RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1273/1999 **ATAS/396/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 27 mai 2004

3ème Chambre

En la cause

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'ASSURANCE VIEILLESSE ET SURVIVANTS DE LA FEDERATION ROMANDE DES SYNDICATS PATRONAUX, rue de Saint-Jean 98, 1211 GENEVE 11

Demanderesse en mainlevée d'opposition

contre

Monsieur Z_____, ,

Monsieur ZA_____, tous deux comparant par Me Matteo INAUDI en l'Etude duquel ils élisent domicile.

Monsieur A_____, ,

Monsieur D_____,.

Défendeurs anciens responsables de X SA (faillie).

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,

Mesdames Juliana BALDE et Maya CRAMER, Juges

EN FAIT

1. X SA (ci-après la société) a été inscrite au registre du commerce de Genève le 26 avril 1965. Elle avait pour but l'exploitation de cabarets, dancings, bars et cafés et exploitait de fait le cabaret-dancing « Y». Elle était affiliée depuis le 1er avril 1965 à la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'ASSURANCE VIEILLESSE ET SURVIVANTS DE LA FEDERATION ROMANDE DES SYNDICATS PATRONAUX (ci-après la CIAM). Depuis mars 1996, la société était détenue par des actionnaires de nationalité russe, interdits d'entrée en Suisse (pièces 68 et 69 produites par la CIAM [ci-après : pièce caisse], jugement du Tribunal de Police de la République et canton de Genève du 17 décembre 1999 [ci-après jugement TP]).

2. Monsieur A_____ a été administrateur jusqu'au 4 décembre 1996. Monsieur D_____ a ensuite repris ce poste jusqu'au 2 avril 1998. Puis, du 22 juillet 1998 au 10 septembre 1998, c'est Monsieur ZA_____ qui a été administrateur, Monsieur Z_____ étant au bénéfice d'une procuration individuelle sur les comptes de la Société (pièces 68 et 69 caisse).

3. Le 20 décembre 1995, le Tribunal de Première Instance de la République et canton de Genève (ci-après le TPI) a accordé un sursis concordataire de quatre mois à la société.

4. La société Z SA a par la suite acquis le capital-actions de la société pour Fr. 400'000.--, ce qui aurait dû permettre de désintéresser entièrement tous les créanciers (cf. courrier daté du 7 mars 1996 ; pièces 16 et 58 à 63 caisse). Par jugement du 13 mars 1996, le TPI a donc annulé le sursis concordataire.

5. En novembre 1996, Monsieur A_____ a démissionné de son poste. Il avait en effet découvert que, depuis le changement de comptable imposé par les actionnaires, les charges n'étaient plus payées, malgré les rappels régulièrement envoyés à la fiduciaire. Monsieur D_____ l'a remplacé et a repris entièrement la gestion de la société. Il n'a cependant pu avoir accès à la comptabilité qu'après avoir licencié le directeur nommé par les actionnaires, Monsieur ZO_____. Il a alors mandaté la société de révision XX SA (pièce 24 caisse et jugement TP).

6. Le 28 février 1997, la CIAM a réclamé à la société le solde des cotisations paritaires arriérées pour la période de janvier à décembre 1996 ainsi que les déclarations de salaires pour la même période. Malgré plusieurs rappels, la société ne s'est pas acquittée des sommes dues. Elle n'a pas non plus fourni d'attestation

salariale, raison pour laquelle la CIAM l'a menacée de déposer une plainte pénale (pièces 25 à 28 caisse).

7. Le 11 juillet 1997, l'administrateur a transmis à la caisse les chiffres des salaires 1996 et 1997 tels que trouvés « hors comptabilité ». Il a informé la CIAM qu'il avait repris la gestion de la société deux mois auparavant, qu'il avait licencié le comptable et qu'ils étaient trois à remettre de l'ordre dans la comptabilité des deux années précédentes, tant pour la société que pour le ZSA (pièces 21 et 24 caisse).

8. Les 27 août et 1er octobre 1997, la CIAM a réclamé le paiement des cotisations arriérées pour la période de janvier à avril 1997, les compléments des mois d'avril à décembre 1996 ainsi que les déclarations de salaires pour les mois de mai et juin 1997 (pièces 29 et 30 caisse).

9. Au mois de novembre 1997, la société XX SA a été mandatée comme organe de révision. Elle devait le rester jusqu'en avril 1998.

10. Le 3 décembre 1997, l'administrateur a expliqué à la CIAM avoir terminé la comptabilité de ZSA et s'être attelé à celle de la société, qui avait été négligée par le comptable précédent. Il a en outre informé la caisse que le fonds de commerce du « Y» avait été vendu le 30 septembre 1997 à l'entreprise XY SA, ce qui a d'ailleurs été publié dans la Feuille d'avis officielle (FAO) du 7 janvier 1998. Le montant du prix de vente était consigné à la banque sur ordre du juge, une instruction étant en cours à l'encontre des actionnaires russes de la société (pièce 31 caisse).

11. Le 21 janvier 1998, la CIAM a menacé l'administrateur d'engager des poursuites pénales à son encontre si les cotisations réclamées n'étaient pas versées et les attestations salariales fournies. La société devait alors la somme de Fr. 114'683.-- à titre de cotisations arriérées pour la période d'avril 1996 à décembre 1997 (pièce 64 et 34 caisse).

12. Entre janvier et février 1998, XY SA a versé à la société un montant de Fr. 140'000.— (soit Fr. 50'000.-- à l'administrateur, Fr. 10'000.-- à la fiduciaire et Fr. 80'000.-- aux époux T_____, directeurs du Z. L'administrateur a utilisé l'argent reçu pour payer les salaires des employés, convaincu que le paiement ultérieur du solde de la vente permettrait d'éteindre les charges sociales (jugement TP).

13. Le 23 janvier 1998, XY SA a en outre émis un billet à ordre de Fr. 223'220.75 à l'ordre de la société, arrivant à échéance le 2 mars 1998. A cette date,

l'administrateur a exigé de Monsieur T_____ qu'il lui remette ledit billet à ordre (jugement TP).

14. Le 12 février 1998, la CIAM a déposé plainte pénale contre l'administrateur, l'accusant d'avoir retenu sur les salaires versés à ses employés la part des cotisations leur incombant pour la période d'avril 1996 à avril 1997 (compléments) et de mars à novembre 1997 sans l'avoir reversée à la caisse, de n'avoir pas payé les cotisations en matière d'allocations familiales pour la même période et de n'avoir pas fourni les déclarations de salaires pour les mois de mai à novembre 1997 (pièce 35 caisse).

15. Les 6 et 13 mars 1998, le conseil de l'administrateur, en possession du billet à ordre, a mis en demeure XY SA de payer le montant encore dû, non contesté, et de le payer exclusivement en mains de la société.

16. Le 13 mars 1998, lors d'une assemblée générale extraordinaire tenue à Barcelone, l'administrateur a été démis de ses fonctions et Madame T_____ - épouse de Monsieur T_____ et directrice du Z- nommée à sa place (jugement TP).

17. De mars 1998 à avril 1998, la CIAM a réclamé à la société les attestations de salaires de l'année 1997 (pièces 37 à 39 caisse).

18. Le 4 mai 1998, XZ SARL a informé la CIAM que depuis le 25 avril 1998, c'était elle qui s'occupait de la comptabilité de la société mais qu'il lui faudrait quelques semaines pour remplir les diverses déclarations demandées. Elle a en outre indiqué à la CIAM que la société n'occupait plus de personnel depuis septembre 1997, date à laquelle le « Y» avait été vendu (pièce 40 caisse).

19. Le 28 mai 1998, la CIAM a transmis à la fiduciaire un relevé de compte concernant les cotisations impayées pour les périodes d'avril 1996 à janvier 1998, indiquant que le montant dû s'élevait à Fr. 187'748.-- (pièce 42 caisse).

20. En juin 1998, XY SA a versé un montant de Fr. 120'000.-- sur les comptes de la société, à titre de solde du prix de vente, celui-ci ayant été renégocié avec les époux T_____.

21. En juillet 1998, Monsieur Z_____ - nommé directeur de la société en juillet 1998 en même temps que Monsieur ZA_____ en était nommé administrateur - a retiré ce montant des comptes de la société afin de rembourser les dettes du Z. Par la suite, Monsieur Z_____ a révoqué son mandat d'administrateur (jugement TP, déterminations du 22 décembre 1999 de Messieurs ZA_____ et Z_____).

22. Le 3 août 1998, la CIAM a une fois encore réclamé les cotisations paritaires arriérées pour les périodes d'avril à décembre 1996 et de janvier à août 1997 (pièce 44 caisse).

23. Le 3 septembre 1998, la CIAM a menacé de déposer une nouvelle plainte pénale si rien n'était entrepris afin que les cotisations dues soient réglées (pièces 45 à 47 caisse).

24. Le 15 septembre 1998, le Parquet du Procureur général de la République et canton de Genève a rendu une ordonnance de condamnation par laquelle il a condamné l'ancien administrateur de la société, Monsieur D_____, à 90 jours d'emprisonnement, avec sursis pendant trois ans, pour infractions à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants. Ce dernier a fait opposition le 28 septembre 1998 (pièces 51 et 52 caisse, jugement TP).

25. Le 21 septembre 1998, l'Office des poursuites et des faillites Rive-Droite (OP) a adressé à la CIAM des procès-verbaux de saisie valant actes de défaut de biens provisoires portant sur un montant total de Fr. 112'382.-- (pièce 20 caisse).

26. Le 28 septembre 1998, XZ SARL a confirmé à la CIAM qu'elle assumait le rôle de contrôleur aux comptes pour la période du 1er octobre au 31 décembre 1997. Elle a indiqué ne pas pouvoir fournir une liste récapitulative AVS complète, de nombreux numéros AVS étant manquants (pièce 21 caisse).

27. Le 13 octobre 1998, le TPI a prononcé la faillite de la société (pièce 65 caisse).

28. Le 26 octobre 1998, la CIAM a procédé à un contrôle pour la période du 1er janvier 1993 au 31 octobre 1997 auprès de XZ SàRL et de la société. Elle n'a pas été en mesure de consulter la comptabilité des années 1993 à 1995, les documents concernant cette période ayant été transmis par Monsieur A_____ aux responsables de la société. SARL s'était occupée de la comptabilité des années 1996 à 1997 (pièce 21 caisse).

29. Le 4 novembre 1998, la CIAM a produit un montant de Fr. 210'334.30 dans la faillite de la société (pièce 66 caisse). Le même jour, elle a déposé plainte pénale à l'encontre de Messieurs ZA_____ et D_____ pour avoir retenu sur les salaires versés d'avril 1996 à novembre 1997 la part de cotisations incombant aux salariés et ne pas l'avoir reversée à la caisse, ainsi que pour ne s'être pas acquittés des contributions en matière d'allocations familiales durant les mêmes périodes (pièce 50 caisse).

30. Le 1er septembre 1999, la CIAM a réclamé à Monsieur Z_____ un montant de Fr. 36'853.30 à titre de cotisations impayées. Le 13 octobre, elle a déposé

plainte pénale contre lui en demandant que sa dénonciation soit jointe à la procédure pénale déjà en cours à l'encontre de Messieurs ZA_____ et D_____ (pièces 56 et 57 caisse).

31. Le même jour, la caisse a notifié à Messieurs A_____, D_____, ZA_____ et Z_____ quatre décisions en réparation du dommage. Monsieur A_____ s'est vu réclamer Fr. 70'475.30 à titre de cotisations paritaires impayées d'avril à décembre 1996. Le montant réclamé aux trois autres s'élevait à Fr. 199'513.45, à titre de cotisations paritaires impayées d'avril 1996 à janvier 1998. La CIAM a en outre réclamé, à titre de cotisations dues au régime des allocations familiales, le paiement de Fr. 5'219.25 à Monsieur D_____, et de Fr. 731.80 à Messieurs ZA_____ et Z_____ (pièces 1 à 8 caisse).

32. Le 23 septembre 1999, Monsieur A_____ a formé opposition, alléguant qu'il avait été administrateur jusqu'en novembre 1996 et que jusqu'à la fin du mois de mars 1996, toutes les cotisations avaient été payées régulièrement. Puis le capital-social avait été cédé à ZSA et son directeur, Monsieur ZO_____, avait décidé en juillet 1996 de transmettre le dossier comptable à la fiduciaire XX SA, alors que la comptabilité avait été tenue pendant plus de 25 ans par Madame C_____ (SàRL), à la satisfaction de tous. Monsieur A_____ a produit une pièce attestant qu'il a transmis le bilan et les comptes de pertes et profits au 31 décembre 1995 à la fiduciaire XX SA. Il a allégué qu'il avait par la suite essayé à plusieurs reprises de connaître la situation comptable de la société, en demandant régulièrement des informations à la nouvelle fiduciaire - notamment en ce qui concernait les charges sociales - mais n'avait jamais reçu de réponse, raison pour laquelle il avait démissionné (pièce 16 caisse).

33. Le 27 septembre 1999, Monsieur Z_____ a formé opposition en son nom ainsi qu'en celui de Monsieur ZA_____, arguant du fait qu'ils n'avaient été administrateurs que de juillet à août 1998, le temps de remarquer que les administrateurs précédents avaient dilapidé tous les biens, et n'avaient laissé que des dettes après avoir vendu l'unique bien de la société, le cabaret « Y». Il a expliqué qu'à son entrée en fonction, cela faisait déjà plus d'une année que la société n'employait plus de personnel. Il a également assuré qu'il ignorait où était passé l'argent de la première vente (pièces 17 à 19 caisse).

34. Le 6 octobre 1999, Monsieur D_____ a formé opposition en rappelant qu'il n'avait été administrateur que depuis le 21 novembre 1996 et que la CIAM devait s'adresser à Monsieur A_____ (pièce 69 caisse).

35. Le 22 octobre 1999, la CIAM a requis la mainlevée des quatre oppositions formées. S'agissant de Monsieur A_____, elle a fait valoir que les pièces produites par ce dernier ne permettaient pas d'affirmer qu'il avait tout entrepris pour être renseigné régulièrement sur la marche des affaires et surveiller les personnes chargées de la gestion de la société. Concernant Monsieur D_____, elle a fait remarquer qu'il n'avait pas fait usage de son droit de contrôle, malgré de nombreuses mises en garde. Il avait agi en homme de paille, ce qui constituait une négligence grave. Enfin, s'agissant de Messieurs ZA_____ et Z_____, la CIAM a indiqué qu'elle les soupçonnait d'avoir été actifs au sein de la société bien avant juillet 1998, leurs interventions décisives datant du printemps 1996. Ils auraient ainsi été de véritables organes de fait et répondraient en conséquence de l'ensemble du dommage.

36. Appelé à se déterminer, Monsieur A_____ a répondu le 24 novembre 1999 qu'il maintenait sa position du 23 septembre 1999. Il a déclaré avoir transmis la comptabilité de la société à la fiduciaire YX.

37. Par jugement du 17 décembre 1999, le Tribunal de Police de la République et canton de Genève (ci-après le TP) a libéré Monsieur ZA_____ des fins de la poursuite pénale. Il a fait de même pour Monsieur D_____ concernant certaines infractions à la LAVS (art. 87), mais l'a condamné à une amende de Fr. 400.-- pour infraction à l'art. 88 LAVS (jugement TP).

38. Dans leur réponse du 22 décembre 1999, Messieurs Z_____ et ZA_____, par l'entremise de leur conseil commun, ont allégué n'avoir jamais participé à la gestion de la société avant le mois de juillet 1998, moment à partir duquel Monsieur Z_____ en est devenu le directeur et Monsieur ZA_____, l'administrateur. Ils ont soutenu que la CIAM n'avait aucune preuve du fait qu'ils auraient été organes de fait en 1996 et 1997. Les deux documents à l'appui de la thèse de la caisse concernaient un certain Monsieur ZO_____ et non Monsieur Z_____. Or, ce Monsieur ZO_____ était une personne distincte, d'origine asiatique, travaillant en 1996 pour Monsieur C_____, à l'époque propriétaire du capital-actions de YY SA (anciennement ZSA). Monsieur Z_____ ne s'était impliqué dans la société qu'au moment où il avait racheté 67% du capital-actions de YY SA à Monsieur K_____, l'ancien propriétaire. Afin d'appuyer leur argumentation, les défendeurs ont produit un courrier de Me MAURER - précédent conseil des actionnaires successifs de YY SA - confirmant que Monsieur ZO_____ n'avait rien à voir avec Monsieur Z_____, ainsi qu'un courrier du 14 juillet 1998 adressé par Me MAURER au juge d'instruction en charge de la procédure pénale à l'encontre des anciens actionnaires de YY SA. Les défendeurs ont encore souligné que le rachat du

capital de la société, en juillet 1998, était intervenu à un moment où une enquête pour blanchiment d'argent était menée et que, par conséquent, ce rachat n'avait pu se faire qu'avec l'accord du juge d'instruction, moyennant examen complet de la situation.

39. Appelée à se déterminer, la CIAM n'a pas souhaité répliquer.

40. Pour le surplus, les faits et allégués pertinents des parties en procédure, ainsi que dans le cadre de la procédure concernant la société YY SA (A/1283/1999), seront repris en tant que besoin dans la partie « en droit » ci-après.

EN DROIT

1. a) La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales (TCAS ; art. 1 let. r LOJ).

Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après TA) a constaté d'office la nullité de l'art. 1 let. r LOJ, considérant que le TCAS avait été créé en violation de l'art. 131 de la Constitution genevoise (Cst GE).

b) Force est de constater que cette conclusion ne saurait lier le tribunal de céans, aux motifs suivants :

- elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, non ses motifs. L'autorité de la chose jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ; KNAPP, Précis de droit administratif, 4ème édition, 1991, p. 248ss ; HABSCHEID, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313ss.) ;

- l'autorité de la chose jugée ne vaut quoi qu'il en soit que pour les moyens que le tribunal pouvait examiner (cf. KNAPP, op. cit., p. 251). Or, il apparaît en l'espèce douteux que le TA devait - et même pouvait - à l'occasion d'un recours interjeté pour violation des droits politiques contre un arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de l'élection des juges assesseurs au TCAS, contrôler la constitutionnalité de la loi instituant cette juridiction ;

- une loi inconstitutionnelle ne saurait être déclarée nulle. Seul, l'acte pris en application de celle-ci est annulable (cf. Jean-François AUBERT, Bundesstaatsrecht der Schweiz, vol. I, 1991, p. 178, note 430). Il convient au surplus de relever qu'un tribunal se doit en règle générale d'agir avec retenue, plus particulièrement lorsque les conséquences de l'annulation bouleverseraient tout un régime juridique (ATF 112 Ia 313). Tel est manifestement le cas ici, dès lors que le considérant topique de l'arrêt du TA revient à nier l'existence d'une juridiction qui fonctionne depuis le 1er août 2003 déjà, et dont les juges titulaires, ainsi que les juges suppléants, ont été régulièrement élus.

c) Le TCAS examine d'office sa compétence ; vu l'arrêt du TA du 30 mars 2004 niant jusqu'à son existence, il a également à vérifier la conformité à l'art. 131 Cst GE de la loi l'instituant.

Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales – LPGA -, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

Selon l'art. 131 al. 1 Cst GE, « la loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales ; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence ». Lors de la création du TA en 1971, cette disposition constitutionnelle a été complétée par un second alinéa, libellé comme suit : «Un tribunal administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit ».

La Constitution s'interprète selon les mêmes principes que les lois ordinaires. Les règles d'interprétation permettant au juge de dégager le sens d'une disposition sont connues : ce dernier peut recourir à une interprétation littérale, historique, téléologique ou systématique de la norme. Le juge devra partir prioritairement du texte clair de la loi. Le TA, dans son arrêt du 30 mars 2004, a considéré que le texte de l'art. 131 al. 2 Cst GE ne laissait pas de place pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif ; il a interprété « un tribunal » comme signifiant « un seul tribunal ». Or, l'art. 131 al. 2 Cst GE précise que ce tribunal administratif est institué « dans les cas où la loi le prévoit ». C'est dire

que, nécessairement, le reste du contentieux administratif relève d'autres juridictions. Ainsi l'interprétation littérale permet-elle à elle seule de conclure que le terme « un » doit être qualifié, grammaticalement, d'article indéterminé.

Une telle analyse est du reste confirmée par les interprétations historique et téléologique. Il résulte des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil – MGC - 1970, p. 554 ss.) que le législateur, en 1970, entendait créer, aux côtés des juridictions civiles et pénales existantes prévues à l'art. 131 al. 1 Cst GE, un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif. Ce tribunal était destiné à remplacer les autres autorités – Conseil d'Etat, commissions de recours, etc. - qui avaient à connaître des recours contre les décisions des départements. Il n'était cependant pas question que ce remplacement soit général, raison pour laquelle ce tribunal s'était vu doté de compétences d'attribution. Il était évident que certaines commissions spéciales devaient subsister, notamment en raison de leur composition particulière (composition paritaire, experts…). Selon le Mémorial du Grand Conseil (p. 557), « dans le système envisagé, le TA, le Conseil d'Etat et les commissions spécialisées dont le maintien aura été décidé, constitueront autant de juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

Dès le 1er janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d'une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de ces juridictions n'a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d'assurances sociales, jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l'occurrence.

Si l'on devait suivre l'interprétation du TA dans son arrêt du 30 mars 2004, non seulement le TCAS, mais également toutes les autres commissions de recours spéciales - y compris celles rattachées au TA lui-même - seraient inconstitutionnels. Tel n'a manifestement pas été le but visé par le législateur.

Au vu de ce qui précède, la création du TCAS en application de la LPGA est conforme à la Constitution genevoise.

L'élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004, le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire permettant au TCAS de siéger sans

assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

2. Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'assurance-vieillesse et survivants (cf. article 56 V LOJ). 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) 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'article 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS). Désormais, la responsabilité de l'employeur y est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les articles 81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) ont été abrogés. Le cas d'espèce demeure toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). Les dispositions légales seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.

3. Aux termes de l'art. 82 al.1 RAVS, le droit de demander la réparation d'un dommage se prescrit lorsque la caisse de compensation ne le fait pas valoir par une décision de réparation dans un délai d'une année à compter du moment où elle a eu connaissance du dommage et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du fait dommageable. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit en l'occurrence d'un délai de péremption à considérer d'office (ATF 112 V 8, consid. 4c ; RCC 1986 page 493). Lorsque ce droit dérive d'un acte punissable soumis par le code pénal à un délai de prescription de plus longue durée, ce délai est applicable (art. 82 al. 2 RAVS).

   Le Tribunal fédéral des assurances (ci-après TFA) a posé le principe qu'une caisse de compensation a « connaissance du dommage » au sens de la disposition précitée, à partir du moment où elle doit reconnaître, en y prêtant l'attention qu'on est en droit d'attendre d'elle et en tenant compte de la pratique, que les circonstances ne lui permettent plus de recouvrer les cotisations, mais pourraient justifier une obligation de réparer le dommage (ATF 116 V 75,consid. 3b ; 113 V 181, consid. 2 ; 112 V 8, consid. 4d, 158 ; 108 V 52, consid. 5 ; RCC 1983, page 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a « rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer » (cf. FRITSCHE :

« SC_____ldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd., page 112) d'où résulte la perte de la créance de la caisse.

En cas de faillite ou de concordat par abandon d'actifs, la caisse n'a pas nécessairement connaissance du dommage au moment seulement où elle peut consulter le tableau de distribution et le compte final établis par l'office des faillites ou le liquidateur, ou à la date à laquelle elle reçoit un acte de défaut de biens. En effet, celui qui subit une perte dans une faillite ou dans une procédure concordataire et veut intenter une action en dommages-intérêts a, en général, selon la pratique des tribunaux, déjà suffisamment connaissance du dommage, au moment où la collocation des créances lui est notifiée, ou à celui où l'état de collocation et l'inventaire ont été déposés et peuvent être consultés. A ce moment-là, le créancier est, ou devrait être en général, en mesure de connaître l'état des actifs, la collocation de sa créance et le dividende probable (ATF 119 V 92 consid.3 ; 118 V 196 consid. 3a ; VSI 1995, pages 169-170, consid. 2 ; ATF 116 II 161, consid. 4a; 116 V 75, consid. 3b; RCC 1990, page 415).

Dans le cas d'espèce, la caisse a eu connaissance du dommage le 21 septembre 1998, date à laquelle plusieurs actes de défaut de biens lui ont été remis par l'office des poursuites. Les décisions en réparation du dommage, notifiées le 1er septembre 1999 à Messieurs A_____, Z_____ et ZA_____ et le 10 septembre 1999 à Monsieur D_____ sont donc intervenues dans le délai d'une année prescrit par l'art. 82 al. 1 RAVS.

Par ailleurs, Monsieur A_____ a formé opposition le 23 septembre 1999, Messieurs Z_____ et ZA_____, le 27 septembre 1999 et Monsieur D_____ le 6 octobre 1999. Les défendeurs ont ainsi agi dans le délai imparti par l'art. 81 al. 2 RAVS ;

Enfin, la demanderesse a respecté le délai de 30 jours prévu par l'art. 81 al. 3 RAVS en portant le 22 octobre 1999 son action en mainlevée auprès de la Commission cantonale de recours.

4. a) Le litige porte sur la responsabilité des défendeurs dans le préjudice subi par la demanderesse, aux conditions de l'art. 52 LAVS, lequel prévoit que l'employeur doit couvrir le dommage qu'il a causé en violant les prescriptions intentionnellement ou par négligence grave. Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom (ATF 123 V 15, consid. 5b., 122 V 66 consid. 4a, 119 V 405 consid. 2 et les références).

L'art. 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34ss RAVS, prescrit que l'employeur doit déduire, lors de chaque paie, la cotisation du salarié et verser

celle-ci à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation. Les employeurs doivent remettre périodiquement aux caisses les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances a déclaré, à réitérées reprises, que celui qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'art. 52 aLAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 195 consid. 2a et les références, ATF non publié H 320/01 et H 333/01 du 8 octobre 2003 consid. 4).

Selon la jurisprudence, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui manque de l'attention qu'un homme raisonnable aurait observée dans la même situation et dans les mêmes circonstances. La mesure de la diligence requise s'apprécie d'après le devoir de diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie que celle de l'intéressé. En présence d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions. Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a ; RCC 1985 p. 51 consid. 21 et p. 648 consid. 3b).

b) Dans le cas d'une société anonyme, la notion d'organe responsable selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui ressort de l'art. 754 al. 1 CO. La responsabilité incombe aux membres du conseil d'administration, ainsi qu'à toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation, c'est-à-dire à celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 II 442 consid. 2b, 571 consid. 3, 107 II 353 consid. 5a). Il faut cependant, dans cette dernière éventualité, que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, c'est-à-dire d'exercer effectivement une influence sur la marche des affaires de la société (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 II 442 consid. 2b, 111 II 84 consid. 2).

Un directeur de société a généralement la qualité d'organe en raison de l'étendue des compétences que cette fonction suppose (ATF 104 II 197 consid. 3b ; FORSTMOSER/ MEIER-HAYOZ/NOBEL, Scheizerisches Aktienrecht, § 37, p. 443 note 17, BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2e éd., p. 1072 note 1969). Mais il ne doit répondre que des actes ou des omissions qui relèvent de son domaine d'activité, ce qui, en d'autres termes, dépend de l'étendue des droits et des

obligations qui découlent de ses rapports internes. Sinon, il serait amené à réparer un dommage dont il ne pouvait empêcher la survenance, faute de disposer des pouvoirs nécessaires (ATF 111 V 178 consid. 5a, FORSTMOSER/ MEIER-HAYOZ/NOBEL, op. cit., § 37, p. 442 note 8 ; ATF non publié H 320/01 et H 333/01 du 8 octobre 2003 consid. 6.2)

c) Un administrateur ne peut se libérer de sa responsabilité de veiller personnellement à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés soient payées à la caisse en soutenant qu'il faisait confiance à ses collègues chargés de l'administration du personnel de l'entreprise et du versement desdites cotisations à la caisse de compensation. Il a au contraire le devoir d'exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données (art. 716 a al. 1 ch. 5 CO). 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 ; ATF non publié H 265/02 du 3 juillet 2003). La responsabilité de l'administrateur ne dure en principe que jusqu'au moment de sa sortie effective du conseil d'administration, que ce soit par suite de démission ou de révocation, mais non jusqu'au moment de la radiation de ses pouvoirs au Registre du commerce ; cela vaut en tout cas lorsque l'intéressé n'a plus aucune influence sur la marche des affaires et qu'il n'a plus reçu de rémunération (ATF 112 V 5 consid. 3c, 111 II 484, 109 V 94-95 consid. 13 ; NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, PJA 1996, ch. 8d p. 1081 ; FORSTMOSER, Die Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2e éd., p. 236 n° 758 ss). En principe donc, l'administrateur sortant ne répond, toutes autres conditions étant remplies, que du non-paiement des cotisations éC_____ s et exigibles au moment de sa sortie effective. Demeure réservée l'hypothèse où l'administrateur a provoqué – intentionnellement ou par négligence grave – l'insolvabilité de la société, insolvabilité qui excluait d'emblée le paiement des cotisations non encore éC_____ es au moment de sa démission ou de sa révocation (RCC 1985 p. 607 consid. 5, ATF non publié H 108/00 du 21 septembre 2000 consid. 5b).

d) En l'espèce, il s'agit de déterminer si les défendeurs avaient ou non la qualité d'organes de la société et doivent être considérés comme responsables du dommage subi par la caisse.

Monsieur A_____, a été administrateur jusqu'en novembre 1996. Sa qualité d'organe ne fait donc aucun doute. Il ressort des divers éléments figurant au dossier que, dès mars 1996, le capital-social de la société a été racheté par Monsieur C_____, lequel aurait nommé directeur un certain Monsieur ZO_____. Ce directeur aurait décidé unilatéralement de changer de comptable et de réviseur, rendant difficile, si ce n'est impossible, la tâche de l'administrateur en place. Il apparaît également que Monsieur C_____ a fait l'objet par la suite d'une instruction pénale pour abus de confiance et qu'il aurait détourné des sommes importantes de leur destination. Il semblerait ainsi que la nomination de Monsieur ZO_____ soit intervenue dans un contexte trouble, afin de permettre à Monsieur C_____ de contrôler et diriger la société de la façon dont il l'entendait, ne laissant à son administrateur qu'une faible marge de manœuvre. Celui-ci a dès lors été tenu à l'écart et n'a plus réussi à prendre connaissance de la comptabilité, laquelle avait d'ailleurs été retirée à la comptable qui s'en était occupée jusqu'alors. Lorsqu'il a constaté cet état de fait, Monsieur A_____ a immédiatement démissionné. Au vu de la jurisprudence rappelée supra, le Tribunal de céans estime qu'on ne peut lui reprocher aucune négligence grave, dans la mesure où, loin de faire confiance au directeur en place, il a au contraire tenté à plusieurs reprises d'éclaircir la situation, en vain, et que, constatant qu'il n'avait plus les moyens d'exercer sa fonction correctement, il a démissionné. Partant, il ne peut être tenu pour responsable du dommage, raison pour laquelle il se justifie de rejeter la demande de mainlevée en ce qui le concerne.

La qualité d'organe de Monsieur D_____ n'est pas contestable non plus. Quant à sa responsabilité, il explique avoir tout fait pour vendre la société lorsqu'il s'est aperçu de l'état des comptes en juillet 1997, après avoir licencié Monsieur ZO_____. Il ressort cependant de l'état de fait qu'il ne pouvait ignorer la situation concernant les arriérés de cotisations, puisque le 28 février 1997 déjà, la CIAM lui a réclamé le solde dû. La caisse lui a ensuite fait parvenir plusieurs rappels dont il ne s'est pas tout de suite préoccupé. Par ailleurs, le défendeur a lui-même reconnu avoir attendu décembre 1997 avant de commencer à établir la comptabilité de la société. Il sied de relever en l'espèce qu'il était également administrateur de ZSA (YY SA) à cette époque et qu'il a préféré commencer par remettre de l'ordre dans la comptabilité de cette dernière plutôt que dans celle de la société, alors que la caisse l'avait déjà menacé de plainte pénale. On relèvera encore que le « Y» a été vendu à XY SA à la fin septembre 1997 et que l'administrateur attendait manifestement les premiers versements de

cette dernière afin de rembourser les cotisations arriérées. Entré en possession d'un montant de Fr. 50'000.-- en janvier 1998, le défendeur a préféré s'acquitter des salaires encore en suspens plutôt que de saisir l'occasion de réduire le dommage de la caisse. Au vu de ces divers éléments, la responsabilité de Monsieur D_____ est engagée et la demande de mainlevée est admise.

Messieurs Z_____ et ZA_____, respectivement directeur (ainsi que Monsieur Z_____ le reconnaît lui-même dans son écriture du 22 décembre 1999, p. 4) et administrateur de la société dès juillet 1998, allèguent n'être en rien responsables du dommage subi par la caisse dans la mesure où la société était déjà insolvable lorsqu'ils ont commencé à s'en occuper. L'état de fait présenté par les parties est cependant erroné. Les enquêtes effectuées dans le cadre de la procédure pénale impliquant Monsieur ZA_____ ont en effet permis d'établir que les défendeurs avaient retiré du compte de la société, en juillet 1998, un montant de Fr. 120'000.-- provenant de la vente du fonds de commerce du « Y». Tant Monsieur ZA_____, administrateur au bénéfice de la signature individuelle, que Monsieur Z_____, directeur possédant une procuration individuelle sur les comptes de la Société, pouvaient et auraient dû affecter ce montant au paiement des dettes sociales. Force est cependant de constater que cette somme n'a pas été affectée au paiement des cotisations paritaires arriérées. Tout porte à croire en réalité que Monsieur ZA_____, après avoir racheté 67% du capital-social de ZSA (YY SA) – lequel possédait le capital-actions de la société -, a préféré privilégier ZSA et éteindre une partie de ses dettes, ainsi que Me MAURER l'a lui même souligné. Tout porte à croire également que Monsieur Z_____, disposant de pouvoirs étendus au sein de la Société et organe de fait, a également préféré éteindre une partie des dettes de ZA dans la mesure où il était associé et détenteur d'une part de 19'000 fr. (sur un capital social de 20'000 fr.) de la société YZ. SA, laquelle souhaitait notamment reprendre le personnel et le bail de la société ZSA.

Or, les défendeurs n'ignoraient pas l'existence des cotisations arriérées de la société puisqu'ils en avaient été informés par la caisse. Alors qu'ils ont eu les moyens de diminuer la dette de la société envers la caisse, ils ont délibérément choisi d'affecter les fonds de la société à d'autres fins. Ce faisant, ils ont contribué au dommage de la caisse. Il sied encore de rappeler que, dans le cadre de la procédure visant YY SA, il a pu être établi que les défendeurs s'étaient employés à vider cette dernière société de ses derniers actifs. Cette manière d'agir a conduit YY SA au dépôt de bilan. Il apparaît ainsi que Messieurs ZA_____ et Z_____, ont sciemment retardé la requête de faillite de la société jusqu'à que le cabaret « Z » soit vendu à Monsieur C_____. Au vu de ses éléments, ils ont donc pleinement engagé leur responsabilité envers la société, leurs comportements tombant à l'évidence sous le coup de l'art. 52 LAVS.

Pour le surplus, le montant du dommage n'est ni contesté ni sujet à discussion et représente les cotisations d'assurances sociales impayées jusqu'en janvier 1998.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ

A la forme :

1. Déclare recevable la demande en mainlevée déposée le 22 octobre 1999 par la CIAM contre Messieurs A_____, D_____, ZA_____ et Z_____ ;

Au fond :

2. Rejette la demande de mainlevée en ce qui concerne Monsieur A_____ ;

3. L'admet en ce qui concerne Messieurs D_____, ZA_____ et Z_____ ;

4. Prononce la mainlevée des oppositions formées par Messieurs D_____, ZA_____ et Z_____ ;

5. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions ;

6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement qu'elle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

La greffière : La Présidente :

Janine BOFFI Karine STECK

La secrétaire-juriste : Flore PRIMAULT

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