 432 consid. 2b et 570 consid. 3; 107 II 349 consid. 5a). Il faut cependant, dans cette dernière éventualité, que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, c'est-à-dire d'exercer effectivement une influence sur la marche des affaires de la société (ATF 128 III 29 consid. 3a; 117 II 432 consid. 2b; 111 II 480 consid. 2a).

b) En l'occurrence, la recourante ne conteste pas avoir été un organe de la société pendant la période litigieuse. En tant que directrice et administratrice inscrite au registre du commerce, ainsi qu'actionnaire unique, puis majoritaire de la société, sa qualité d'organe doit dès lors être admise.

9. La recourante estime toutefois ne pas être responsable de la totalité du dommage, dès lors que Monsieur B_____ a essentiellement accumulé l'arriéré de cotisations, pendant qu'il était seul à gérer la société, soit entre octobre 1997 et le 19 mai 1998.

a) 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 TFA 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 193 consid. 2a et les références; ATFA non publié du 8 octobre 2003, H 320/01 et H 333/01 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 199 consid. 3a; RCC 1985 p. 51 consid. 2a et p. 648 consid. 3b).

Il n'y a obligation de réparer le dommage, dans un cas concret, que s'il n'existe aucune circonstance justifiant le comportement fautif de l'employeur ou excluant l'intention et la négligence grave. A cet égard, 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 183 consid. 1b et 2b; RCC 1985 p. 603 consid. 2, 647 consid. 3a). Ainsi, il peut arriver qu'en retardant le paiement des 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 183; RCC 1992 p. 261 consid. 4b). Il appartient à l'employeur de faire valoir des motifs justifiant ou excusant son comportement, à charge pour lui d'en rapporter la preuve en vertu de son devoir de collaborer à l'établissement des faits (art. 81 la. 2 LAVS).

b) 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, vo1. 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).

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).

Lorsqu'un administrateur entre au conseil d'administration postérieurement à la fondation de la société, il n'est responsable, lorsque la société était surendettée au moment où il est entré en fonction, qu'au plus du dommage résidant dans l'augmentation de la dette de cotisations envers la caisse jusqu'au moment de la faillite, les tentatives de redressements de la société ayant échoué. En effet, dans une telle hypothèse, un lien de causalité entre les cotisations impayées pour les salaires versés avant son entrée en fonction, et le dommage subi par la caisse ne peut être retenu (ATF 119 V 405 ss consid. 4). Les intérêts moratoires pour l'arriéré de cotisations, courus depuis l'entrée en fonction, sont cependant inclus dans le dommage (ATF 119 V 408, consid. 4 d).

10. En l'espèce, il est établi que la société était déjà surendettée avant même que la recourante s'absente pour cause de maladie et de maternité. En effet, dans son rapport du 21 octobre 1997, la fiduciaire XX_____ constate, sur la base du bilan de la société au 31 décembre 1996, que celle-ci est surendettée. Ce n'est que grâce à un apport de liquidité pour un montant de 150'000 fr. que la continuation de l'exploitation paraît probable, selon la fiduciaire. Or, il est attesté par les récépissés de retrait de la Banque genevoise de gestion que Monsieur B_____, du temps où il était administrateur, a disposé de cette somme. Manifestement il ne l'a pas utilisée pour payer les cotisations dues. Il appert également qu'il a donné la priorité aux autres créances de la société, notamment salariales, au détriment des cotisations sociales. Il n'est par ailleurs pas contesté que la recourante était en incapacité de travail dès l'automne 1997 et qu'elle n'est revenue travailler qu'au

mois de mai 1998, de sorte qu'elle était empêchée de s'occuper de la gestion de sa société.

Au vu de la situation obérée de celle-ci déjà fin 1996, qui semble encore s'être aggravée en 1997 et en particulier pendant l'absence de la recourante, il ne saurait en l'espèce être considéré que celle-ci soit responsable de la dette de cotisations accumulée durant son congé-maladie et maternité, soit de la dette afférente aux mois de février à avril 1998.

Le solde des cotisations et des frais relatifs à cette période s'élève pour février 1998 à 3'513 f. 80 et pour mars 1998 à 3'328 fr. 50, soit à un total de 6'842 fr. 30, comme il résulte de la production de l'intimée du 15 novembre 2002 dans la faillite de la société. A cela s'ajoute un solde de frais pour janvier 1998 de 578 fr. 85. Pour avril 1998, plus aucun solde n'est dû, selon ce document.

En ce qui concerne la responsabilité de la recourante pour l'arriéré de cotisations à partir de mai 1998, elle n'est guère contestable et la recourante ne semble pas la mettre en doute. En tout état de cause, il appert que, au vu des difficultés financières de la société depuis longue date et de l'arriéré de cotisations accumulé pendant son absence, il ne saurait être admis qu'elle avait, dès mai 1998, des raisons sérieuses et objectives pour espérer un redressement de la société, lui permettant de verser ultérieurement les cotisations sociales. La recourante a également privilégié le paiement d'autres créances, tels les salaires, au détriment des cotisations sociales, ce qui constitue une violation de ses obligations d'administratrice en vertu des dispositions de la LAVS, même si une telle façon de faire est compréhensible dans l'optique de la continuation de l'entreprise. Comme le relève en outre l'intimée, il ne semble pas non plus que la recourante ait pris des mesures afin de limiter les charges de la société, dès lors que la masse salariale a considérablement augmenté entre 1999 et 2000.

Au vu de ce qui précède, il convient d'admettre que celle-ci est responsable de l'arriéré de cotisations à concurrence de 92'238 fr. 65 (99'659 fr. 80 - 6'842 fr. 30 - 578 fr. 85)

11. Cela étant, le recours sera partiellement admis et la recourante condamnée au paiement du dommage de l'intimée à concurrence de 92'238 fr. 65.

12. Dans la mesure où elle obtient partiellement gain de cause, une indemnité de 500 fr. lui est accordée à titre de dépens.

*****

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 le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.

3. Annule la décision sur opposition du 3 novembre 2004 de l'intimée.

4. Condamne la recourante au paiement à l'intimée de la somme de 92'238 fr. 65.

5. Condamne l'intimée à verser à la recourante un montant de 500 fr. à titre de dépens.

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 Juge

Claire CHAVANNES Maya CRAMER

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