RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1275/1999 **ATAS/216/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

2ème chambre

du 22 mars 2005

En la cause

CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES, domiciliée 98, rue de Saint-Jean à Genève demanderesse

contre

Monsieur G_____,
Monsieur Y_____,
Monsieur M_____, Défendeurs

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mme Valérie MONTANI et Karine STECK, juges.

EN FAIT

1. La société A & S Décoration SA (ci-après la société) a été crée à Genève le 3 avril 1991, et inscrite au Registre du commerce. Elle avait comme but le commerce de literie et de mobilier, la décoration d'intérieur. Monsieur M_____ en a été administrateur de mars 1992 au 12 octobre 1994, avec signature individuelle. Monsieur Y_____ en a été directeur pour la même période, avec signature individuelle. Le 12 octobre 1994 Monsieur G_____ est devenu administrateur avec signature individuelle, et Monsieur Y_____ directeur, également avec signature individuelle.

2. La société était affiliée auprès de la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'ASSURANCE VIEILLESSE ET SURVIVANTS DE LA FEDERATION ROMANDE DES SYNDICATS PATRONAUX, aujourd'hui FER-CIAM (ci-après la caisse) pour son personnel salarié.

   Il ressort du relevé de compte de la Caisse au 20 décembre 1994 que les cotisations du trimestre mai à juin 1993 n'ont été payées qu'en février 1994, après taxe et amende ; le trimestre juillet à septembre 1993 n'a été payé, dans les mêmes circonstances, qu'en février 1994 ; le trimestre octobre à décembre 1993 a été payé au mois de mai 1994 également après taxe de sommation et amende ; les trimestres janvier à mars 1994 et avril à juin 1994 n'ont été payés que portérieurement à la faillite. Les cotisations sont restées impayées depuis le mois de juillet 1994. Par ailleurs, la société a été régulièrement taxée d'office pour ne pas avoir remis les documents nécessaires à la fixation des cotisations. C'est ainsi que les attestations de salaires 1994 et 1995 ont été remplies en date du 6 février 1995 , par Monsieur Y_____. En date du 7 février 1995 Monsieur M_____ a versé à la Caisse un montant de Fr. 9'621,35, qui a été imputé sur les périodes encore dues pendant son mandat d'administrateur. Par courrier du 16 février 1995 la Caisse a informé Monsieur G_____ de la situation, à savoir que le solde de cotisations impayées se montait Fr. 13'227,10.

3. Par jugement du Tribunal de première instance du 27 mars 1995, la faillite de la société a été prononcée. L'ouverture de la faillite a été publiée le 2 juin 1995.

4. En date du 30 mai 1995 la Caisse a déposé plainte pénale auprès du Procureur général contre Messieurs Y_____ et G_____ pour non-paiement de la part pénale.

5. L'état de collocation a été déposé et publié en date du 25 mars 1998. Par courrier du même jour, l'Office des poursuites et faillites a indiqué aux créanciers que, sur la base de l'estimation des actifs, le dividende maximum prévisible pour les créanciers chirographaires pouvait être évalué à 1%.

6. Par décisions du 24 mars 1999, la Caisse a réclamé la réparation de son dommage à Messieurs M_____ et Y_____, pour un montant de Fr. 9'040,90 (complément de cotisations avril à juin 1994, cotisations juillet à septembre 1994, solde d'intérêts moratoires, frais de poursuites et taxes de sommation), Messieurs G_____ et Y_____, pour un montant de Fr. 11'433,30 (même période plus cotisations d'octobre à décembre 1994).

7. Monsieur Y_____ n'a pas fait opposition. Monsieur M_____ a fait opposition par fax et courrier du 22 avril 1999. Monsieur G_____ a fait opposition par courrier du 25 avril 1999, complété par un courrier du 3 mai 1999, tant pour lui-même que pour le compte de Monsieur Y_____. Il indique que lorsqu'il a été nommé administrateur en octobre 1994, aux fins d'assainir la société, on l'avait assuré que toutes les cotisations sociales étaient réglées. Il n'a pu lui-même consulter la comptabilité, transmise à l'Office des poursuites et s'étonne que le stock n'ait pas suffi à désintéresser la Caisse.

8. Par acte du 12 mai 1999, la Caisse a demandé la mainlevée des oppositions. En tant qu'organe, les défendeurs avaient l'obligation de veiller à ce que la société remplisse ses obligations envers l'assurance vieillesse et survivants. Messieurs M_____ et G_____ n'ont pris aucune mesure pour remédier à la situation ; au contraire ils ont abandonné la gestion de la société à Messieurs Joël et Y_____, sans remplir leur devoir de surveillance. Quand à Messieurs Joël et Y_____ qui géraient la société et agissaient en son nom, ils n'ont pas cherché à régler les dettes de la société à l'égard de la Caisse.

9. Par fax du 31 mai 1999 Monsieur M_____ a maintenu son opposition sans autre précision. Il a communiqué un courrier de Monsieur Y_____, indiquant que Monsieur Y_____ est domicilié à l'étranger. Ce dernier proposait de régler ce litige par le versement d'un montant de Fr. 6'000.- pour solde de tout compte.

   Monsieur G_____ a répondu par acte du 30 mai 1999, confirmant sa totale opposition. Invalide, sans fortune et sans ressource, il considère qu'on l'accuse faussement. Il conteste qu'on puisse poursuivre un organe alors que l'employeur est insolvable. A sa nomination en octobre 1994, on l'a assuré que les cotisations AVS étaient réglées. Comment aurait-il pu les régler avant d'avoir connaissance de l'arriéré, d'autre part il n'y avait plus de salaires versés à cette époque. Le bilan de la Société a été déposé en janvier 1995, de sorte que matériellement il n'aurait pu satisfaire aux règlements des cotisations arriérées, vu sa nomination en octobre 1994.

   Les autres défendeurs n'ont pas fait de commentaires.

10. La cause a été transmise au Tribunal de céans au 1er août 2003, vu la modification de la loi sur l'organisation judiciaire.

11. Priée par le Tribunal d'actualiser cas échéant son dommage, la caisse a répondu le 5 juillet 2004. La proposition de règlement de Monsieur Y_____ avait été refusée, par pli du 6 août 1999. Vérification faite auprès du Parquet du Procureur général, les procédures pénales avaient été classées en octobre 1999. Son dommage restait inchangé. La Caisse proposait d'obtenir le bilan 1993 afin de déterminer si Monsieur G_____ répondait du dommage causé avant son entrée au conseil d'administration en octobre 1994, en application de la jurisprudence en la matière.

12. Par ordonnance du 7 juillet 2004 le Tribunal a invité les défendeurs à produire les bilans et comptes de pertes et profits de 1993, et 1994 si existants, ainsi que les procès-verbaux des assemblées générales tenues dès 1993. Un délai pour ce faire leur a été fixé au 20 août 2004.

13. Le Tribunal a ordonné la comparution personnelle des parties, qui s'est tenue en date du 31 août 2004. Monsieur G_____ a rappelé que lorsqu'il est devenu administrateur à la fin 1994 il n'y avait plus personne dans la société, seul Monsieur Y_____ était encore dans l'entreprise. Il a produit un état provisoire de 1994, selon lequel seul Fr. 14'319.- de salaires avaient été versés en 1994, de sorte qu'il contestait le montant des cotisations réclamées. La caisse a cependant précisé que sur la base de l'attestation de salaire annuelle (ci-après ASA) 1994 le montant des salaires ascendait à Fr. 137'440.-. Les défendeurs ont contesté la signature figurant sur cette attestation. S'agissant de Monsieur A_____ dont le salaire figure sur l'ASA 1994, les défendeurs ont indiqué qu'il devait s'agir d'un peintre. Il a été décidé de vérifier si Monsieur A_____ travaillait comme peintre indépendant ou salarié, et Monsieur Y_____ devait contacter son frère Y_____ en Israël au sujet des ASA 1994 et 1995. La Caisse a encore précisé que c'est Monsieur Y_____ qui était en contact avec elle, encore en mars 1995. S'agissant des documents comptables Monsieur G_____ a indiqué qu'ils étaient tous en main de l'Office des faillites, et qu'il ne lui restait que quelques procès-verbaux du Conseil d'administration.

    A l'issue de l'audience, une instruction écrite auprès de l'Office des faillites a été ordonnée et une nouvelle comparution personnelle des parties prévue.

14. Par pli du 8 septembre 2004, la caisse a communiqué des informations au Tribunal concernant Monsieur A_____, manifestement salarié jusqu'au mois de septembre 1999 où il a été affilié en qualité d'indépendant. La caisse produisait également des commandements de payer, dont deux notifiées en novembre et décembre 1994, soit après la radiation au Registre du commerce de Monsieur Y_____, toutefois reçus par lui. Un autre commandement de payer avait été reçu par Monsieur P_____ dont il appert qu'il a été salarié de l'entreprise jusqu'au 30 novembre 1994 seulement, alors que le commandement de payer lui a été notifié le 17 janvier 1995. Un autre commandement de payer a été notifié à Monsieur Y_____ le 23 février 1995.

15. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 26 octobre 2004, Monsieur Y_____ a indiqué avoir interrogé son frère, qui était bien l'auteur et le signataire des ASA 1994 et 1995. Selon lui cependant les salaires n'avaient jamais été payés, les comptes bancaires étaient déjà bouclés et les locaux rendus. Monsieur G_____ a indiqué qu'il était possible qu'un ou deux chantiers de décoration aient été encore en cours malgré la fermeture des locaux. Monsieur A_____ a par ailleurs produit dans la faillite des salaires pour 1995.

16. Le Tribunal s'est adressé à cinq reprises à l'Office des faillites pour obtenir les documents comptables pertinents, obtenant pour toute réponse en date du 8 décembre 2004 que l'Office recherchait « l'emplacement physique des archives comptables ».

17. Une nouvelle audience de comparution des parties s'est tenue le 21 décembre 2004. Monsieur Y_____ a confirmé ne pas pouvoir donner de motif d'exculpation pour le non-paiement des cotisations. Il a ouvert cette affaire pour son frère, et ne s'en est jamais occupé personnellement, il n'a jamais vu les comptes. S'agissant des locaux il a résilié le bail à l'automne 1994, et a réglé à titre personnel les loyers jusqu'à la fin du bail, à fin avril 1995. S'agissant de Monsieur M_____ il n'est devenu administrateur qu'à la demande de Monsieur Y_____, la société ayant besoin d'un administrateur de nationalité suisse. Monsieur G_____ a rappelé être entré au conseil d'administration pour essayer d'assainir la société. Il s'est notamment adressé aux différents créanciers. A cette époque Monsieur Y_____ lui avait indiqué qu'il n'y avait plus de salariés. Lorsqu'il a vu Monsieur A_____ dans les locaux il en a reparlé à Monsieur Y_____ qui lui a indiqué qu'il terminerait à la fin du mois, lui remettant copie de sa lettre de congé. Monsieur Y_____ ne travaillait plus dans les locaux mais lui avait promis de lui donner les comptes, ce qu'il n'a pas fait. Au vu de ces allégations la Caisse a accepté de corriger le montant de son dommage en excluant le mois de janvier 1995.

18. Par pli du 5 janvier 2005 Monsieur G_____ a produit des comminations de faillite du 29 mars 1995 relatives à des poursuites notifiées en mars 1994, juillet 1994 et octobre 1994, ce qui établissait selon lui que la société était déjà surendettée avant octobre 1994. Cette vision des choses a été contestée par la caisse, par pli du 26 janvier 2005, qui rappelle que la commination de faillite prouve uniquement que des créanciers ont procédé au recouvrement de leur créance par la voie de la poursuite. Monsieur G_____ s'est, selon elle, contenté d'attendre les comptes qu'il avait demandé à Messieurs Y_____, alors que s'il avait consulté la comptabilité avant d'accepter son mandat, il se serait rendu compte de la situation, notamment vis à vis de l'AVS. Monsieur G_____ n'a réagi qu'en février 1995 après la menace de plainte pénale.

19. Par pli du 28 février 2005 la caisse s'est déterminée une dernière fois sur cette affaire, en transmettant un certain nombre de documents. En particulier y figure, transmise par l'Office des faillites, une lettre de licenciement signée par Monsieur Y_____, le 31 mars 1995, concernant Monsieur A_____, lettre tout à fait contraire à celle transmise par Monsieur G_____ au Tribunal, également signée par Monsieur Y_____. La caisse en déduit que Monsieur A_____ a encore travaillé quelques mois pour la société, malgré sa première lettre de licenciement. En outre, deux chèques de salaire sans provision ont été rédigés à l'attention de Monsieur A_____ au mois de février 1995, pour les mois de janvier et février. La caisse en déduit que les ASA 1994 et 1995 sont donc exacts. En conséquence la caisse n'entend pas déduire du dommage la période de janvier 1995, et maintient son dommage à Fr. 11'433,30 concernant Messieurs G_____ et Y_____.

20. Par pli du même jour Monsieur G_____ indique s'être rendu à diverses reprises au domicile de Monsieur Y_____ pour obtenir la comptabilité de la société, qu'il traitait sur son ordinateur. Ces comptes lui ont été promis plusieurs fois. Il considère avoir assumé tout les devoirs liés à sa fonction. S'agissant de Monsieur A_____ il se base sur la lettre de licenciement qu'il a remise au Tribunal, et rappelle l'absence de fond dans la société pour lui payer des salaires à partir d'octobre 2004, de sorte qu'il n'y a pas de dette de cotisations pour ce montant. Si d'ailleurs un salaire avait été versé à Monsieur A_____ au-delà de cette date, c'est sur des fonds privés, puisque la société n'avait plus de compte bancaire ni de liquidités.

21. Après transmission de ses écritures aux parties, par pli du 11 mars 2005, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

   Par ailleurs, la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 a été modifiée et un Tribunal cantonal des assurances sociales a été institué dès le 1er août 2003, statuant en instance unique, notamment sur les contestations relatives à

la loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (cf. articles 1, lettre r) et 56V LOJ – E 2 05). Conformément à l'article 3 al. 3 des dispositions transitoires de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la LOJ, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la présente loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants sont transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales.

Le Tribunal de céans est dès lors compétent pour juger du cas d'espèce.

2. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) est entrée vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'article 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS – RS 831.10). Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'article 52 LAVS et les articles 81 et 82 du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS – RS 831.101) ont été abrogés. Le cas d'espèce reste néanmoins régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel le juge des assurances sociales n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de faits postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 127 V 467 consid. 1, 121 V 366 consid. 1b; cf. également dispositions transitoires, article 82, alinéa 1 LPGA).

3. Aux termes de l'article 82, alinéa 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 l'année après qu'elle a eu connaissance du dommage. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit en l'occurrence d'un délai de péremption à considérer d'office (ATF 113 V 181 = RCC 1987, p. 607, ATF 112 V 8, consid. 4 c = RCC 1986, p. 493). Lorsque ce droit dérive d'un acte punissable soumis par le code pénal à un délai de prescription de plus longue durée, ce délai est applicable (cf. article 82, alinéa 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, p. 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a "rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer" (cf. Fritsche : "Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd. p. 112), d'où 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 (cf. ATF 119 V 92 consid. 3; 118 V 196 consid. 3a; VSI 1995, p. 169-170, consid. 2; ATF 116 II 161, consid. 4a; 116 V 75, consid 3b = RCC 1990, p. 415).

En l'espèce, l'état de collocation a été déposé et publié le 25 mars 1998, et il résultait que seul un dividende d'environ 1% était prévisible pour les créanciers chirographaires. Dès lors, en notifiant ses demandes en réparation du dommage en date du 24 mars 1999, la Caisse a agi dans le délai d'une année imparti à l'article 82 al. 1 RAVS. Elle a également respecté le délai de cinq ans à compter du fait dommageable (cf. RCC 1991 p. 136 consid. 2c ; Nussbaumer, Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'article 52 LAVS, in RCC 1991 p. 405).

4. Les défendeurs ont tous formé opposition dans les 30 jours dès la notification de la décision, conformément à l'article 81 alinéa 2 RAVS, et la Caisse a saisi la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants, alors compétente, dans le délai légal de 30 jours à compter de cette opposition, conformément à l'article 81 al. 3 RAVS. En conséquence les oppositions de même que l'action de la caisse sont recevables.

5. Aux termes de l'article 52 de la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS - RS 831.10), l'employeur doit couvrir le dommage qu'il a causé en violant les prescriptions intentionnellement ou par négligence grave. Il sied de rappeler que l'article 52 LAVS est une disposition spéciale (cf. RCC 1989 p. 117).

   a) En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la Caisse en raison de la faillite de la société, pour un montant de Frs. 11'433 fr.30, au titre de cotisations paritaires AVS-AI-APG-AC non payées, correspondant à un complément de cotisations avril à juin 1994, aux cotisations de juillet à septembre, et octobre à décembre 1994, à un solde d'intérêts moratoires, ainsi qu'aux frais de poursuites et taxes de sommation.

   L'article 14, alinéa 1 LAVS en corrélation avec les articles 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 des assurances a déclaré, à réitérées reprises, que la responsabilité de l'employeur au sens de l'article 52 LAVS est liée au statut de droit public (ATF 112 V 155, consid. 5; RCC 1987, page 220). L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'article 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (ATF 111 V 173, consid. 2; 180 V 186, consid. 1a, 192 consid. 2a; RCC 1985, page 646, consid. 3a).

Le TFA 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'AVS (RCC 1978, page 259; RCC 1972, page 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 (cf. ATFA du 28 juin 1982, RCC 1983, page 101).

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 (cf. Nos 7004 ss des directives de l'OFAS sur la perception des cotisations - DP; ATF 114 V 79, consid. 3; 113 V 256, consid. 3c; RCC 1988, page 136, consid. 3c; ATF 111 V 173, RCC 1985, page 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 (cf. no 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le TFA s'est toujours référé à l'article 754, 1er alinéa, en corrélation avec l'article 759, 1er alinéa du 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'elle leur cause 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'article 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 du 21 avril 1988 en la cause A; Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., pages 209 et ss).

Dans le cas d'espèce, il résulte de l'extrait du Registre du commerce que les défendeurs étaient inscrits en qualité d'administrateur (Messieurs M_____ et G_____) ou de directeur (Messieurs et Y_____), tous au bénéfice d'une signature individuelle. Les défendeurs étaient ainsi indiscutablement des organes de la société faillie (art. 754 al. 1 CO).

c) De jurisprudence constante, le TFA 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. Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (cf. ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985 p. 51 consid. 2a et p. 648 consid. 3b).

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). Lors d'une passe de trésorerie difficile, un employeur peut ne pas répondre du dommage lorsqu'il avait des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il parviendrait à sauver son entreprise en retardant le paiement des cotisations (cf. VSI 1996 p. 228). Par ailleurs dans certaines circonstances et si la durée pendant laquelle les cotisations sont restées en souffrance est particulièrement courte, il est possible d'exculper un ancien organe (cf. ATF 108 V 186 ss, RCC 1983 p. 100 consid. 1b; ATF 108 V 200 ss, RCC 1983 p. 106 consid. 1; VSI 1996 p. 228 et suivantes). Le conseil d'administration répond des cotisations même si elles étaient déjà échues à son entrée en fonction, sauf si la société est en état de surendettement à ce moment, mais il peut répondre alors de l'aggravation du dommage. Il y a, en effet, négligence grave à accepter un poste sans possibilité d'action (cf par ex. VSI 1994 p. 212, et ATFA du 30.11.04 cause H. 96/03), et il y a un lien de causalité entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations, condition sine qua non (cf. RCC 1992, p. 262 et ss, not. 269). Celui qui entre au conseil d'administration comme homme de paille, et ne fait pas usage des droits et obligations liés à sa charge, est responsable du dommage (RCC 1986 p. 421 ; ATFA H 318/03). Enfin, le juge n'est pas lié par un prononcé pénal, sauf s'agissant des faits et dans le cas où celui-là retient l'intention (cf. ATF 111 V 177 ; ATFA susmentionné).

Lorsqu'il y a plusieurs organes, il faut voir pour chacun d'eux s'il y a négligence grave. Si l'un est responsable de la gestion, les autres ont une obligation de surveillance (cf. art. 716 CO ; ATFA cause D.H.I. SA du 6.07.95).

6. Au vu de ce qui précède, il y a lieu d'examiner la responsabilité de chacun des défendeurs.

a) S'agissant de Monsieur G_____, il faut retenir qu'il est entré au conseil d'administration à mi-octobre 1994. A ce moment-là, la plus grande partie du dommage était créée. La société allait cesser d'exister sous peu, le bail avait été résilié de même que la plupart des contrats de travail. Trois mois plus tard le bilan était déposé, le défendeur n'ayant pu assainir la société malgré sa volonté. Administrateur, il avait une obligation de surveillance, et non de gestion, celle-ci étant confiée au directeur. Au mois de février il recevait le premier courrier de la caisse à titre personnel, mais le bilan était déjà déposé. Il subsiste un doute sur le surendettement de la société à cette période qui n'a pu être établi les pièces comptables n'ayant pas été retrouvées. Le Tribunal retiendra cependant que tel était le cas avec une grande vraisemblance, et que, quoi qu'il en soit, le lien de causalité entre le dommage et l'action, ou l'inaction, du défendeur fait défaut.

Par conséquent, la mainlevée de l'opposition devra être rejetée le concernant.

b) Le cas de Monsieur Y_____ est différent. De son aveu même, il ne s'est pas préoccupé de la société, a fortiori pas des dettes sociales. Or, sa fonction de directeur inscrit au Registre du commerce en faisait, aux yeux des tiers, un dirigeant, muni par ailleurs de la signature individuelle. Il est en conséquence responsable du dommage, pour avoir accepté cette fonction sans volonté d'en assumer les responsabilités, s'être présenté officiellement aux tiers comme son dirigeant, et avoir ainsi laissé le dommage se créer puis s'aggraver. Le lien de causalité est ici évident. La mainlevée de son opposition sera par conséquent admise.

c) Ainsi en est-il également de la mainlevée de l'opposition concernant Monsieur M_____, homme de paille par excellence, sans motif aucun d'exculpation.

*****

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 l'action en responsabilité de la caisse, du 12 mai 1999, recevable.

Au fond :

2. Ordonne la mainlevée des oppositions faites par Messieurs M_____ et Y_____ à la décision en réparation de dommage du 24 mars 1999.

3. Rejette la demande de mainlevée faite à l'encontre de Monsieur G_____.

4. Dit que la procédure est gratuite.

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

Le greffier:	La Présidente :
Pierre Ries	Isabelle Dubois

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