

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1506/2006

ATAS/1316/2012

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 31 octobre 2012

4^{ème} Chambre

En la cause

Monsieur A _____, domicilié à Genève, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître Marc LIRONI

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,
sise rue des Gares 12, 1202 Genève

intimée

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Rosa GAMBA et Olivier LEVY, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. La société X_____ Sàrl (ci-après la société), a été inscrite au Registre du commerce de Genève en date du 1^{er} avril 1996. Elle avait pour but les travaux dans le domaine du bâtiment, notamment tous travaux du second œuvre, ainsi que l'importation et l'exportation de tous produits y relatifs. Etaient inscrits au Registre du commerce Messieurs A_____, associé-gérant pour une part de 19'000 fr. du 1^{er} avril 1996 au 30 juin 2000, date à laquelle il a été inscrit comme associé-gérant pour une part de 20'000 fr., au bénéfice d'une signature individuelle, et B_____, associé pour une part de 1'000 fr., du 1^{er} avril 1996 au 30 juin 2000, sans droit de signature.
2. La société était affiliée auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la caisse ou l'intimée) pour son personnel salarié du 1^{er} avril 1996 au 31 décembre 2001. En 2000 et 2001, la société n'a plus soldé ses cotisations. De janvier à octobre 2002, la situation de la société s'étant améliorée, cette dernière a régulièrement payé ses cotisations sociales, sans qu'il lui soit possible de combler les arriérés des charges sociales relatives aux années 2000 et 2001.
3. Par courrier du 29 juillet 2003, la caisse a informé la société que le solde qui restait dû au titre des cotisations arriérées au 31 décembre 2001 s'élevait à 95'760 fr. 20, frais de poursuite et intérêts moratoires non compris. La caisse a invité la société à lui faire une proposition de plan de paiement d'ici au 29 août 2003.
4. Par courrier du 31 juillet 2003, la caisse a réclamé à la société le paiement de 49'359 fr. 90, représentant la part des cotisations sociales prélevée sur les salaires versés à ses employés pour les années 2000 et 2001, à payer d'ici au 22 août 2003, à défaut de quoi elle dénoncera le cas au Procureur général.
5. Par jugement du 22 septembre 2003, le Tribunal de première instance de la République et Canton de Genève a prononcé la faillite de la société.
6. Le 24 mai 2004, la caisse a produit auprès de l'Office des faillites une créance totale de 108'161 fr. 95 dont 95'219 fr. 85 en créance privilégiée de deuxième classe.
7. Par courrier recommandé du 18 août 2004, l'Office des faillites a avisé la caisse du dépôt de l'état de collocation, publié le même jour, et l'a informée que sa créance était admise en deuxième classe pour le montant de 95'219 fr. 85. Aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers chirographaires.
8. Par courrier recommandé adressé en date du 20 septembre 2004 à la caisse, l'Office des faillites, dans le cadre de la consultation des créanciers et d'offre de cession des droits de la masse selon l'article 260 LP, l'a informée d'une proposition d'abandonner une prétention en paiement contre Y_____ SA, siège à Meyrin,

inscrite à l'inventaire sous numéro 159, pour la somme de 600'000 fr. Cette somme correspondait au dommage consécutif à des travaux non payés mais exécutés par la faillie, d'une part (250'430 fr.), et à des travaux refusés suite à une résiliation abrupte et sans préavis du mandat ainsi qu'aux bénéfices non réalisés par la faillie, d'autre part (environ 350'000 fr.). L'administration de la faillite estimait qu'il sera difficile de procéder au recouvrement du montant précité sans déployer des montants disproportionnés. Par conséquent, elle a proposé au créancier de renoncer à ses démarches visant à l'encaissement de cette prétention en paiement. A défaut de réponse d'ici au 15 octobre 2004, les créanciers qui ne répondront pas ou ne déclareront pas par écrit s'abstenir seront considérés comme approuvant la proposition de l'administration de la faillite.

9. Par courrier recommandé du 20 octobre 2004, l'Office des faillites a à nouveau consulté les créanciers et offert la cession des droits de la masse, s'agissant des prétentions en responsabilité contre les organes de la faillie inscrite à l'inventaire sous numéro 158. Il s'agissait d'une prétention en responsabilité pour la somme de 999'724 fr. 19 émise à l'encontre de Monsieur A_____, ce dernier ayant contesté sa responsabilité.
10. Le 10 novembre 2004, la caisse a produit sa créance définitive en deuxième classe, pour un montant de 84'617 fr.
11. Le 21 février 2005, l'Office des faillites a délivré à la caisse un acte de défaut de biens après faillite pour un montant de 84'617 fr., correspondant à la créance privilégiée de deuxième classe.
12. Par décision du 2 novembre 2005, la caisse a réclamé à Monsieur A_____ (ci-après l'intéressé ou le recourant) le paiement du montant de 94'971 fr. 55, à titre de réparation du dommage subi dans la faillite de la société X_____ Sàrl, correspondant aux cotisations paritaires impayées pour les années 2000 et 2001, frais de sommation, intérêts de poursuites et intérêts moratoires inclus.
13. Par décision séparée datée du même jour, la caisse a réclamé à l'intéressé le paiement de la somme de 11'763 fr. 60 représentant les contributions aux allocations familiales pour les années 2000 et 2001, frais de sommations et intérêts moratoires compris.
14. Par l'intermédiaire de son mandataire, l'intéressé a formé opposition en date du 24 novembre 2005 contre la décision relative aux contributions aux allocations familiales et le 28 novembre 2005 contre celle relatives aux cotisations paritaires, contestant toute faute intentionnelle ou négligence grave. Par ailleurs, il a invoqué la péremption de l'action dès lors que le droit en réparation est prescrit deux ans après que la caisse a eu connaissance du dommage et dans tous les cas cinq ans après la survenance du dommage. Or, en l'espèce, dès lors que la société a été

déclarée en faillite par jugement du Tribunal de première instance du 22 septembre 2003, le délai de deux ans arrivait à échéance le 22 septembre 2005.

15. Par décisions séparées du 22 mars 2006, la caisse a rejeté les oppositions de l'intéressé, motifs pris que l'état de collocation a été déposé le 18 août 2004 de sorte que la décision du 2 novembre 2005 a été faite en temps utile. Quant au fond, l'intéressé n'apportait aucune preuve de l'absence de faute ou de négligence grave à l'appui de ses allégations. Par ailleurs, au cours de l'année 2000, seuls trois versements ont été enregistrés, en mai, août et décembre, qui ne couvraient que la moitié des cotisations dues pour cette année et aucun versement n'a été enregistré pour l'année 2001. En tant qu'associé-gérant il incombait à l'intéressé de procéder au versement des cotisations dans les délais légaux, à savoir à chaque échéance trimestrielle. En omettant de respecter cette prescription, l'intéressé répond du dommage.
16. Par actes séparés du 27 avril 2006, l'intéressé a interjeté recours auprès du Tribunal cantonal des assurances sociales (TCAS), alors compétent (depuis le 1^{er} janvier 2011 : la Cour de justice, Chambre des assurances sociales). Le recours dirigé contre la décision en matière de contributions aux allocations familiales a été enregistré par le greffe de la Cour de céans sous le numéro de cause A/1508/2006 AF.

Préalablement, le recourant invoque la péremption de la créance en réparation, dès lors que la caisse savait pertinemment que la société était dans l'incapacité de payer les cotisations qui datent de 2000 et 2001. Par conséquent, dès le prononcé de la faillite, elle était en mesure de savoir que sa créance ne serait pas couverte. Elle avait connaissance du dommage dès la date de la faillite et non dès le dépôt de l'acte de collocation. Par ailleurs, la caisse aurait dû agir au plus tard le 18 août 2005, dès lors que les créances litigieuses réclamées concernent les années 2000 et 2001 ; le recourant soutient que c'est l'ancien délai qui est applicable à la péremption du droit à la réparation du dommage, à savoir le délai d'un an. Sur le fond, le recourant conteste sa responsabilité, relevant qu'il a tenté de gérer au mieux la société dès sa création. S'il ne s'est pas acquitté des cotisations dues à la caisse, ce n'est pas dans le but de se les approprier mais de sauver la société. Il ne pouvait en effet se résoudre à renvoyer les employés et à cesser l'activité de la société ; il a tenté l'impossible pour sauver la société et ses employés. Par ailleurs il n'a eu de cesse de réclamer le dû de la société auprès de Y _____ SA, qui ne s'est pas acquittée d'une facture de 250'436 fr. 96 pour des travaux effectués. De surcroît, au courant de l'année 2001, la société a été victime d'un abus de confiance de la part d'un employé qui a détourné la somme d'environ 120'000 fr. Plainte pénale a été déposée, mais l'employé en cause a quitté la Suisse et est demeuré introuvable. Malgré ses efforts et ses nombreuses interventions auprès de la société Y _____ SA, le recourant n'a pas été en mesure d'éviter la faillite de la société.

Partant aucune faute ne peut lui être reprochée. Il a conclu à l'annulation de la décision, sous suite de dépens.

17. Dans sa réponse du 24 mai 2006, la caisse conclut au rejet du recours. Elle considère que le contrat avec la société Y_____ SA, intervenu fin 2002, ne constitue pas le motif du non versement des cotisations 2000 et 2001. S'agissant de l'année 2000, aucun argument n'est apporté pour justifier le non paiement des cotisations, la situation a continué en 2001 alors que manifestement elle a pu payer d'autres dettes nécessaires à son exploitation. Quand bien même un employé aurait détourné en 2001 une somme de 120'000 fr., la faillite serait certainement survenue bien avant septembre 2003. La caisse expose que le recourant a laissé s'accumuler une dette de cotisations qu'il n'a pu ensuite résorber et pendant une longue période, en 2000 et 2001, la société n'a plus soldé ses cotisations, aucune mesure concrète n'a été prise et la demande de plan de paiement en 2003 était bien tardive. Aussi le fait d'avoir suspendu le paiement des cotisations pour sauver la société ne constitue pas un motif d'exculpation. Par ailleurs, les cotisations déduites des salaires en 2001 n'ont pas été reversées, ce qui constitue une infraction pénale pour laquelle une procédure est actuellement en cours par-devant le Tribunal de police.
18. Par courrier du 19 juin 2006, les parties ont requis la suspension de l'instruction des recours, des actions judiciaires civiles étant en cours.
19. Par ordonnances du 22 juin 2006, le TCAS a suspendu l'instruction des causes, d'accord entre les parties.
20. A la requête des parties, le TCAS, respectivement la Cour de céans, a suspendu à nouveau l'instruction des causes par ordonnances des 16 août 2007, 2 octobre 2008, 3 décembre 2009 et du 4 janvier 2011.
21. Par ordonnance du 20 janvier 2012, la Cour de céans a repris l'instruction des causes et imparti un délai aux parties pour se déterminer quant à la suite de la procédure.
22. Par courrier du 10 février 2012, le recourant a sollicité préalablement la jonction de la cause en non paiement des contributions d'allocations familiales en une seule et même procédure. Il a demandé que la Cour de céans se prononce avant toute mesure d'instruction sur la problématique de la prescription des actions en réparation du dommage, a sollicité une comparution personnelle des parties ainsi que l'ouverture des enquêtes.
23. Par courrier du 10 février 2012, l'intimée a proposé une « nouvelle procédure d'attente » devant la Cour de céans, sous réserve qu'il y ait une réponse à l'appel dans la procédure civile intentée par le recourant contre Y_____.

24. Le 16 février 2012, le recourant a communiqué à la Cour de céans la décision du 15 avril 2011 rendue par la Chambre civile de la Cour de justice dans la procédure à l'encontre de Y_____, devenue définitive, ainsi que la copie du jugement du Tribunal de police du 12 septembre 2011 constatant la prescription de la procédure dirigée à son encontre et le libérant des fins de la poursuite pénale. Il a persisté pour le surplus dans ses conclusions prises dans son dernier courrier.
25. Par écriture du 12 mars 2012, l'intimée a rappelé que l'état de collocation a été déposé le 18 août 2004, de sorte qu'elle disposait d'un délai de deux ans pour faire valoir ses droits, ce qu'elle a fait par décision du 2 novembre 2005. Les actions en réparation n'étaient ainsi pas prescrites au moment où elle a rendu ses décisions. Par ailleurs, la créance en réparation ne s'éteint que 10 ans après la fin de l'année civile au cours de laquelle elle est entrée en force. A ce jour ses décisions du 2 novembre 2005 ne sont pas entrées en force en raison des procédures d'opposition et ses créances sont loin d'être prescrites. S'agissant de la responsabilité du recourant, la caisse a persisté dans ses conclusions.
26. La Cour de céans a entendu les parties en audience de comparution personnelle en date du 2 mai 2012.

Le recourant a exposé que suite à l'arrêt de la Cour de justice du 15 avril 2011, environ 95% des créances produites dans le cadre de la procédure ont été payées et ont fait l'objet d'une répartition. Il a pu récupérer environ 25'000 fr. sur sa créance personnelle. Il a exposé que l'employé indélicat qui avait détourné l'argent de la société a pu être arrêté en Espagne et extradé en Suisse en 2011. Il a été condamné pour abus de confiance, notamment au titre de l'escroquerie commise au préjudice de la société à hauteur de 120'000 fr. Il a reconnu les faits et est actuellement détenu à Champ-Dollon. Il ne pensait pas pouvoir récupérer quoi que ce soit auprès de ce Monsieur qui a travaillé de 1999 à 2001 dans la société en tant que comptable. Le recourant a expliqué que le comptable n'avait pas le droit de signature, mais les paiements de la société se faisaient par internet, ce que lui-même ne maîtrisait pas, car c'était tout nouveau. C'est donc le comptable qui s'en occupait, il lui avait donné les codes. En réalité, il faisait ce qu'il voulait et il lui cachait les avis bancaires. Il devait notamment payer les charges sociales, conformément à ses instructions. S'agissant des rappels, voire des sommations de la caisse, le recourant a déclaré qu'il ne s'en était pas aperçu, car c'est le comptable qui réceptionnait les courriers et écrivait à la caisse pour gagner du temps. A l'époque, lui-même était davantage sur les chantiers. Il faisait confiance à son employé. C'est à fin 2001 qu'il s'est aperçu de l'étendue du retard. Il a commencé à payer régulièrement les cotisations AVS, malheureusement fin 2002, la société a connu des problèmes avec Y_____. Il avait demandé un plan de paiement à la caisse pour obtenir des arrangements, mais la faillite a été prononcée en septembre 2003 et il n'a pas eu le temps de payer. Il était le seul associé-gérant de la société et possédait l'intégralité du capital social.

L'intimée a déclaré qu'elle n'avait pas participé à la procédure devant la Cour de justice, probablement en raison du coût. Par ailleurs, elle n'avait pas pour pratique de demander la cession des droits de la masse. La créance de 94'971 fr. 75 représentant les cotisations impayées est toujours pendante, elle n'a reçu aucun paiement de qui que ce soit après la délivrance des actes de défaut de biens.

Le mandataire du recourant a rappelé qu'entre les mois de mars à mai 2003, la société était en négociation avec le syndicat UNIA et la société Y_____. Ils essayaient de trouver un accord concernant le montant des factures dues par Y_____ à la société. Or, Y_____ a payé directement au syndicat UNIA un montant de 80'000 fr. dont on ne sait pas sur quelle base et à qui. Ce montant n'a pas été pris en compte par l'Office des faillites.

Le recourant a déclaré que les comptes de l'exercice 2000 avaient été préparés par le comptable. Il avait dû faire appel à une autre fiduciaire et c'est là qu'il s'était rendu compte que les cotisations AVS étaient impayées.

L'intimée a confirmé qu'en 2001 la société a payé 3'000 fr., sur un total d'environ 70'000 fr. En 2000, trois versements ont été enregistrés, en mai, août et septembre, qui ne couvraient que la moitié des cotisations dues et aucun paiement n'a été enregistré pour l'année 2001.

Le recourant a déclaré qu'il avait tenté de trouver des arrangements de paiement avec les créanciers et de décrocher d'autres mandats afin de remonter la pente. Si le comptable n'avait pas volé la société, il aurait pu payer les cotisations AVS. Il a essayé de se battre jusqu'au bout. Il considère qu'on ne peut pas lui reprocher une négligence grave. Selon le mandataire du recourant, l'intimée n'a pas fait son travail, car elle n'a jamais adressé un courrier recommandé personnellement à l'associé-gérant signalant que les cotisations AVS n'étaient pas payées.

27. Le 16 mai 2012, le recourant a communiqué à la Cour de céans un chargé de pièces complémentaires relatives à la procédure pénale diligentée à l'encontre de son ancien employé ainsi que celle intentée par les caisses de compensation à son encontre.
28. Invitée à se déterminer, l'intimée, par acte du 11 juin 2012, a rappelé que les cotisations impayées concernent un solde impayé des années 2000 et 2001, que seuls trois versements ont été enregistrés durant l'année 2000, qu'aucun versement n'a été enregistré en 2001 et que le contrat passé avec la société Y_____ SA n'est intervenu qu'en fin 2002 ce qui n'explique pas le non versement des cotisations en 2000 et 2001. Cela étant, le recourant tente de se disculper en chargeant son comptable. Or, malgré une première condamnation pénale et un séjour en prison, cela ne l'a pas empêché de l'engager à nouveau. En tant qu'administrateur ayant engagé ce comptable, le recourant était responsable de contrôler son travail, ceci avec d'autant plus de sérieux que la passé de celui-là

devait l'inciter à la méfiance. Par ailleurs, le recourant reconnaît avoir commencé à avoir des difficultés de trésorerie à la fin 2001. S'il avait fait preuve de la diligence que l'on était en droit d'attendre de la part d'un administrateur ayant engagé un comptable déjà condamné pour des malversations, il aurait été en mesure de payer ses charges sociales en 2000 et début 2001. Au surplus, l'engagement du comptable en février 2001 ne justifie pas le non paiement des charges sociales en 2000. Quant à l'abus de confiance, s'il est avéré, il n'a porté que sur 40'396 fr. 30, bien loin des 120'000 fr. annoncés. En outre, les difficultés de trésorerie de la société sont encore évoquées par l'un des employés qui a indiqué qu'il avait eu des difficultés dans l'encaissement de son salaire dès février 2003, donc bien au-delà des périodes litigieuses. Enfin, s'agissant de la poursuite pénale à l'encontre du recourant, l'intimé relève que le tribunal n'a pu se prononcer au fond, dès lors que les plaignants ont laissé passer le délai de prescription. Quant à l'argument selon lequel elle n'aurait pas fait son travail, l'intimée relève que l'interlocuteur d'une caisse AVS est la société elle-même et non pas ses administrateurs ou associés-gérants. Ce n'est pas le rôle d'une caisse de se substituer aux organes défaillants de la société en informant ses membres du non paiement d'une facture. Un tel aveu démontre bien que le recourant, en tant qu'unique associé-gérant de la société, a gravement violé ses obligations. Pour l'intimée, le recourant répond du dommage.

29. La Cour de céans a communiqué cette écriture au recourant en date du 13 juin 2012.
30. Le 25 juin 2012, la Cour de céans a informé les parties que la présente cause était gardée à juger.
31. Par arrêt incident du 27 juin 2012, entré en force, la Cour de céans a suspendu la cause A/1508/2006 jusqu'à droit connu dans la présente procédure.

EN DROIT

1. a) Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS; RS 831.10).

Depuis le 1^{er} janvier 2011, cette compétence est revenue à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 26 septembre 2010).

La Cour de céans est par conséquent compétente *ratione materiae* pour connaître du présent litige.

b) Selon l'art. 52 al. 5 LAVS, en dérogation à l'art. 58 al. 1 LPGA, le tribunal des assurances du canton dans lequel l'employeur est domicilié est compétent pour traiter le recours. Cette disposition est également applicable lorsque la caisse recherche un organe de l'employeur en réparation du dommage (REICHMUTH, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, 2008, n° 1042, p. 247).

La société étant domiciliée dans le canton de Genève au moment de l'ouverture de la faillite, les tribunaux genevois sont compétents *ratione loci*.

Au vu de ce qui précède, la compétence *ratione materiae* et *loci* de la Cour de céans pour juger du cas d'espèce est établie.

2. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'art. 52 LAVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur y est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les art. 81 et 82 RAVS ont été abrogés.

Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 229 consid. 1.1 et les références). Les règles de procédure s'appliquent quant à elles sans réserve dès le jour de leur entrée en vigueur (ATF 117 V 71 consid. 6b).

Il faut toutefois préciser que le nouveau droit n'a fait que reprendre textuellement, à l'art. 52 al. 1 LAVS, le principe de la responsabilité de l'employeur figurant à l'art. 52 aLAVS, la seule différence portant sur la désignation de la caisse de compensation, désormais appelée assurance. Les principes dégagés par la jurisprudence sur les conditions de droit matériel de la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 aLAVS (dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2002) restent par ailleurs valables sous l'empire des modifications introduites par la LPGA (ATF 129 V 11, consid. 3.5 et 3.6).

3. Interjeté dans les forme et délais prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 61 LPGA ; art. 89B de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 - LPA ; RS E 5 10).
4. Le litige porte sur la responsabilité du recourant dans le préjudice causé à l'intimée par la perte des cotisations sociales AVS/AI/APG/AC à hauteur de 94'971 fr. 55 correspondant aux cotisations paritaires impayées pour les mois de janvier à décembre 2000 et janvier à décembre 2001, frais de sommation, de poursuite et intérêts moratoires inclus.

-
5. a) A teneur de l'art. 52 LAVS en vigueur dès le 1^{er} janvier 2003 (introduit par le ch. 7 de l'annexe à la LPGA), 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 (al. 1). La caisse de compensation compétente fait valoir sa créance en réparation du dommage par décision (al. 2).

La nouvelle teneur de cette disposition, 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 « assurance », sans que cela n'entraîne un changement quant 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.

Un dommage est survenu dès que la caisse de compensation voit lui échapper un montant dû de par la loi. Le montant du dommage correspond à celui pour lequel la caisse de compensation subit une perte. Appartiennent à ce montant les cotisations paritaires (cotisations patronales et d'employés ou ouvriers) dues par l'employeur, les contributions aux frais d'administration, les intérêts moratoires, les taxes de sommation et les frais de poursuite (Directives sur la perception des cotisations - DP, n° 8016 et 8017).

b) En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par l'intimée, correspondant aux cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC dues par la société faillie pour les années 2000 et 2001.

6. Préalablement, il convient de déterminer si, comme le soutient le recourant, l'action en réparation du dommage intentée par l'intimée est périmée.

a) L'art. 52 al. 3 LAVS, en sa teneur en vigueur dès le 1^{er} janvier 2003, prévoit 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 (ATF 134 V 353 consid. 3.1 ; SVR 2005 AHV n° 15 p. 49 consid. 5.1.2; FF 1994 V 964 sv., 1999 p. 4422). Cela signifie qu'ils ne sont plus sauvegardés une fois pour toutes avec la décision relative aux dommages-intérêts; le droit à la réparation du dommage au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS peut donc aussi se prescrire durant la procédure d'opposition ou la procédure de recours qui s'ensuit (ATF 135 V 74 consid. 4.2 p. 77 et sv.).

Les prétentions en dommages-intérêts qui n'étaient pas encore périmées au 1^{er} janvier 2003 sont assujetties aux règles de prescription de l'art. 52 al. 3 LAVS

(cf. ATF 131 V 425). Dans ces cas, la période écoulée sous l'ancien droit doit être portée en compte dans le délai de prescription de deux ans de l'art. 52 al. 3 LAVS (ATF 134 V 353 consid. 4).

b) Le dommage survient dès que l'on doit admettre que les cotisations dues ne peuvent plus être recouvrées, pour des motifs juridiques ou de fait (ATF 129 V 195 consid. 2.2, 126 V 444 consid. 3a, 121 III 384 consid. 3bb, 388 consid. 3a). Tel sera le cas lorsque des cotisations sont frappées de péremption, ou en cas de faillite, en raison de l'impossibilité pour la caisse de récupérer les cotisations dans la procédure ordinaire de recouvrement.

Selon la jurisprudence rendue à propos de l'ancien art. 82 al. 1 RAVS, et valable sous l'empire de l'art. 52 al. 3 LAVS (ATF non publié, H 18/06, du 8 mai 2006, consid. 4.2), il faut entendre par moment de la «connaissance du dommage», en règle générale, le moment où la caisse de compensation aurait dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances effectives ne permettaient plus d'exiger le paiement des cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (ATF 129 V 195). En cas de faillite, ce moment correspond en règle générale à celui du dépôt de l'état de collocation, ou celui de la publication de la suspension de la liquidation de la faillite faute d'actifs (ATF 129 V 193 consid. 2.3 p. 195 sv.). En revanche, lorsque la caisse subit un dommage à cause de l'insolvabilité de l'employeur mais en dehors de la faillite de celui-ci, le moment de la connaissance du dommage et, partant, le point de départ du délai de prescription coïncident avec le moment de la délivrance d'un acte de défaut de biens ou d'un procès-verbal de saisie valant acte de défaut de biens définitif au sens de l'art. 115 al. 1 LP (en corrélation avec l'art. 149 LP), soit lorsque le procès-verbal de saisie indique que les biens saisissables font entièrement défaut (cf. ATF 113 V 256 consid. 3c). C'est à ce moment que prend naissance la créance en réparation du dommage et que, au plus tôt, la caisse a connaissance de celui-ci au sens de l'art. 82 aRAVS (arrêt A. du 19 février 2003, H 284/02, consid. 7.2; cf. aussi NUSSBAUMER, Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS, in RCC 1991, p. 405 s.).

S'agissant des actes interruptifs de prescription, il sied de retenir ce qui suit. Tandis que le juge ne peut interrompre la prescription que par une ordonnance ou une décision, «chaque acte judiciaire des parties» suffit à produire cet effet (art. 138 al. 1 CO). Cette notion d'acte judiciaire des parties doit être interprétée largement (ATF 106 II 35 consid. 4; Stephen V. BERTI, Commentaire zurichois, n. 18 ad art. 138 CO; Robert K. DÄPPEN, Commentaire bâlois, 3^{ème} édition, n. 2 ad art. 138 CO; Pascal PICHONNAZ, Commentaire romand, n. 4 ad art. 138 CO), tout en ayant égard à la ratio legis de la disposition citée, qui est de sanctionner l'inaction du créancier. Il faut donc considérer comme acte judiciaire d'une partie tout acte de procédure relatif au droit invoqué en justice et susceptible de faire progresser

l'instance (cf. ATF 130 III 207 consid. 3.2). Par ailleurs, conformément à l'ATF 135 V 74, l'opposition à une décision interrompt le délai de prescription de deux ans et fait courir un nouveau délai de même durée.

c) En l'occurrence, le dommage est survenu à l'ouverture de la faillite le 22 septembre 2003 et l'intimée a eu connaissance du dommage le jour du dépôt de l'état de collocation le 18 août 2004, soit au moment où elle a su qu'aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers chirographaires. C'est à ce moment-là que le délai de prescription commence à courir.

Force est de constater que tant la survenance du dommage que la prétention en dommages-intérêts de l'intimée sont intervenues postérieurement au 1^{er} janvier 2003, de sorte que c'est la nouvelle prescription de deux ans qui s'applique (cf. ATF 134 V 253). Par conséquent, en notifiant sa décision en réparation du dommage le 5 novembre 2005, la caisse a respecté le délai de prescription de deux ans dès la connaissance du dommage.

L'exception de prescription soulevée par le recourant est mal fondée.

7. Il convient de déterminer si le recourant peut être considéré comme étant « l'employeur » tenu de verser les cotisations à l'intimée au sens de l'art. 52 LAVS.

a) En vertu de l'art. 52 LAVS, 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'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom (ATF 123 V 15 consid. 5b, 122 V 66 consid. 4a, 119 V 405 consid. 2 et les références).

b) 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).

c) 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 8004 DP).

Selon la jurisprudence, les personnes qui sont formellement ou légalement organes d'une personne morale entrent en principe toujours en considération en tant que responsables subsidiaires aux conditions de l'art. 52 LAVS. Le Tribunal fédéral a ainsi reconnu la responsabilité non seulement des membres du conseil d'administration, mais également celle de l'organe de révision d'une société anonyme, du directeur d'une société anonyme disposant du droit de signature individuelle, du gérant d'une société à responsabilité limitée ainsi que du président, du directeur financier ou du gérant d'une association sportive (ATF H 34/04 du 15 septembre 2004 consid. 5.3.1 et les références, in SVR 2005 AHV n° 7 p. 23, ATF non publié 9C_926/2009 du 27 avril 2010 consid. 4.3.1).

En l'espèce, le recourant était l'associé-gérant de la société à responsabilité limitée, dont il possédait l'intégralité du capital social, et seul titulaire d'un droit de signature. Il a ainsi indiscutablement la qualité d'organe de la société faillie, ce qu'il ne conteste au demeurant pas.

8. Reste à examiner si le recourant a commis une faute qualifiée ou une négligence grave au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS.

a) Selon une jurisprudence constante, tout manquement aux obligations de droit public qui incombent à l'employeur en sa qualité d'organe d'exécution de la loi ne doit en effet pas être considéré sans autre comme une faute qualifiée de ses organes au sens de l'art. 52 LAVS.

Pour admettre que l'inobservation de prescriptions est due à une faute intentionnelle ou une négligence grave, il faut bien plutôt un manquement d'une certaine gravité. Pour savoir si tel est le cas, il convient de tenir compte de toutes les circonstances du cas concret (ATF 121 V 244).

Pour que l'organe, formel ou de fait, soit tenu de réparer le dommage causé à la caisse de compensation en raison du non-paiement des cotisations sociales, il faut que les conditions de l'art. 52 al. 1^{er} LAVS soient réalisées, ce qui suppose que l'organe ait violé intentionnellement ou par une négligence grave les devoirs qui lui incombent et qu'il existe un lien de causalité adéquate entre le manquement qui lui est imputable et le préjudice subi. Celui qui appartient au conseil d'administration d'une société et qui ne veille pas au versement des cotisations courantes et à l'acquittement des cotisations arriérées est réputé manquer à ses devoirs (cf. ATFA du 30 novembre 2004, H 96/03, consid. 7.3.1, publié in SJ 2005 I p. 272). La négligence grave mentionnée à l'art. 52 al. 1^{er} LAVS est admise très largement par la jurisprudence. Se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui ne respecte par la diligence que l'on peut et doit en général

attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie. Dans le cas d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention que la société doit accorder, en tant qu'employeur, au respect des prescriptions de droit public sur le paiement des cotisations d'assurances sociales. Les mêmes exigences s'imposent également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATFA du 5 mars 1996 publié *in* SVR 1996 n. 98 p. 299, consid. 2c). Par exemple, les administrateurs d'une société qui se trouve dans une situation financière désastreuse qui parent au plus pressé, en réglant les dettes les plus urgentes à l'exception des dettes de cotisations sociales, dont l'existence et l'importance leur sont connues, sans qu'il ne puissent guère espérer, au regard de la situation, que la société puisse s'acquitter des cotisations en souffrance dans un délai raisonnable (cf. ATF 108 V 183 consid. 2), commettent une négligence grave au sens de l'art. 52 al. 1^{er} LAVS (ATFA précité du 5 mars 1996, consid. 3 ; cf. ATF 108 V 189 consid. 4). Enfin, la jurisprudence estime qu'il existe, en règle générale, un lien de causalité adéquate entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations, sous réserve du cas où l'administrateur est entré en fonction alors que la société était déjà surendettée (ATF 119 V 401 consid. 4c), de sorte que celui-ci répond solidairement de tout le dommage subi par l'assurance en cas de faillite de la société (ATF 132 III 523 et les références).

b) Le Tribunal fédéral a expressément affirmé 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). La négligence grave est également donnée lorsque l'administrateur n'assume pas son mandat dans les faits.

Ce faisant, il n'exerce pas la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, attribution inadmissible et inaliénable du conseil d'administration conformément à l'art. 716a CO. Une personne qui se déclare prête à assumer ou à conserver un mandat d'administrateur tout en sachant qu'elle ne pourra pas le remplir consciencieusement viole son obligation de diligence (ATF 122 III 195, consid. 3b). Sa négligence peut être qualifiée de grave sous l'angle de l'art. 52 LAVS (ATF 112 V 1, consid. 5b). Notre Haute Cour a ainsi l'occasion de rappeler à plusieurs reprises qu'un administrateur, dont la situation est à cet égard proche de celle de l'homme de paille, ne peut s'exonérer de ses responsabilités légales en invoquant son rôle passif au sein de la société (ATF du 19 mai 2010, 9C_289/2009, consid. 6.2; ATF du 22 juin 2005, H 87/04, consid. 5.2.2; ATF du 27 avril 2001, H 234/00, consid. 5d; ATF du 13 février 2001, H 225/00, consid. 3c).

Dans le cas d'une Sàrl, les gérants d'une Sàrl qui ont été formellement désignés en cette qualité, ainsi que les personnes qui exercent cette fonction en fait, sont soumis à des obligations de contrôle et de surveillance étendues, dont le non-respect peut engager leur responsabilité (art. 827 CO en corrélation avec l'art. 754 CO). Ils répondent selon les mêmes principes que les organes d'une société anonyme pour le dommage causé à une caisse de compensation ensuite du non-paiement de cotisations d'assurances sociales (ATF 126 V 237; arrêt H 252/01 du 14 mai 2002, in VSI 2002 p. 176 s. consid. 3b et d).

c) 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).

9. En l'espèce, le recourant allègue qu'il a tenté de gérer au mieux la société, dès sa création, et que s'il n'a pas payé les cotisations à l'intimée, ce n'est pas dans le but de se les approprier, mais de sauver l'entreprise et les employés. De plus, en 2001, la société a été victime des malversations commises par le comptable.

La Cour de céans relève toutefois que les malversations commises par le comptable en 2001 n'expliquent pas pour quels motifs le recourant n'a pas payé les cotisations durant toute l'année 2000. En effet, il résulte du procès-verbal d'audition du 14 janvier 2012 devant le juge d'instruction qu'il avait engagé le comptable entre fin 2000 et début 2001 (cf. pièce 24 recourant). Or, les cotisations trimestrielles de l'année 2000 n'ont pas du tout été acquittées, malgré les rappels et sommations de l'intimée. De surcroît, il s'avère que le recourant connaissait le comptable depuis 1996 déjà, alors que ce dernier était à la tête d'une fiduciaire à laquelle il avait confié la comptabilité de la société. Il avait d'ailleurs changé de fiduciaire parce qu'il avait constaté que la fiduciaire faisait mal son travail. Qui plus est, il

connaissait le passé carcéral de ce personnage et l'avait malgré tout engagé, par pitié. Ces circonstances devaient d'autant plus l'inciter à exercer une surveillance étroite sur les agissements du comptable. Au lieu de cela, il lui a même communiqué, en toute imprudence, les codes permettant d'effectuer les paiements par e-banking. Le fait qu'il ne maîtrisait pas les paiements par internet ne saurait expliquer pourquoi il n'a pas suivi de très près les opérations effectuées par son employé sur ses instructions et ne s'est pas assuré, en particulier du paiement effectif des cotisations AVS courantes et arriérées. Il s'agit-là d'une obligation essentielle conférée par la loi à l'organe formel d'une société. En l'espèce, en l'absence de tout contrôle, le comptable a commis pas moins de vingt-sept opérations frauduleuses entre le 2 mars 2001 et le 14 septembre 2001 pour un montant total établi de 40'396 fr. 30.

La Cour de céans considère qu'en exerçant aucune surveillance et en ne se préoccupant pas du sort des cotisations sociales durant les années 2000 et 2001, le recourant a failli à ses obligations et commis une négligence qui, sous l'angle de l'art. 52 LAVS, doit être qualifiée de grave.

Le recourant invoque encore l'affaire Y_____ SA. A cet égard, il convient de constater, avec l'intimée, que c'est à fin 2002 que la société du recourant a entrepris des travaux pour la société précitée. Une facture a été établie en date du 7 février 2003, à la suite de laquelle un différend est survenu entre les parties qui a fait l'objet d'une procédure civile. Cela étant, ces circonstances ne sont pas de nature à disculper le recourant quant au non paiement des cotisations des années 2000 et 2001. En effet, le recourant a déclaré qu'en 2001 il avait tenté de trouver des arrangements de paiement avec les créanciers et de trouver des mandats afin de remonter la pente. Il n'a cependant pas contacté l'intimée durant cette période. Enfin, il ne pouvait pas raisonnablement espérer, au vu des difficultés rencontrées avec Y_____ SA, sauver l'entreprise en retardant le paiement des cotisations sociales durant plus de deux ans.

Au vu de ce qui précède, la responsabilité du recourant est engagée au sens de l'art. 52 LAVS et il répond de la totalité du dommage subi par l'intimée, soit 94'971 fr. 55 selon les pièces du dossier et l'extrait de compte produit par l'intimée.

Pour le surplus, le recourant ne saurait raisonnablement soutenir que l'intimée a commis une faute en ne lui ayant pas adressé personnellement des sommations ou des rappels ; tant que la société existe, hormis les cas de menace de dépôt de plainte pénale pour détournement des cotisations, c'est à la personne morale qu'elle doit s'adresser et non à ses organes individuellement.

10. Mal fondé, le recours est rejeté.

11. La procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA ; art. 89H al. 1 LPA).

**PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE 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; RS 173.110). Selon l'art. 85 LTF, s'agissant de contestations pécuniaires, le recours est irrecevable si la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 francs (al. 1 let. a). Même lorsque la valeur litigieuse n'atteint pas le montant déterminant, le recours est recevable si la contestation soulève une question juridique de principe (al. 2). 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

Isabelle CASTILLO

Juliana BALDE

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