

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/88/2008

ATAS/413/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 7 avril 2009

En la cause

Monsieur F _____, domicilié à Genève, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître MATHEY Denis

recourant

contre

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE DE LA FEDERATION DES
ENTREPRISES ROMANDES - SYNDICATS PATRONAUX
FER CIAM 106.1, sise rue de St-Jean 98, case postale 5278,
1211 GENEVE 11

intimée

et

Monsieur G _____, domicilié
au JAPON

appelé en
cause

**Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Evelynne BOUCHAARA et Christine
TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs**

EN FAIT

1. La société X_____ SA, ayant pour but toute prestation relative au domaine de l'informatique, a été inscrite au Registre du commerce à Genève le 21 août 1990. Elle était affiliée à la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES - SYNDICATS PATRONAUX - FER CIAM 106.1 (ci-après la caisse) depuis sa création. Monsieur F_____ en était l'administrateur et Monsieur G_____ le directeur, tous deux avec signature individuelle, dès le 21 août 1990. Monsieur H_____ en a été le sous-directeur, également titulaire de la signature individuelle, du 15 décembre 1999 au 11 septembre 2000, date à laquelle il a été licencié.
2. Dès 1997, X_____ s'est acquittée avec quelque retard de ses charges sociales. Par courrier du 24 octobre 2000, Monsieur G_____ a sollicité de la caisse un arrangement de paiement pour le solde des cotisations AVS dû, faisant état de difficultés de trésorerie. Il précise cependant que "suite à une restructuration dans le courant de l'été et à une gestion des débiteurs plus intensive, nous avons déjà constaté une amélioration progressive de notre situation". Une décision de sursis au paiement a été rendue par la caisse le 7 novembre 2000 pour l'amortissement des cotisations de juillet à septembre 2000, soit pour 45'873 fr. 60. Un autre arrangement a été accordé le 6 avril 2001, s'agissant des cotisations d'août à septembre 2000 et de janvier et février 2001, pour un montant de 55'186 fr. 70. Les paiements effectués par X_____ ont été attribués, sur demande expresse de Monsieur G_____, à la part pénale. Cet arrangement a été annulé le 21 novembre 2001 pour défaut de paiement.

Une reprise de salaire de 4'202 fr. 70 a été effectuée le 4 avril 2001 à la suite d'un contrôle d'employeur portant sur les années 1996 à 1999.

3. Par jugement du 2 octobre 2001, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de X_____.
4. La caisse a produit dans la faillite sa créance de 109'749 fr. 60 le 6 novembre 2001. La production a été réduite les 23 avril 2002 et 18 août 2002 à 85'641 fr. 20, suite à la liste corrigée des salaires versés en 2001 que Monsieur F_____ avait fait parvenir à la caisse le 14 février 2002. Une nouvelle production a été effectuée le 4 mars 2002 de 7'519 fr. 25 concernant une reprise de salaire pour l'année 2001.
5. L'état de collocation a été déposé le 30 juin 2004 ; il a été modifié les 8 juillet et 8 décembre 2004. La créance de la caisse a été admise en 2^{ème} classe, à hauteur de 85'191 fr. 80.
6. Le 1^{er} juillet 2005, la caisse s'est vue délivrer un acte de défaut de biens pour un montant de 85'641 fr. 20.

-
7. Par décision du 15 novembre 2005, la caisse a réclamé à Messieurs F_____ et G_____ le paiement de la somme de 82'960 fr. 35, à titre de réparation du dommage subi en raison du non-paiement des cotisations paritaires AVS-AI dues par X_____ pour les périodes d'août et septembre 2000, janvier, février, mai et août 2001, et pour des compléments suite à des contrôles AVS portant sur les années 96 à 99, 2000 à 2001, des cotisations allocations familiales d'août 2001 avec un complément 2001 et des cotisations assurance-maternité de juillet et août 2001 avec un complément 2000 et 2001.
 8. Monsieur F_____ a formé opposition le 17 novembre 2005. Il s'étonne de la décision rendue par la caisse, expliquant qu'avant d'avoir déposé le bilan, il s'était assuré que l'ensemble des charges sociales, du moins la part pénale, ait été réglée. S'agissant des cotisations dues à la suite de reprises, il souligne qu'à son avis les montants peu importants avaient été réglés.

Il a complété son opposition le 28 septembre 2005 et, représenté par Maître Denis MATHEY, le 6 juillet 2006.

Sur demande de la caisse, il a versé au dossier, le 17 octobre 2007, les comptes de X_____ des années 1998 à 2001, ainsi que les procès-verbaux des assemblées générales des années 2000 et 2001.

9. Par décision du 26 novembre 2007, la caisse constatant que bien que X_____ affichait des pertes dès 1997, ce n'est qu'en octobre 2000 que Monsieur G_____ avait demandé un arrangement de paiement afin d'éviter des poursuites, a rejeté l'opposition. Elle relève que Monsieur F_____ a certes essayé de trouver des repreneurs, mais que la situation financière de la société était telle que les conditions de reprises n'étaient pas satisfaisantes pour le personnel encore restant et que ce dernier avait du reste refusé la cession proposée. Elle considère que Monsieur F_____ aurait dû trouver des solutions plus rapidement pour un assainissement fort de la société et ne pas attendre 2001, sachant que le surendettement existait depuis 1997 déjà.
10. Monsieur F_____, par l'intermédiaire de son mandataire, a interjeté recours le 14 janvier 2008 contre ladite décision. Il rappelle que X_____, après avoir réalisé un chiffre d'affaires de 5'000'000 fr. en 1997, s'est heurtée à de premières difficultés lorsque Monsieur G_____ avait commencé à s'occuper de l'implantation du groupe Y_____ en Suisse, et qu'il délaissait, ce faisant, X_____. Le directeur engagé le 15 décembre 1999, Monsieur H_____, n'a fait que conduire X_____ au surendettement à raison de 500'000 fr. Dans le courant 2001, lui-même et Monsieur G_____ ont tenté de céder les actifs de X_____ à la société Z_____ SA, en vain. Ils ont alors pris des contacts avec cinq entreprises. La cession du goodwill a finalement été conclue avec XA_____ SA en juillet 2001 pour un prix payable dans le cadre d'une

procédure concordataire entre 400'000 fr. et 600'000 fr. en fonction des résultats futurs. Les collaborateurs de X_____ ont cependant refusé de participer à cette cession. L'ensemble des employés a été licencié à fin juillet 2001. Par courrier du 9 août 2001, ils ont requis le prononcé de la faillite de X_____.

Le recourant considère ainsi avoir tout mis en œuvre pour sauver la société. Il souligne qu'il a versé à la caisse, au total, la somme de 54'530 fr. 10, afin de s'acquitter de la part pénale des cotisations paritaires (AVS-AF et PP). Il conclut dès lors qu'aucune faute intentionnelle ou négligence grave ne peut être retenue contre lui.

11. Dans sa réponse du 25 février 2008, la caisse a relevé que même si le recourant n'était pas resté sans rien faire, notamment dès la deuxième partie de 2000 et courant 2001, les difficultés financières de la société avaient duré trop longtemps et les organes de la société auraient dû prendre des mesures plus importantes afin d'éviter une accumulation des dettes en général et notamment en ce qui concerne les cotisations. Elle conclut dès lors au rejet du recours.
12. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties le 15 avril 2008.

Lors de l'audience, le recourant a déclaré que c'est Monsieur G_____, animateur de la société, qui en assumait la gestion plus particulièrement. C'est lui qui engageait le personnel, c'est lui qui donnait les instructions nécessaires à la personne chargée de la comptabilité s'agissant notamment du paiement des charges sociales. Il a également indiqué que :

"J'intervenais quant à moi en ma qualité d'administrateur à raison d'environ 30 heures par année, j'examinais les comptes, je participais aux décisions importantes. Je rappelle par ailleurs que je suis expert-comptable. Je suis administrateur de la société chargée de la révision, étant précisé que les règles d'indépendance de la Chambre fiduciaire relatives à la répartition des mandats ont été respectées. Je rappelle que Monsieur G_____ était l'actionnaire unique de la société. Dès 1999, Monsieur G_____ s'est intéressé à la direction d'une autre société, Y_____ SA, faisant partie du groupe XB_____, et étant gros client de X_____. Il a vendu 20% de ses parts à Monsieur H_____, qui est devenu le nouveau directeur et qui a ainsi repris la gestion de la société aux côtés de Monsieur G_____. Mes tâches n'ont pas été modifiées.

Il est vrai que la société a subi des pertes importantes en 1997 et 1998. Je relève toutefois qu'en 1999, un bénéfice a pu être dégagé. C'est là la preuve que la société disposait d'un potentiel intéressant de redressement. Des démarches avaient par ailleurs été initiées pour vendre la société à la société X_____ et un chiffre de 4 millions avait été articulé. Ça ne s'est pas fait, aucun accord

n'ayant pu être trouvé sur le prix. Ces démarches n'étaient pas liées aux pertes subies, mais témoignaient de la valeur de la société (X_____ était prête à verser 2,5 millions à mon souvenir).

Il n'était pas question en 1998 de déposer le bilan, la société bénéficiant d'un potentiel de redressement. Monsieur G_____ a pu grâce à la mise en garantie de divers titres obtenir un crédit complémentaire bancaire à fin 2000, afin de poursuivre l'exploitation de la société et de réaliser le goodwill".

Le recourant a par ailleurs rappelé qu'il avait attiré l'attention de l'Office des faillites sur le fait que la société disposait d'une créance de 150'000 fr. pour des débiteurs à encaisser.

A l'issue de l'audience, un délai a été accordé au recourant à fin mai 2008 pour produire une liste de témoins et des écritures complémentaires portant plus particulièrement sur les démarches entreprises auprès de la société.

13. Par ordonnance du 21 avril 2008, le Tribunal de céans a ordonné l'appel en cause de Monsieur G_____, domicilié au Japon. Un délai au 30 mai 2008 lui a été imparti pour se déterminer.
14. Par courrier du 28 avril 2008, Monsieur G_____ a déclaré qu'il n'avait plus aucune connaissance du dossier depuis le dépôt de bilan et la fermeture de X_____. Il a expliqué que jusqu'à la fin, il avait rigoureusement suivi les consignes de Monsieur F_____ de rester à jour avec les charges sociales.
15. Le 26 mai 2008, le recourant a transmis au Tribunal de céans la liste des témoins dont il souhaitait l'audition. Il a par ailleurs sollicité de l'Office des faillites la photocopie du procès-verbal des divers interrogatoires, de l'inventaire, de l'état de collocation, du tableau de distribution et des actes de défaut de biens délivrés dans le cadre de la faillite de X_____.
16. Le 21 juillet 2008, le recourant a communiqué au Tribunal de céans_ les documents que lui avait remis l'Office des faillites, soit :
 - le procès-verbal d'interrogatoire du 16 octobre 2001,
 - l'inventaire de la faillite,
 - l'état de collocation,
 - le tableau de distribution des deniers du 21 juin 2005,
 - la liste des répartitions et des actes de défaut de biens.

Le recourant s'étonne de ce que l'Office des faillites n'ait pas inventorié de débiteurs dans la faillite, alors que notamment des débiteurs figurent à l'actif du bilan. Il attire par ailleurs l'attention du Tribunal de céans sur la production de sa fiduciaire à hauteur de 30'159 fr. 95, admise en 3^{ème} classe, concernant des honoraires.

17. Monsieur H_____ a été entendu par le Tribunal de céans le 2 septembre 2008. Il a déclaré que :

"Je travaille pour la Société Z_____ SA, active dans le domaine des services informatiques dans le domaine international, depuis une dizaine d'années. J'occupe le poste de directeur général. Je dirige l'unité suisse.

La société recherchait des acquisitions. J'ai été en contact dans ce but avec la société X_____ dirigée par Monsieur G_____ qui en était sauf erreur de ma part directeur général, il y a environ sept ou huit X_____. J'ai eu plusieurs entretiens avec Monsieur G_____. Je n'ai pas rencontré à ce moment-là Monsieur F_____. Je connaissais celui-ci cependant, c'est lui qui m'avait indiqué la possibilité de conclure un contrat avec X_____. L'idée était soit de racheter la société soit de reprendre ses actifs. Les pièces comptables de la société X_____ m'avaient été soumises. Je ne me souviens cependant pas des chiffres. Ce que je veux dire c'est que X_____ présentait un intérêt pour la société Z_____ SA. Je ne me souviens pas non plus du prix qui avait été envisagé. Il y a sûrement eu des discussions à cet égard avec Monsieur G_____. Le contrat n'a finalement pas été conclu parce que le domaine d'activité de X_____ ne correspondait pas à nos attentes. La structure de X_____ était trop axée pour ce qui nous concerne sur la distribution de logiciels tiers et le hardware, alors que notre activité était plutôt dirigée "services". Je peux affirmer que c'est la société Z_____ SA qui n'a pas souhaité poursuivre les négociations, ce pour cette raison, et non pas en raison de la situation financière de X_____".

Le recourant a renoncé à l'audition de Messieurs Jean-François GROSS et MUNARI, les deux autres témoins figurant sur la liste déposée le 26 mai 2008.

18. Par ordonnance du 24 septembre 2008, le Tribunal de céans a établi une liste de questions à l'attention de Monsieur G_____.

Par courrier du 15 octobre 2008, Monsieur G_____ y a répondu comme suit :

Vous constaterez à la lecture des documents ci-joints, ainsi que de ceux déjà en votre possession, que selon Monsieur F_____, vous étiez l'animateur de la société et que vous en assumiez la gestion.

1) *Qu'en était-il précisément ?*

Qui en particulier assumait le paiement des salaires et des charges sociales ?

Qui donnait les instructions ?

C'est vrai. Les salaires et les charges sociales étaient payés par Mme I_____ selon mes instructions et suivant les recommandations de Monsieur F_____.

-
- 2) *Monsieur F _____ a décrit lors de son audition le 15 avril 2008 les tâches qui lui incombait et dont il se chargeait (cf. PV du 15 avril 2008 page 1 § 3).*

Cette description correspond-elle à la réalité ?

Oui

- 3) *Est-il vrai que vous vous êtes intéressé à la direction de la société Y _____ ? En quelle année et pour quelle raison ?*

Quelles en ont été les conséquences pour la société X _____ ? Pour vous-même par rapport à la société X _____ ? Pour Monsieur J _____ ?

L'activité Y _____ a démarré en 1996. Cette activité offrait une forte synergie avec X _____ dans la convergence de l'informatique et des télécommunications. Par ailleurs Y _____ sous-louait des bureaux à X _____ et utilisait les services X _____. Bien qu'il est possible que certains employés X _____ aient regretté mon implication dans Y _____, c'est devenu un client important pour X _____ et il a longtemps été question que Y _____ rachète ou prenne une participation dans X _____. Pas de conséquence pour Monsieur F _____.

- 4) *Comment expliquez-vous que la société X _____ ait connu un tel surendettement dès 1998 ?*

Difficile de répondre, sept ans après ces événements quelque peu traumatisants, la chronologie est très floue.

- 5) *Monsieur H _____ a-t-il joué un rôle dans la déconfiture de la société ? Si oui, de quelle façon ?*

Bien que n'ayant pas rempli le rôle espéré, on ne peut pas dire qu'il ait "joué un rôle dans la déconfiture".

- 6) *Pour quelle raison le dépôt du bilan n'a-t-il pas été envisagé plus tôt ?*

Les perspectives étaient positives. Des contrats de consulting avec des clients importants démarraient et Y _____ grandissait rapidement et devenait un très gros client. De plus, une participation dans X _____ était envisagée.

- 7) *Pourriez-vous expliquer quelles ont été les démarches entreprises par vous-même et/ou Monsieur F _____ pour vendre la société X _____ ? A quelle(s) date(s) ? Auprès de quelle(s) société(s) ? Pour quelle(s) raison(s) ces démarches n'ont-elles pas abouti ?*

Avez-vous tenté, vous ou Monsieur F _____, de procéder à des mesures d'assainissement de la société. Si oui lesquelles ? Par lequel d'entre vous ? Dès quelle date ?

Qui a pris la décision de licencier le personnel ? Quand cette décision a-t-elle été prise ? Pour quel motif ?

J'ai eu un intérêt de plusieurs sociétés à différentes dates jusqu'au dépôt de bilan mais je ne peux pas aujourd'hui donner des détails précis. Outre x_____, et Z_____ il y a eu Y_____, un investisseur qui a par la suite repris la société XC_____ (société anglaise active en Suisse). Les démarches initiales n'ont pour la plupart pas abouti pour des raisons de prix ou de manque de synergie. Par la suite (vers 2000 - 2001), les craintes par rapport à la conjoncture étaient le facteur principal.

J'ai pris diverses mesures d'assainissement, telles que le licenciement de personnel, y compris Monsieur H_____, la sous-location de bureaux et de salles de formation, etc. Difficile aujourd'hui de donner plus de détails.

- 8) *Partagez-vous l'avis de Monsieur F_____ s'agissant du potentiel de redressement dont aurait disposé la société depuis 1998 ? Si oui, pourquoi ?*

Oui. Comme je l'ai indiqué plus haut, Y_____ devenait un gros client avec en plus un potentiel très important et la possibilité d'une prise de participation. Par ailleurs de nombreux contrats de consulting importants avec des clients de premier ordre étaient signés.

- 9) *Monsieur F_____ allègue que la société disposait d'un crédit de 150'000 fr. Que pouvez-vous nous en dire ?*

C'est exact. Ce crédit a été octroyé grâce au nantissement de titres détenus à titre privé.

- 10) *La faillite de la société X_____ a été prononcée à Genève le 2 octobre 2001. Vous souvenez-vous avoir été interrogé par l'office des faillites ?*

Oui, j'ai été interrogé.

- 11) *En cas de réponse affirmative, vous souvenez-vous avoir mentionné l'existence de débiteurs à encaisser ? Pouvez-vous à cet égard confirmer la teneur de la pièce 3 du chargé de Mr. F_____ du 14 janvier 2008 ?*

J'ai bien entendu signalé l'existence de débiteurs et j'ai fourni les documents relatifs. Je confirme la teneur de la pièce 3. Je n'ai pas l'impression que l'OPF ait entrepris grand-chose pour valoriser les actifs.

- 12) *En cas de réponse affirmative, pouvez-vous indiquer le montant approximatif des débiteurs restant à encaisser au moment de la faillite ?*

Le montant était bien de l'ordre de 150'000 fr.

- 13) *Selon vous, à quels créanciers l'encaissement de ces débiteurs devait-il servir en priorité ?*

Je ne sais pas.

- 14) *Savez-vous si tel a été le cas et, si non, pourquoi ?*

Je n'ai eu aucun feedback de l'OPF à ce sujet.

19. Le 19 novembre 2008, la caisse a persisté dans ses conclusions.
20. Le 24 novembre 2008, le recourant a fait de même.
21. Sur ce la cause a été gardée à juger.

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), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales, s'applique.
3. Déposé dans les forme et délai prévus par la loi, le présent recours est recevable (art. 60 LPGA).
4. a) L'ancien art. 82 al. 1 RAVS, qui régissait les effets du temps sur une créance en réparation du dommage, a été abrogé à la suite de l'entrée en vigueur de la LPGA. La question est désormais réglée par l'art. 52 al. 3 LAVS. Selon cette disposition, 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. L'employeur peut renoncer à invoquer la prescription. Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (FF 1994 V p. 964 sv., 1999 p. 4422, cité in arrêt du Tribunal fédéral du 30 novembre 2004 en la cause H 96/03).

Le Tribunal fédéral 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 (cf. ATF 116 V 75, consid. 3b ; 113 V 181, consid. 2 ; 112 V 8, consid. 4d ; 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. FRITSCHÉ : Schuldbetreibung und Konkurs II, deuxième édition page 112), d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

Selon la jurisprudence, le dommage est réputé survenu lorsque les cotisations dues ne peuvent plus être perçues, pour des motifs juridiques ou de fait (cf. RCC 1983, p. 477 ; RCC 1988, p. 137). Lorsque les cotisations demeurent impayées en raison de l'insolvabilité de l'employeur (personne morale), le dommage est réputé survenu au moment où les créances de cotisations sont irrécouvrables, c'est-à-dire au moment où, eu égard à l'insolvabilité de l'employeur, les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire. (cf. MAURER : Schweizerisches Sozialversicherungschreit, volume II, p. 69).

Ainsi, eu égard au principe de la subsidiarité de la responsabilité des organes de la personne morale, une caisse de compensation ne peut invoquer la réparation d'un dommage à l'encontre de ceux-ci que lorsque le débiteur des cotisations arriérées se trouve dans l'impossibilité, en raison de son insolvabilité, de verser les cotisations à sa charge. Dans le cas d'une faillite, le dommage est réputé suffisamment connu lors du dépôt de l'état de collocation (cf. VSI 1993 p. 110 ; ATF 119 V 92).

b) En l'espèce, l'état de collocation a été déposé le 30 juin 2004 et modifié les 8 juillet et 8 décembre 2004. C'est donc à cette première date que la caisse a eu connaissance du fait qu'elle allait subir un dommage, puisque l'Office des faillites a indiqué qu'aucun dividende n'était prévisible, pour les créanciers de 2^{ème} et 3^{ème} classes. La décision en réparation du dommage, notifiée le 11 novembre 2005, est par conséquent intervenue dans le délai péremptoire de deux ans prescrit par l'art. 52 al. 3 LAVS.

Par ailleurs, les oppositions comme les recours ont été déposés dans les forme et délais légaux. Les recours sont dès lors recevables (art. 52 LAVS et 60 al. 1 LPGA).

5. a) Aux termes de l'art. 52 al. 1^{er} LAVS, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation. Il sied de rappeler que l'art. 52 LAVS est une disposition spéciale (RCC 1989, p. 117).

La nouvelle teneur de l'art. 52 al. 1^{er} LAVS en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2003 reprend l'ancien art. 52 LAVS quasiment sans modification. Les termes « caisse de compensation » sont remplacés par « assurances », sans que cela n'entraîne un changement quand aux conditions de la responsabilité de l'employeur (ATF 129 V 13 s. consid. 3.5). Le TF a ainsi déjà affirmé que l'on ne pouvait inférer ni du message du Conseil fédéral concernant la 11^{ème} révision de l'AVS ni des travaux préparatoires de la LPGA des raisons de s'écarter de la jurisprudence constante relative à l'art. 52 LAVS.

b) En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse, pour la somme de 82'960 fr. 35 correspondant aux cotisations dues par la société X_____ pour les périodes d'août et septembre 2000, janvier,

février, mai et août 2001, et pour des compléments suite à des contrôles AVS portant sur les années 96 à 99, 2000 à 2001, aux cotisations allocations familiales d'août 2001 avec un complément 2001 et aux cotisations assurance-maternité de juillet et août 2001 avec un complément 2000 et 2001.

6. a) L'art. 14 al. 1^{er} LAVS en corrélation avec les art. 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 a déclaré, à réitérées reprises, que la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS est liée au statut de droit public (ATF 112 V 155, consid. 5; RCC 1987, p. 220). L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'art. 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, p. 646, consid. 3a).

b) 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 (No 6003 des directives de l'Office fédéral des assurances sociales sur la perception des cotisations, ci-après : DP; ATF 114 V 79, consid. 3; 113 V 256, consid. 3c; RCC 1988, p. 136, consid. 3c; ATF 111 V 173, RCC 1985, p. 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 (no 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le Tribunal fédéral s'est toujours référé à l'art. 754 al. 1er CO, en corrélation avec l'art. 759 al 1er 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'elles leur causent 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'art. 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 non publié du Tribunal fédéral du 21 avril

1988 en la cause A. ; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., p. 209 et ss).

c) Dans le cas d'espèce, le recourant, administrateur de X_____ depuis sa création, avec signature individuelle et inscrit au Registre du commerce, est à l'évidence un organe au sens des règles susmentionnées.

7. Reste à examiner s'il peut être tenu responsable du dommage subi par la caisse.

Le Tribunal fédéral 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'assurance-vieillesse et survivants (RCC 1978, p. 259; RCC 1972, p. 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 (arrêt du TF du 28 juin 1982, in : RCC 1983 p. 101). De jurisprudence constante, notre Haute Cour a reconnu qu'il y a négligence grave lorsque l'employeur ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement, dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (cf. RCC 1972, p. 690). La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard doit donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité et de gestion, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé. Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, on peut, par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions (cf. RCC 1972, p. 690 ; RCC 1978, p. 261). Une différenciation semblable s'impose également, lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985, p. 51, consid. 2a et p. 648, consid. 3b).

On rappellera que celui qui entre dans le conseil d'administration d'une société a le devoir de veiller tant au versement des cotisations courantes qu'à l'acquittement des cotisations arriérées, pour une période pendant laquelle il n'était pas encore administrateur. En règle générale, un administrateur répond solidairement de tout le dommage subi par la caisse de compensation en cas de faillite de la société (RCC 1992 p. 262, 268 s. consid. 7b), à l'exception du cas dans lequel la société était déjà surendettée au moment où l'administrateur est entré en fonction. Par ailleurs, si les membres du conseil d'administration qui ne sont pas chargés de la gestion ne sont certes pas tenus de surveiller chaque affaire des personnes chargées de la gestion et de la représentation mais peuvent se limiter au contrôle de la direction et de la marche des affaires, ils doivent cependant, entre autres obligations, se mettre régulièrement au courant de la marche des affaires, exiger des rapports et les étudier minutieusement et, au besoin, demander des renseignements

complémentaires et essayer de tirer au clair d'éventuelles erreurs (ATF 114 V 223 consid. 4a ; arrêt du TF en la cause H 265/02 du 3 juillet 2003). Constitue une faute grave le fait d'accepter et de conserver un mandat d'administrateur sans exercer les pouvoirs et les devoirs qui sont attachés à cette charge, ou sans pouvoir la remplir consciencieusement, car dans un tel cas il doit démissionner (cf. ATF 122 III 200). S'accommoder, par passivité, du non-paiement des cotisations est constitutif d'une négligence grave (RCC 1989 p. 114). Enfin, lorsque les administrateurs sauvegardent leurs intérêts alors qu'aucune perspective d'assainissement n'est envisageable ni envisagée, leur responsabilité doit s'apprécier avec une extrême rigueur (cf. ATF 113 II 57). On peut, en effet, attendre des administrateurs propriétaires de l'entreprise qu'ils revoient à tout le moins à la baisse leur rémunération à partir du moment où la mise en liquidation de la société est envisagée et que des dettes importantes de cotisations existent (cf. arrêt du TF du 6 février 2006, en la cause H 174/05).

Dans certaines circonstances, un employeur peut causer intentionnellement un préjudice sans être dans l'obligation de le réparer, lorsqu'il retarde le paiement des cotisations pour maintenir son entreprise en vie, lors d'une passe de trésorerie difficile. Mais il faut alors qu'il ait eu des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter de sa dette dans un délai raisonnable (cf. RCC p. 261 et la jurisprudence citée ; ATF 108 V 188).

8. a) En l'espèce, le recourant allègue avoir réagi rapidement, soit aussitôt qu'il avait pris conscience de la gravité de la situation, et considéré que la seule solution résidait dans la cession de X_____ à une entreprise qui soit de notoriété suffisante pour que le personnel accepte la restructuration. Aussi avait-il entrepris des démarches auprès de la société Z_____ SA dans le courant de l'année 2001, ce qu'a confirmé Monsieur H_____, directeur général de Z_____ SA, lors de son audition le 2 septembre 2008, étant précisé que c'est avec Monsieur G_____ que les discussions avaient eu lieu et non avec le recourant. Les négociations avec la société Z_____ SA n'avaient cependant finalement pas abouti sans qu'il puisse en être tenu pour responsable, selon lui. Monsieur H_____ est en effet venu témoigner à cet égard que si aucun contrat n'avait été conclu, ce n'était pas parce que la situation financière de X_____ était mauvaise, mais parce que son domaine d'activité (distribution de logiciels tiers et hardware) ne correspondait pas aux besoins et attentes de Z_____ SA.

Le Tribunal de céans constate que les seules démarches entreprises par le recourant, soit par Monsieur G_____ en réalité, ont porté sur la recherche d'une société susceptible d'acquérir les actifs de X_____, et ce dès mars 2001 seulement. Le licenciement du personnel n'est intervenu qu'en juillet 2001, juste avant le dépôt de bilan. Le recourant n'a effectué aucune autre tentative afin de redresser la situation de X_____. Il ne fait en particulier état d'aucune mesure d'économie qu'il aurait prise ou encouragé à prendre.

Le recourant déclare que Monsieur H_____ a été engagé parce que Monsieur G_____ était trop occupé par Y_____ SA. Or, il ne l'a été qu'en décembre 1999, soit trois ans après que Monsieur G_____ ait commencé à s'intéresser à cette société.

b) Il est vrai que le recourant ne s'occupait pas directement ni de l'engagement du personnel, ni du paiement du salaire et des charges sociales. Il lui appartenait cependant de veiller, en sa qualité d'administrateur, à ce que ces charges soient versées régulièrement à la caisse.

Il reproche à Monsieur H_____ d'avoir conduit X_____ à un surendettement pour un montant de 500'000 fr. en un semestre. Il oublie ce faisant que le fait que celui-ci soit inscrit au Registre du commerce en qualité de sous-directeur de décembre 1999 à septembre 2000 ne le déchargeait quoi qu'il en soit pas de sa propre responsabilité d'administrateur. Il a du reste atténué ses propos contre Monsieur H_____ lors de sa comparution personnelle du 15 avril 2008 et par ailleurs confirmé que ses tâches n'avaient pas été modifiées lors de l'arrivée de celui-ci. Or, ses tâches comprenaient précisément l'examen des comptes et la participation aux décisions importantes, étant à cet égard rappelé qu'il était expert-comptable et au surplus l'administrateur de la société chargée de la révision. Aussi, en assumant les charges qui lui étaient dévolues, ne pouvait-il ignorer que les cotisations dues à la caisse n'étaient qu'irrégulièrement, voire pas payées, et partageait-il, pour le moins, la responsabilité de la conduite de X_____.

c) Il souligne qu'en 1997, X_____ avait réalisé un chiffre d'affaires de 5'000'000 fr. et qu'en 1999, un bénéfice de 126'968 fr. avait pu être dégagé. Il allègue qu'à l'époque où les négociations de reprise avec Z_____ SA ont commencé, l'insuffisance de la trésorerie de X_____ rendait certes le redressement difficile, mais pas impossible.

Le Tribunal de céans relève toutefois que le bénéfice 1999 ne saurait être déterminant pour considérer que X_____ disposait encore d'un potentiel intéressant, puisque figurait encore cette année-là une perte reportée de 203'441 fr. et que X_____ subissait à nouveau une perte importante en 2000 de 485'002 fr.

Il importe également de constater que X_____ était vraisemblablement surendettée depuis 1997 déjà avec une perte de 98'990 fr. Il y a à cet égard lieu de rappeler que dans son rapport du 20 janvier 2000, portant sur l'exercice 1998, l'organe de révision relevait que malgré l'existence d'un surendettement, le Conseil d'administration n'avait pas jugé opportun d'obtenir les dispositions de l'art. 725 CO, en raison de l'amélioration notable obtenue en 1999, que dans son rapport du 26 janvier 2001, portant sur l'exercice 1999, il rappelait la décision antérieure du Conseil d'administration, insistait sur le fait que l'exercice 2000 avait été difficile et

suggérait d'établir les comptes 2000 ainsi que des projections financières dans les délais les plus brefs, que dans son rapport du 30 juillet 2001, portant sur l'exercice 2000, il indiquait une perte reportée au 31 décembre 2000 de 688'444 fr. et attirait l'attention du Conseil d'administration sur son obligation d'informer le juge selon l'art. 725 CO, sauf si des mesures d'assainissement fortes (par exemple : fusion, cession de l'entreprise, apports d'un financier) et immédiates étaient réalisées.

Le recourant a ainsi manifestement tardé à déposer le bilan puisqu'il ne l'a fait que le 9 août 2001. On ne voit en effet pas comment, au vu de ce qui précède, il avait raisonnablement pu penser qu'en se contentant de verser la part pénale des cotisations et en retardant le paiement de la part employeur, il pourrait s'acquitter finalement de cette dette dans un délai raisonnable. Au vu des montants dus par X_____, à hauteur de 92'292 fr. 45 (créances de 1^{ère} classe), de 85'641 fr. 20 (créances de 2^{ème} classe) et de 596'360 fr. 70 (créances de 3^{ème} classe) lors de la faillite, aucune personne capable de discernement n'aurait sérieusement envisagé un redressement de la situation de X_____.

Qui plus est, lorsque Monsieur G_____ a sollicité de la caisse un arrangement de paiement, en octobre 2000, la dette de cotisations s'élevait déjà à plus de 60'000 fr. Seul un crédit bancaire obtenu grâce au nantissement de titres détenus à titre privé avait permis à X_____ de poursuivre son activité cette année-là.

Or, lui et le recourant ont encore attendu une année avant de songer à demander l'application de l'art. 725 CO. Force est de constater qu'ils ont ainsi, solidairement, aggravé le dommage causé la caisse. Force est de constater que le recourant a, de ce fait, engagé sa responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS.

d) Le recourant fait valoir que l'Office des faillites avait omis d'inventorier des débiteurs dans la faillite pour un montant d'environ 150'000 fr. Le Tribunal fédéral a toutefois eu l'occasion de juger à cet égard que d'éventuels manquements de cet Office survenus ultérieurement ne sauraient constituer un facteur interruptif du lien de causalité adéquate entre le dommage subi par la caisse et les actes dommageables dont les anciens administrateurs se seraient rendus responsables à son encontre. Il a en effet considéré que le dommage dont il est question à l'art. 52 LAVS ne devait pas être confondu avec celui des anciens administrateurs résultant des manquements de l'office des faillites (ATF du 10 janvier 2007, H 95/05).

9. Aussi le recours est-il rejeté.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
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

Marie-Louise QUELOZ

Doris WANGELER

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