REPUBLIQUE ET  **CANTON DE GENEVE**

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3714/2005 **ATAS/1305/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 22 novembre 2007

En la cause

Monsieur M_____, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Jean-Jacques MARTIN	recourant

contre

GASTROSOCIAL, sis Heinerich Wirri-Strasse 3, Postfach, AARAU	intimé

Siégeant : Karine STECK, Présidente, Violaine LANDRY ORSAT et Norbert HECK, Juges assesseurs

EN FAIT

1. La société X_____ SA (anciennement XY_____ SA, ci-après : la société), dont le siège se trouve 81, avenue Louis-Casaï, à Genève, exploitait l'établissement X_____ sis à Berne. Son capital-actions était détenu en totalité par la société holding Y_____ SA (groupe X_____).

2. Il ressort du registre du commerce (RC) que Monsieur M_____ a été administrateur-président avec signature collective à deux depuis le 8 mars 2002. Ont également été administrateurs avec signature collective à deux Messieurs B_____ et S_____. Le réviseur était Z_____ SA à Meyrin.

3. La société était affiliée auprès de la caisse de compensation GASTROSOCIAL (ci-après : la caisse).

4. Par courrier du 31 janvier 2002, la caisse a accepté un plan d'amortissement et proposé à la société de lui régler le montant alors dû à titre de cotisations de juillet à décembre 2001 (52'930 fr. 05) par le biais de versements mensuels de 4'400 fr. à compter du 5 mars 2002.

5. A compter de juillet 2002, ce plan d'amortissement n'a plus été respecté de sorte que la caisse de compensation, par courrier du 17 octobre 2002, a réclamé le paiement du solde, de 35'328 fr. 90.

6. La caisse a alors engagé des poursuites. Le 16 février 2004, des actes de défaut de biens lui ont été délivrés concernant les poursuites visant les cotisations de juin et juillet 2003.

7. Dans son rapport du 11 août 2003, l'organe de révision de la société a conclu à un surendettement de cette dernière. Il a préconisé d'établir un bilan intermédiaire aux valeurs de liquidation en soulignant que si ce dernier devait confirmer le surendettement, le juge devrait être avisé.

8. Le 6 février 2004, X_____ SA, a informé le Tribunal de première instance du Canton de Genève (TPI) de son surendettement sur la base de ses comptes audités au 30 septembre 2003 et a requis l'octroi d'un sursis concordataire provisoire de deux mois en vue d'examiner les perspectives d'un projet de concordat dividende ou par abandon d'actifs.

9. Après audition des administrateurs, le TPI a fait droit à cette requête et, par jugement du 22 mars 2004, a accordé un sursis provisoire déployant ses effets pour une durée de deux mois, soit jusqu'au 25 mai 2004 en vue d'élaborer un projet de concordat complet et de fournir toutes informations devant permettre au tribunal se statuer définitivement.

10. Le 19 mai 2004, soit avant l'échéance du sursis provisoire, les commissaires au sursis, Me A_____, avocat, et Monsieur B_____, expert comptable, ont fait parvenir au TPI leur rapport aux termes duquel ils ont préavisé favorablement l'octroi d'un sursis concordataire pour une durée de six mois en vue de présenter aux créanciers un concordat par abandon d'actifs.

11. Les commissaires au sursis ont lancé un appel d'offre de rachat pour les derniers différents établissements du groupe X_____ en Suisse et entrepris des démarches auprès du franchiseur qui a accepté de reconduire le contrat de licence provisoire malgré le fait que la société ne versait plus la franchise (60'000 fr. par mois environ pour l'ensemble des huit restaurants en exploitation (cf. partie en fait du jugement rendu par le TPI en date du 7 juin 2004).

    Les commissaires au sursis ont évalué à 300'000 fr. la valeur du fond de commerce de X_____ SA. Ils ont conclu que la solution du concordat par abandon d'actifs restait envisageable. Il leur était impossible de prévoir le dividende qui pourrait revenir aux créanciers de 3ème classe. En revanche la totalité des créances privilégiées pourrait être payée.

12. Par jugement du 7 juin 2004, le Tribunal de première instance a accordé à la société un sursis concordataire de six mois, soit jusqu'au 26 novembre 2004.

13. Par jugement du 13 septembre 2004, le Tribunal de première instance, suite à un rapport des commissaires au sursis du 13 septembre 2004 dont il ressortait que les conditions pour le maintien du sursis concordataire n'étaient plus réunies, a révoqué le sursis concordataire et prononcé la faillite de la société.

14. Le 22 décembre 2004, la caisse a produit une créance de 160'096 fr. 25 représentant les cotisations dues pour les années 2001 à 2004.

15. L'état de collocation a été déposé le 7 mars 2005. Il en ressortait que les créanciers de deuxième classe ne toucheraient aucun dividende.

16. Le 6 avril 2005, la caisse de compensation a rendu une décision de réparation du dommage à l'encontre de Monsieur M_____. Elle lui a réclamé le montant de 158'192 fr. 55 calculé de la manière suivante :

2001 :	cotisations AVS-AI-APG :	70'566.20	
	cotisations assurance-chômage :	20'960.25	
	frais :	352.85	91'879.30
2002 :	cotisations AVS-AI-APG :	64'877.95	
	cotisations assurance-chômage :	19'270.70	
	frais :	324.40	84'473.05
2003 :	cotisations AVS-AI-APG :	49'146.--	

	cotisations assurance-chômage :	12'164.85	
	frais :	245.75	61'556.60
2004 :	cotisations AVS-AI-APG :	30'300.--	
	cotisations assurance-chômage :	6'000.--	
	frais :	151.50	36'451.50
	frais de rappel :	1'500.--	
	frais de poursuites :	4'303.85	
	intérêts moratoires :	9'185.30	14'989.35

montant dû : 189'349.80
versements : 131'157.05
montant du dommage : 158'192.75

17. Une décision en réparation du dommage a également été notifiée à Monsieur B_____ le même jour. Cependant, l'intéressé ayant formé opposition, la caisse a considéré les arguments avancés et décidé de revenir sur sa décision en réparation du dommage.

18. Le 4 mai 2005, Monsieur M_____ a formé opposition à la décision le concernant. Il a contesté avoir intentionnellement ou par négligence grave violé les prescriptions en matière de cotisations sociales et causé un dommage à la caisse. Il a brièvement expliqué que, comme les autres restaurants X_____ du groupe, celui de Berne avait rencontré un grand nombre de difficultés. Il a expliqué avoir pris des mesures tout en essayant de sauvegarder des places de travail, mesures qui malheureusement, en raison d'une mauvaise conjoncture, n'ont pas suffi. Monsieur M_____ a enfin relevé que la caisse de compensation, au courant des difficultés du groupe, avait malgré tout accepté d'accorder à la société des plans de paiement.

19. Par décision sur opposition du 15 septembre 2005, la caisse a confirmé sa décision en réparation du dommage du 6 avril 2005. Elle a rappelé que la société, confrontée à des problèmes financiers, avait bénéficié de longs délais de paiement et que les conditions du plan d'amortissement qui avait été accordé n'avaient pas été respectées.

20. Le 17 octobre 2005, Monsieur M_____ a interjeté recours contre cette décision.

    Il allègue que, bien qu'étant administrateur président de la société et des autres sociétés du groupe X_____, il n'avait pas les mains libres. Il explique que le groupe était fortement endetté auprès des banques et que, comme souvent dans ces cas-là, la gestion des liquidités, c'est-à-dire le réel **pouvoir de décision, a été**

matériellement transféré des organes de X_____ **aux banques**. Il affirme avoir à plusieurs reprises tenté de convaincre les banques de verser les cotisations sociales dues à la caisse de compensation, sans succès.

Il ajoute que par ailleurs, la société a souffert d'une désaffection de la clientèle en raison notamment de longs travaux de construction effectués devant l'établissement, de l'anti-américanisme consécutif à la guerre en Irak et de la vague de chaleur qui a sévi durant l'été 2003. Le recourant allègue que, dans ce contexte, il a cherché en premier lieu à sauvegarder les 280 postes de travail du groupe.

Le recourant précise au surplus que la société X_____ SA était au bénéfice d'une licence accordée par X_____, c'est-à-dire par la société YY_____ SARL sise au Luxembourg et propriétaire de la marque X_____. Le recourant explique que la société était liée par les clauses du contrat de licence qui lui faisait interdiction de fermer l'établissement bernois sans en avoir obtenu préalablement l'autorisation par le franchiseur, lequel n'a justement jamais consenti à la fermeture de l'établissement bernois.

Compte tenu de ces éléments, le recourant conteste s'être rendu coupable de négligence grave et **affirme avoir fait tout ce qui était en son pouvoir** pour tenter de maintenir la société à flot de manière à pouvoir verser à la caisse de compensation les cotisations sociales dues.

21. Le recourant a complété ses écritures en date du 6 janvier 2006.

Il précise que la société était fortement endettée auprès des banques, en particulier auprès du CRÉDIT SUISSE, qui était son principal bailleur de fonds. Il fait remarquer qu'en mars 2003, la dette du groupe envers le CREDIT SUISSE s'élevait à 2'900'000 fr.

Il allègue qu'en contre-partie de l'octroi de lignes de crédit, la banque bénéficiait d'un droit de gage sur les avoirs du groupe et avait le pouvoir de prélever directement sur le compte les sommes destinées au remboursement du prêt et des intérêts. Le recourant soutient avoir à plusieurs reprises demandé au CREDIT SUISSE de retarder ses prélèvements afin de permettre le paiement des cotisations sociales. A l'appui de ses dires, il produit plusieurs courriers adressés à la banque à la fin de l'année 2003 (pces 9, 10 et 11 recourant). La société y fait remarquer à la banque qu'elle a été favorisée par rapport aux autres créanciers (y compris les créanciers sociaux) de sorte que pendant que les dettes de la société envers ces derniers augmentaient, celle envers la banque a diminué de 480'000 fr. par an. Le recourant allègue que le CREDIT SUISSE a toujours refusé de surseoir au paiement des intérêts et/ou au remboursement des prêts ou de les réduire à l'exception d'un report provisoire de 40'000 fr. par mois effectué de juillet à décembre 2003 et insuffisant pour honorer les cotisations sociales en souffrance. Le recourant en tire

la conclusion qu'il a matériellement été empêché par la banque de régler les cotisations sociales dues.

De la même manière, il allègue avoir été dans l'impossibilité de procéder à la fermeture de l'établissement sis à Berne. Il affirme avoir à plusieurs reprises tenté d'obtenir cet accord qui aurait permis de limiter le dommage subi par la caisse et produit à l'appui de ses dires un fax daté du 24 février 2003, adressé au franchiseur, dans lequel il fait état des difficultés rencontrées par les établissements de Berne et de Genève (Rive) et annonce sa volonté de les fermer (pce 12 recourant). Le franchiseur a donné son accord pour la fermeture de l'établissement genevois mais l'a refusé pour l'établissement bernois. C'est en vain qu'en septembre 2003, le recourant a demandé au franchiseur de l'autoriser à fermer l'établissement bernois en lieu et place du restaurant genevois dont les résultats s'amélioraient (pce 13 recourant).

22. Dans sa réponse du 8 février 2006, la caisse de compensation a conclu au rejet du recours. Elle fait remarquer que la société a commencé à éprouver de difficultés de trésorerie dès l'automne 2001, que ces difficultés financières étaient connues du recourant et que malgré la situation, déjà précaire en 2002, la société a poursuivi l'exploitation sans parvenir à un assainissement, de sorte que la dette envers la caisse de compensation n'a cessé d'augmenter. Selon l'intimée, un administrateur diligent aurait dû s'inquiéter plus sérieusement de la capacité de la société à rembourser des dettes qui augmentaient au fil du temps.

23. Par courrier du 31 mai 2006, le recourant, après avoir consulté les documents de déposés auprès de l'Office des poursuites, a indiqué qu'il renonçait à produire des pièces complémentaires. Il s'est référé aux arguments déjà développés dans ses écritures précédentes.

24. Le 2 juin 2006, un dividende de 7'327 fr. 70 a été versé à la caisse de compensation. Pour le reste, un acte de défauts de biens d'un montant de 145'154 fr. 55 lui a été délivré.

25. Par courrier du 17 août 2006, la caisse en a informé le Tribunal de céans. Elle a expliqué que, compte tenu de ce versement, d'une réduction de note de crédit de 5'710 fr. 45 et d'un versement de retenues sur salaires de 1'896 fr. 55, le dommage était réduit de 14'934 fr. 70, ce qui l'établissait en définitive à 143'258 fr. 05.

26. Une audience s'est tenue en date du 14 septembre 2006 à l'occasion de laquelle Monsieur Eric B_____ a été entendu à titre de renseignements.

Ce dernier a précisé avoir été personnellement responsable du restaurant situé à Lausanne mais également de la bonne marche journalière de l'ensemble des établissements, d'un point de vue "strictement opérationnel". Il a expliqué que la

comptabilité était assurée par les comptables de la société et qu'une fiduciaire (Z_____) s'occupait de la clôture.

S'agissant des cotisations sociales, Monsieur B_____ a indiqué avoir reçu une fois un courrier indiquant qu'elles n'étaient pas payées et l'avoir transmis à l'administration. Il a ajouté qu'il savait que la société traversait des difficultés financières puisqu'il leur était demandé de faire attention aux frais de personnel et aux coûts. Il a indiqué que la société a de tous temps donné des directives enjoignant de limiter les dépenses mais qu'à la fin, des **réductions de personnel** au niveau de l'administration et des restaurants avaient eu lieu, dans la mesure où c'était possible sans toucher à la qualité du service.

Monsieur B_____ a indiqué que le restaurant situé à Berne se trouvait sous des arcades, dans une rue transversale proche de la fosse aux ours, sans enseigne visible, que des travaux ont au surplus eu lieu sur voie publique en face de l'établissement, de sorte que ce dernier ne bénéficiait pas d'un très bon emplacement.

27. Le 2 octobre 2006, le recourant a adressé au Tribunal de céans un courrier retraçant "l'historique des restaurants X_____ en Suisse et les conditions dans lesquelles les faillites sont intervenues".

En substance, il en ressort que le recourant a rencontré en 1986 Monsieur Heradj G_____, lequel avait pour projet d'implanter la chaîne X_____ en Suisse. Le recourant a investi dans ce projet la somme de 1'000'000 fr. (130'000 fr. pour la constitution d'actions et 870'000 fr. sous forme de prêt à la société Y_____, qui avait l'autorisation d'exploiter les restaurants X_____ en Suisse et dont Monsieur G_____ était le président).

En 1995, le recourant a repris le groupe mais la situation était catastrophique. Selon lui, le bilan aurait dû être déposé en 1991 déjà. En diminuant les amortissements, l'ancienne administration avait caché les pertes. Il a été procédé à une augmentation du capital mais en 1996, KPMG, organe de révision, a exigé un amortissement de 3'000'000 fr. comprenant ajustement de 1,8 million pour les valeurs non amorties dans le passé. A compter de 1996, le recourant a œuvré en tant que vice-président. Il explique que le groupe avait cependant hérité de l'ancienne administration une structure financière très complexe et qu'il était impossible de couper certaines branches pour en laisser survivre d'autres en raison des garanties que la holding avait données pour les sociétés filles. A titre d'exemple, les locaux du restaurant de R_____ avaient été loués pour vingt-six ans avec un loyer mensuel de 21'000 fr. La holding Y_____ était garante de ce bail et il était impossible de le casser sans que la société parte en faillite.

Après un changement d'actionnaires, le recourant est redevenu président en septembre 2000 avec la majorité des actions. L'emprunt bancaire auprès du

CRÉDIT SUISSE s'élevait encore à 4'000'000 avec un taux d'intérêt qui était passé de 4,5% à 10%.

Le recourant explique avoir alors commencé à prendre des mesures. Il a commencé à négocier les loyers ainsi que les coûts à la baisse. Il a ainsi pu obtenir que le loyer du restaurant de R_____ soit réduit de 21'000 fr. à 14'000 fr. puis à 4'000 fr. et la durée de bail réduite de 26 ans à une année. Par ailleurs, le recourant a informé X_____ de l'urgence de fermer les restaurants qui étaient dans le rouge, à savoir Rive, Sion, R_____ et Berne. Cette requête a été rejetée et seul le restaurant de Rive a été vendu pour éponger la dette relative aux charges sociales. Le recourant affirme avoir au surplus insisté à de nombreuses reprises auprès du CREDIT SUISSE pour que ce dernier diminue ses taux d'intérêts ou les remboursements mensuels de la dette et s'être là encore heurté à un refus. Personne ne voulant plus siéger au conseil d'administration, il a demandé à deux managers, Messieurs S_____ et B_____, de s'inscrire avec lui en leur promettant qu'ils ne seraient pas responsables de la société. La situation a encore empiré avec la guerre en Irak et l'anti-américanisme qu'elle a entraîné. S'y sont ajoutés le sommet du G8 (durant lequel le restaurant de Plainpalais a été saccagé), la canicule de 2003, la grippe aviaire et le fait que le CRÉDIT SUISSE a exigé le remboursement de 1,5 million comme condition pour la baisse du taux d'intérêt.

Le recourant a terminé en indiquant que depuis la faillite, il se trouve en dépression et en demandant que ses managers ne soient pas inquiétés et car il souhaite assumer seul l'échec de la société.

28. Monsieur S_____, entendu à titre de témoin le 8 février 2007, a expliqué avoir travaillé dans l'administration du groupe X_____ de 1999 à 2004 et avoir occupé plusieurs postes dont ceux de superviseur et d'aide au développement. Durant les trois dernières années, il a été assistant de direction.

Le témoin a expliqué que le paiement et la gestion de toutes les factures des différents restaurants de Suisse se faisaient à Genève où était géré l'ensemble de la trésorerie.

Le témoin a confirmé que le CRÉDIT SUISSE avait accordé une ligne de crédit au restaurant de Berne et demandé en échange le contrôle de la totalité des paiements, cela plus de trois ans avant la faillite. Il a précisé que le CREDIT SUISSE étant la banque principale de l'ensemble des sociétés du groupe, la ligne de crédit était considérée dans sa globalité, de sorte qu'il fallait d'abord que l'ensemble de la ligne de crédit soit respecté. Amortissements et intérêts étaient prélevés avant toute chose par la banque. L'amortissement s'élevait à 40'000 fr. par mois au minimum; quant aux intérêts, ils étaient de 300'000 fr. environ par année. Le témoin a indiqué qu'à la fin, le taux d'intérêt était de 8,75, voire 9%.

Le témoin ayant accompagné le recourant aux réunions du CRÉDIT SUISSE a affirmé que le recourant leur a expliqué quelle était la situation de la société vis-à-vis de la caisse de compensation, en vain.

Le témoin a en outre confirmé que le recourant a tenter de trouver des partenaires et d'obtenir du franchiseur la fermeture des restaurants déficitaires. Il s'est souvenu avoir demandé la vente de l'établissement de Berne au début de l'année 2004 à un acheteur qui était disposé à payer environ 250'000 fr. sans succès, le franchiseur s'étant opposé à l'opération. S'il avait été procédé à une vente sans l'agrément du franchiseur, celui-ci aurait pu leur retirer leurs enseignes.

29. Monsieur F_____ a également été entendu le 8 février 2007.

Il a expliqué qu'en sa qualité de consultant indépendant, il a reçu du groupe, en 2000, le mandat de tenter de remettre la société à flot et avoir, dans ce cadre, assisté à la majorité des discussions avec le CRÉDIT SUISSE. Il a confirmé que ces réunions avaient eu pour objectif d'obtenir un peu plus de souplesse de la part de la banque c'est-à-dire qu'elle renonce à réclamer chaque mois le remboursement de la dette et des intérêts.

Le témoin a confirmé que la banque contrôlait l'argent du groupe dans la mesure où la majorité des comptes s'y trouvait et où toutes les recettes y étaient versées. Il a également confirmé que la banque, avant toute chose, prélevait le montant de l'amortissement et des intérêts, qui atteignaient presque 10%.

Le témoin a ajouté que le groupe a néanmoins réussi à réduire drastiquement les frais fixes, principalement les loyers, pour la majorité des restaurants. Selon lui, il aurait fallu pouvoir vendre les restaurants déficitaires qui absorbaient les bénéfices des autres, mais le franchiseur s'y opposait.

Interrogé sur les mesures adoptées, le témoin a indiqué que les coûts avaient été réduits par la réduction des promotions et les négociations avec les fournisseurs. Il a ajouté que l'accent avait également été mis sur la recherche d'investisseurs en Iran, aux USA et à Monaco, sans succès.

Selon lui, malgré ces difficultés de trésorerie, le groupe avait un très bon potentiel puisque certains restaurants faisaient des bénéfices, qui étaient dépensés à combler les dettes de ceux qui étaient déficitaires. Le témoin a confirmé que le groupe avait par ailleurs été victime d'une conjoncture très négative

30. Une dernière audience d'enquêtes s'est tenue en date du 19 avril 2007, à l'occasion de laquelle Monsieur O_____ a été entendu à titre de témoin.

Le témoin a expliqué avoir été conseiller financier extérieur du groupe à compter de 2000 et avoir à ce titre participé à toutes les démarches pour tenter de l'assainir.

Le témoin a confirmé que l'actionnaire unique était la société Y_____ SA dont dépendaient toutes les autres sociétés et que des garanties croisées existaient entre les sociétés, de sorte qu'il était très difficile de les séparer les unes des autres.

Selon lui, les difficultés sont apparues en 1995 déjà, année durant laquelle il a fallu augmenter le capital. Elles se sont ensuite multipliées au gré de la conjoncture. La grippe aviaire, celle de la vache folle, le sentiment anti-américain consécutif à la guerre en Irak, la canicule de 2003 et les travaux effectués sur la voie publique devant les restaurants de Berne, Zurich, Plainpalais et Cornavin ont entraîné une diminution du chiffre d'affaires.

Le témoin a expliqué qu'après l'augmentation du capital en 1995, le groupe a changé d'organe de révision et a opté pour KPMG, qui s'est rendu compte que l'ancienne administration n'avait pas assez amorti les actifs. Il a alors fallu consacrer 3 millions à cet amortissement d'un seul coup, de sorte que l'augmentation de capital a été absorbée.

Interrogé quant aux mesures prises, le témoin a indiqué qu'il avait été procédé à des réductions de personnel, que les baux avaient été renégociés à la baisse et que des mesures avaient été prises pour tenter d'augmenter les ventes (en variant les menus par exemple). Par ailleurs, le groupe a tenté de négocier une baisse des intérêts avec la banque, sans succès, la banque n'ayant accepté que de suspendre durant six mois ses prélèvements mensuels de 40'000 fr.

Le témoin a confirmé que la banque subordonnait tout paiement au remboursement de la dette et au paiement des intérêts et que ce n'était que lorsqu'elle avait prélevé ceux-ci que les autres paiements pouvaient intervenir. Il a expliqué qu'il était cependant impossible de changer d'établissement bancaire puisque le CREDIT SUISSE pouvait dénoncer le prêt à tout moment.

Selon lui, un espoir demeurait malgré tout dans la mesure où plusieurs emplacements tels que ceux de Zurich et Cornavin étaient bénéficiaires. Il aurait cependant fallu pouvoir fermer les restaurants déficitaires, au nombre desquels celui de Berne. D'après le témoin, un investisseur espagnol aurait été intéressé par sa reprise jusqu'à peu de temps avant le concordat.

31. Par courrier du 24 avril 2007, l'intimée a persisté dans ses conclusions.

32. Quant au recourant, il s'est exprimé une dernière fois par courrier du 21 mai 2007. Il a fait remarquer que les différents témoins entendus ont confirmé ses propres explications. Il allègue que les difficultés financière du groupe sont antérieures à son entrée en fonction en 2000, que le CREDIT SUISSE disposait du contrôle des liquidités de la société, que l'endettement important a eu pour conséquence de limiter à l'extrême les disponibilités financières du groupe, qu'il a fait tout ce qui était en son pouvoir pour obtenir de la banque qu'elle paie les cotisations sociales et

du franchiseur, qu'il autorise la fermeture du restaurant bernois, qu'il a réussi à diminuer les coûts et cherché des investisseurs, en vain. Il en tire la conclusion qu'il ne peut être tenu pour responsable du dommage subi par la caisse de compensation.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA ; 830.1) 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 du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (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 du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) ont été abrogés. Les nouvelles dispositions légales ont notamment remplacé la procédure de la décision administrative, suivie, en cas d'opposition, d'une action de la caisse en réparation du dommage (ancien art. 81 RAVS), par une procédure de décision, de décision sur opposition et de recours de droit administratif (art. 52 al. 2 LAVS, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2003, art. 52 et 56 LPGA).

   La procédure de l'action en réparation du dommage n'est plus applicable en l'espèce, dès lors que la LPGA était en vigueur au moment où la caisse a rendu sa décision en réparation du dommage (cf. ATF 130 V 1).

3. L'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse de compensation, est tenu à réparation.

   Depuis l'entrée en vigueur de la LPGA, au 1er janvier 2003, le nouvel art. 52 LAVS (introduit par le ch. 7 de l'annexe à la LPGA) prévoit en son al. 3 que le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus et l'employeur peut renoncer à s'en prévaloir. Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (cf. SVR 2005 AHV n° 15 p. 49 consid. 5.1.2; FF 1994 V 964 sv., 1999 p. 4422).

Par "moment de la connaissance du dommage", il faut entendre, en règle générale, le moment où la caisse aurait dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances ne lui permettaient plus de recouvrer les cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (VSI 2001 consid. 3a p. 195; VSI 2001 consid. 2a p. 98; VSI 1996 consid. 3b p. 172; VSI 1995 consid. 2 p. 169s; ATF 119 V 92 consid. 3 = VSI 1993 p. 110; ATF 118 V 195 consid. 3a et réf. cit. = VSI 1993 p. 83; VSI 1993 consid 3a p. 84; RCC 1992 consid. 5b p. 265; ATF 116 V 75 consid. 3b = RCC 1990 p. 415; ATF 113 V 181 consid. 2 = RCC 1987 p. 607; ATF 112 V 8 consid. 4d = RCC 1986 p. 493; ATF 112 V 158 = RCC 1987 p. 217). 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 la perte de la caisse.

Dans le cas d'une faillite ou d'un concordat par abandon d'actifs, le moment de la connaissance du dommage ne coïncide pas forcément avec celui où la caisse peut consulter le tableau de distribution et le compte final du liquidateur ou reçoit un acte de défaut de biens ; la jurisprudence considère en effet que le créancier qui entend demander la réparation d'une perte qu'il subit dans une faillite ou un concordat par abandon d'actifs connaît suffisamment son préjudice, en règle ordinaire, lorsqu'il est informé de sa collocation dans la liquidation, c'est-à-dire lorsque l'état de collocation (et l'inventaire) ont été déposés et peuvent être consultés ; il connaît ou peut connaître à ce moment-là le montant de l'inventaire, sa propre collocation dans la liquidation, ainsi que le dividende prévisible (VSI 2002 p. 145 consid. 2a ; ATF 126 V 444 consid. 3a = VSI 2001 p. 195 ; ATF 121 V 236 = VSI 1996 p. 173 ; VSI 1995 consid. 2 p. 170; ATF 119 V 92 consid. 3 = VSI 1993 consid 3 p. 112; ATF 118 V 96 consid. 3a et réf. citées = VSI 1993 p. 84s. consid. 3a; RCC 1992 consid. 5b p. 265; ATF 116 II 161 consid. 4a; RCC 1991 consid. 6a p. 384; ATF 116 V 75 consid. 3b = RCC 1990 consid. 3b p. 417; ATF 114 V 82 consid. 3b = RCC 1989 consid. 3b p. 221; ATF 113 V 182 consid. 2 = RCC 1987 p. 217; ATF 112 V 9 consid. 4d = RCC 1986 p. 493; ATF 112 V 161 = RCC 1987 p. 217; ATF 112 V 161 = RCC 1987 p. 260; ATF 112 V 9 consid. 4d = RCC 1986 p. 495).

En cas de refus d'homologation d'un concordat ou de révocation d'un sursis concordataire, les procédures, qui mettent en oeuvre un appel aux créanciers et dans lesquelles les décisions sont rendues publiques, font apparaître un risque élevé de pertes pour la caisse de compensation en révélant l'existence à tout le moins possible d'une insolvabilité. Dans ces circonstances, il se justifie d'exiger de la caisse qu'elle se montre active, cherche à obtenir des renseignements pour se faire une idée des risques menaçant sa créance et prenne les mesures ou décisions qui s'imposent pour sauvegarder ses droits (ATF 128 V 19 consid. 3c).

En l'espèce, le sursis concordataire a été révoqué le 13 septembre 2004. C'est à ce moment qu'il faut considérer que la caisse de compensation a eu connaissance de son dommage. Dès lors, en notifiant sa décision en réparation du dommage le 6 avril 2005, la caisse de compensation a respecté le délai de prescription de deux ans instauré par le nouvel art. 52 al. 3 LAVS et a donc agi en temps utile.

4. Selon l'art. 52 LAVS, tel qu'en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse de compensation, est tenu à réparation. Si l'organe 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).

   Ainsi que cela a déjà été dit plus haut, ces principes demeurent applicables en l'espèce, dès lors que selon la jurisprudence, en cas de changement de règles de droit et en l'absence de réglementation transitoire, le droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits est pertinent (ATF 127 V 467 consid. 1). Au demeurant, l'art. 52 al. 1 LAVS en vigueur depuis le 1er janvier 2003 reprend l'ancien art. 52 LAVS quasiment sans modification. Les termes «caisse de compensation» sont remplacés par «assurance» (en allemand : remplacement de «Ausgleichkasse» par «Versicherung»; en italien : suppression de «cassa di compensazione»), sans que cela n'entraîne un changement quant aux conditions de la responsabilité de l'employeur (cf. ATF 129 V 13 sv. consid. 3.5).

5. Les prescriptions que doit respecter l'employeur sont tout d'abord celles de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants et de ses dispositions d'exécution, notamment celles concernant l'obligation de déduire, à chaque paiement de salaire, la cotisation du salarié, puis de la verser à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation, ainsi que l'obligation de remettre périodiquement à la caisse les pièces comptables concernant les salaires versés aux employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions (RCC 1985 p. 607 consid. 5; RCC 1985 p. 646 consid. 3a).

   L'obligation de percevoir les cotisations et de régler les comptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. 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 (VSI 1993 p. 83 ss consid. 2a; ATF 111 V 173 consid. 2 = RCC 1985 p. 649; ATF 108 V 186 consid. 1a; ATF 108 V 192 consid. 2a = RCC 1983 p. 100; RCC 1985 p. 646 consid. 3a).

6. En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse en raison de la faillite de la société, ce qui représente, pour la période 2000-2004 un montant de 143'258 fr. 05 après déduction du dividende reçu par la

caisse de compensation. Le montant du dommage n'est pas contesté par le recourant, de sorte qu'il y a lieu de le confirmer.

Le recourant étant devenu administrateur en mars 2002 et se voyant réclamer le montant des cotisations dues à partir de 2000, il y a lieu de rappeler que selon la jurisprudence, lorsqu'il prend en charge son mandat, le membre d'un conseil d'administration assume la responsabilité aussi bien des charges d'assurances sociales en cours que de celles qui sont restées impayées par l'entreprise et qui portent sur des année antérieures. Il est ainsi de son devoir de veiller à ce que soient également payées les cotisations échues dues depuis des années. Le Tribunal fédéral des assurances a jugé qu'il n'y avait pas de raison de faire la différence entre ces deux sortes d'obligations car il y a, dans les deux cas, un lien de cause à effet entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations dues pour la période d'activité du conseil d'administration et celles dues pour la période antérieure (RCC 1992 consid. 7b p. 269). Ce lien de cause à effet n'existe pas, toutefois, quand 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 407 consid. 4c), ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Il convient maintenant d'examiner la responsabilité du recourant en sa qualité d'administrateur.

7. Lorsque l'employeur est une personne morale, ses organes répondent solidairement, à titre subsidiaire, du dommage causé par celui-ci. En cas d'insolvabilité de l'employeur, ils peuvent donc être directement poursuivis (ch. 7004 des directives de l'Office fédéral des assurances sociales [OFAS] sur la perception des cotisations [DP]; ATF 114 V 79 consid. 3; ATF 113 V 256 consid. 3c; RCC 1988 p. 136 consid. 3c).

Pour juger si une personne peut être rendue responsable en tant qu'organe d'une personne morale, il ne suffit pas d'appliquer des critères formels (droit de signer ou inscription au Registre du commerce). Il y a également lieu d'examiner si la personne en question a pris des décisions qui relevaient des organes ou si elle a assumé la gestion proprement dite, influençant ainsi d'une manière déterminante la formation de la volonté au sein de la société.

Dans le cas des sociétés anonymes, le TFA s'est toujours référé à l'art. 754 al. 1 du Code des obligations (CO; RS 220), en corrélation avec l'art. 759 al. 1 CO. Conformément à ces dispositions, 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'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs. 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 (organes formels), 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 (organes de fait; cf. notamment RCC 1988 p. 632 consid. 3).

Il se justifie d'appliquer les mêmes principes dans le cadre de l'article 52 LAVS car la responsabilité subsidiaire des organes d'une personne morale, dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants, découle indirectement des articles 55 alinéa 3 du code civil (CC; RS 210) et 754 CO, considérés comme l'expression de règles générales (ATF 96 V 125 = RCC 1971 p. 478). Au demeurant, les motifs qui sont à la base d'une extension de la notion d'organe en droit civil et qui procèdent de la volonté d'accorder une protection efficace aux créanciers sociaux sont tout aussi valables s'agissant de la responsabilité de droit public instituée par l'article 52 LAVS. Enfin, sous l'angle du principe de l'égalité de traitement entre les justiciables, il serait inéquitable, le cas échéant, de ne rechercher que les personnes inscrites au RC, lesquelles, précisément, n'avaient peut-être aucun pouvoir réel de décision (RCC 1988 p. 633 consid. 3).

En l'espèce, il ressort de l'extrait du RC que le recourant a été administrateur avec signature individuelle de la société de mars 2002 à la faillite de la société. Il est ainsi indéniable qu'il avait la qualité d'organe de la société faillie, ce qu'il ne conteste d'ailleurs pas.

Encore faut-il examiner s'il s'est rendu coupable d'une violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions régissant l'AVS. En effet, l'obligation de réparer le dommage n'existe, dans le cas concret, que s'il n'y a pas de circonstances faisant apparaître comme justifié le comportement de l'employeur ou excluant qu'il ait commis une faute intentionnellement ou par négligence. Il est donc concevable qu'un employeur causant un dommage à une caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions de l'AVS mais ne soit néanmoins pas tenu de la réparer, si des circonstances spéciales permettent de conclure que la non observation desdites prescriptions était permise ou ne représentait pas une faute (RCC 1985 p. 603 consid. 2 et réf. citées).

De jurisprudence constante, il y a négligence grave lorsque l'employeur ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement dans une situation identique et dans les même circonstances. La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité, d'une employeur de la même catégorie que l'intéressé (RCC 1988 p. 634 consid. 5a; ATF 112 V 159 consid. 4 = RCC 1987 p. 217; RCC 1985 p. 51 consid. 2a; ATF 108 V 202 consid. 3a = RCC 1983 p. 106; RCC 1983 p. 377 ss).

8. En l'espèce, le recourant admet avoir été au courant des difficultés financières de la société dès sa prise de fonction. Il savait également que les cotisations sociales n'était pas acquittées.

La jurisprudence admet que l'on puisse 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. Il faut cependant constater que, dans les faits, la jurisprudence n'admet que de manière très exceptionnelle qu'un employeur puisse décider de retarder le paiement des cotisations afin de maintenir son entreprise en vie lors d'une passe délicate dans la trésorerie (ATFA 154/00 du 22 août 2000 consid. 2c). De fait, ce n'est que si l'employeur dispose, au moment où il prend sa décision, de raisons sérieuses et objectives de penser que sa société pourra s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable, que son comportement n'est pas fautif (ATFA 277/01 du 29 août 2002 consid. 2 ; ATF 108 V 188 ; RCC 1992 p. 261 consid. 4b).

En l'espèce, le recourant affirme qu'il conservait l'espoir de pouvoir redresser la situation et sauvegarder les emplois de la société. Il a été établi qu'il a pris un certain nombre de mesures pour diminuer les coûts et pour rechercher des investisseurs. Il n'en demeure pas moins que selon ses propres dires, la situation était extrêmement difficile depuis de nombreuses années, à tel point que personne n'acceptait plus de siéger au conseil d'administration et qu'il a dû s'engager à supporter seul la responsabilité de la société pour finalement convaincre deux de ses managers d'être nommés administrateurs à ses côtés. Le Tribunal de céans a été convaincu par les différents témoignages du fait que la banque prélevait effectivement en priorité les montants nécessaires au remboursement de la dette et des intérêts malgré les efforts du recourant pour l'en dissuader. Il n'en demeure pas moins que, voyant que ses efforts pour obtenir un report de la dette et l'autorisation de vendre le restaurant de Berne, déficitaire, constatant, ainsi qu'il l'a fait, que les dettes envers la caisse de compensation ne faisaient qu'augmenter au fil des mois, le recourant aurait dû en tirer les conclusions qui s'imposaient et démissionner. Il est compréhensible que, soucieux de préserver des emplois, il ait tenté envers et contre tout de redresser la situation. Il n'en reste pas moins qu'en demeurant à son poste et en ne liquidant pas la société, il a contribué à augmenter le dommage subi par la caisse de compensation. Le Tribunal de céans ne nie pas les efforts déployés par le recourant pour sauver la société et les postes de travail y relatifs. Il constate cependant que le recourant connaissait l'ampleur des difficultés, savait que l'augmentation de capital de la société en 1995 avait été absorbée par l'amortissement des pertes, qu'il a reconnu lui-même que l'emprunt contracté

auprès du CREDIT SUISSE, de près de 4 mios, devait être amorti à hauteur de 40'000 fr. par mois, ce que la société n'était manifestement pas capable d'assumer. Les témoins et le recourant sont unanimes à jeter la pierre à la banque, à laquelle ils reprochent de n'avoir pas accepté de différer sa dette et de réduire son taux d'intérêt. Cependant, force est de constater au vu des éléments du dossier qu'il est fort probable que même si le recourant avait pu obtenir de la banque qu'elle sursoie -plus longtemps que les six mois qu'elle a consentis - à réclamer le remboursement de l'emprunt, la situation n'aurait pu être redressée. Le recourant a lui-même qualifié la situation, en 1995 déjà, de « catastrophique » et elle n'a fait qu'empirer au fil du temps et des difficultés conjoncturelles qui ont été énumérées. S'agissant plus particulièrement du restaurant de Berne que gérait la société, il n'est pas contesté que la situation était désespérée et que la seule issue était la remise du restaurant, largement déficitaire. Dès lors que le recourant n'a pu obtenir l'autorisation de vendre l'établissement, il n'avait plus de raisons sérieuses et objectives de penser que sa société pourrait s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable, au sens de la jurisprudence rappelée supra.

Eu égard aux considérations qui précèdent, le recourant ne saurait être exonéré de sa responsabilité d'organe envers la caisse de compensation.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Prend acte du fait que le montant du dommage est réduit à 143'258 fr. 05.

3. Rejette le recours.

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

La greffière	La présidente
Janine BOFFI	Karine STECK

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