RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1283/1999 **ATAS/395/2004**

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 DES ENTREPRISES ROMANDES, 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. **Madame M_____** **et** **Monsieur T_____**, comparant par Me Soli Pardo en l'Etude duquel il élit domicile.	Défendeurs anciens responsables de X SA (faillie)

Siégeant : Mme Karine STECK, Présidente
Mmes Juliana BALDE et Maya CRAMER, juges

EN FAIT

1. X SA, précédemment dénommée Y SA (ci-après la société), a été inscrite au Registre du commerce de Genève (RC) le 2 décembre 1953. Elle avait pour but le management, la gérance et l'exploitation de fonds de commerce, notamment dans le domaine de la restauration, de l'hôtellerie, de dancings et de discothèques. La société a été dissoute d'office le 28 avril 1999, car elle n'avait pas de domicile légal au lieu de son siège statutaire.

2. Le capital-actions a d'abord été détenu par Z SA, société appartenant à Monsieur C_____. L'ensemble du capital-actions a été vendu en mars 1996 à XX SA, détenue par Monsieur K_____, Russe interdit d'entrée en Suisse. A cette époque, la justice pénale genevoise avait ouvert une enquête pour blanchiment d'argent autour du cabaret « Y», exploité par la société.

3. Monsieur C_____ a été administrateur unique du 2 juin 1993 au 5 février 1996, puis administrateur vice-président avec signature collective à deux jusqu'au 7 juin 1996. Puis Monsieur K_____ a été administrateur–président avec signature individuelle du 5 février 1996 au 22 octobre 1996. Monsieur D_____ l'a remplacé et a été administrateur unique avec signature individuelle du 22 octobre 1996 au 13 mars 1998, date à laquelle il a été démis de ses fonctions. Le 14 novembre 1997, Madame M_____ et son époux, Monsieur T_____, ont été nommés conjointement directeurs, avec signature collective à deux avec l'administrateur, puis signature individuelle du 9 février 1998 jusqu'au 27 juillet 1998. Le 24 mars 1998, Madame M_____ a été nommée administratrice unique. Le 16 juillet 1998, Monsieur ZA_____ est devenu administrateur à son tour avec signature individuelle et Monsieur Z_____ a obtenu une procuration individuelle.

4. Le 4 mars 1997, la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'ASSURANCE VIEILLESSE ET SURVIVANTS DE LA FEDERATION ROMANDE DES SYNDICATS PATRONAUX (ci-après la CIAM), à laquelle était affiliée la société, a réclamé l'attestation des salaires payés durant l'année 1996 (pièce 18 du chargé de la CIAM [ci-après : pièce caisse]).

5. Le 10 juin 1997, Monsieur D_____, alors administrateur unique, a informé la CIAM qu'il venait de reprendre en mains la société. Il a sollicité un délai de quelques semaines pour mettre à jour la comptabilité et effectuer les paiements nécessaires. Il a assuré qu'après un premier contrôle de la situation, l'entreprise était saine et que rien ne pouvait justifier une telle situation, sinon une négligence de la personne en charge de la gestion (pièce 19 caisse).

6. Le 11 juillet 1997, l'administrateur a demandé un nouveau délai, en expliquant que la comptabilité des deux dernières années était à refaire. Il a proposé d'envoyer certains relevés de salaires provisoires concernant 1996 et 1997, ce qu'il a fait le jour même (pièces 17 et 20 caisse).

7. Le 20 octobre 1997, la CIAM a réclamé le complément de cotisations paritaires arriérées pour l'année 1996 ainsi que pour la période d'avril à août 1997. Le montant dû s'élevait à Fr. 133'054.65. S'y ajoutait une somme de Fr. 55'172.45 à titre de part pénale (pièce 21 caisse).

8. Le 27 octobre 1997, l'administrateur a demandé un délai au 15 novembre 1997 pour le règlement des arriérés de cotisations. Il a expliqué être parvenu à vendre le cabaret « XY» - propriété de la société XZ SA dont il était également l'administrateur et dont le capital-actions appartenait à la société depuis mars 1996 - et attendre les fonds de la vente (pièce 17 caisse).

9. Le 28 novembre 1997, l'administrateur a expliqué à la CIAM que, lors de la reprise de la société par les nouveaux actionnaires au début de l'année 1996, il avait été décidé contractuellement que le vendeur devait assumer toutes les dettes au 31 décembre 1995. Cet arrangement n'avait pas été respecté, ce qui avait mis la société face à de graves difficultés financières. Il a assuré ne pouvoir honorer ses engagements à l'égard de la CIAM mais lui a adressé le règlement des cotisations (part retenue aux employés) pour 1996 (soit Fr. 32'952.35), ainsi que celles de l'année 1997 (soit Fr. 58'249.15 ; pièce 22 caisse).

10. Le 1er novembre 1997, l'administrateur a informé la CIAM que les fonds de la vente du cabaret « XY» avaient été séquestrés sur ordre du juge d'instruction, suite à l'enquête ouverte à l'encontre des actionnaires russes (pièce 17 caisse).

11. Le 8 janvier 1998, la CIAM a menacé l'administrateur de déposer plainte pénale à son encontre pour soustraction de cotisations pour le complément de l'année 1996 et la période d'avril à octobre 1997. Elle lui a octroyé un dernier délai au 22 janvier 1998 pour fournir des explications concrètes quant à l'amortissement de la dette et préparer un plan de paiement. Le solde des cotisations impayées s'élevait à Fr. 159'084.30. S'y ajoutait un montant de Fr. 65'430.65 à titre de part pénale (pièce 23 caisse).

12. Le 21 janvier 1998, la CIAM a une fois encore réclamé des explications ainsi que le solde des cotisations impayées, en menaçant de déposer plainte pénale (pièce 24 caisse).

13. Le 26 janvier 1998, Monsieur T_____, directeur de la société depuis le 14 novembre 1997, a versé à la CIAM Fr. 20'000.-- à titre de part pénale pour le

complément de l'année 1996, en promettant de s'acquitter du solde dans les meilleurs délais (pièce 17 caisse).

14. Le 2 février 1998, il a informé la CIAM que les arriérés n'avaient pas encore été réglés parce que l'administrateur était malade. Il a en outre allégué que ce dernier avait fait preuve de laxisme et n'avait pas respecté ses engagements envers la société, raison pour laquelle il avait été chargé de redresser la situation. Or, il n'était entré en possession des comptes que peu de temps auparavant (pièce 17 caisse).

15. Le 10 février 1998, la directrice a versé Fr. 50'000.- à la CIAM (pièce 17 caisse).

16. Le 3 mars 1998, la CIAM a réclamé l'attestation des salaires pour 1997. Ayant appris que le cabaret « Y» avait été fermé par la police le 2 mars 1998, dans le cadre de l'instruction pénale en cours, la CIAM a cessé de lui adresser des factures, les employés étant désormais au chômage. La société était jusqu'alors au bénéfice d'une facturation forfaitaire de Fr. 14'402.-- par mois. La caisse a relevé qu'il subsistait encore Fr. 176'943.40 d'arriérés de cotisations pour les périodes de décembre 1997, février et mars 1998 et le complément de l'année 1997, ainsi qu'un montant de Fr. 43'646.60 (part pénale) (pièces 25 et 26 caisse).

17. Le 4 mars 1998, Madame M_____ a accepté le mandat d'administratrice, à condition qu'elle n'encourait aucune responsabilité quant aux dettes antérieures à son mandat et que les actionnaires s'engageait à assainir la situation financière au plus tard fin mars 1998 afin de rendre l'exploitation de l'établissement possible. C'est ainsi que le 13 mars 1998, lors d'une assemblée générale extraordinaire tenue à Barcelone, l'administrateur précédent a été démis de ses fonctions et Madame M_____ nommée à sa place. En outre, le précédent organe de contrôle YX SA a été remplacé par l'entreprise YY SARL (pièces 1 et 2, chargé M_____).

18. Le 3 juin 1998, Me MAURER, représentant Monsieur C_____, a fait parvenir à l'administratrice de la société une offre d'un million de francs pour le cabaret « YZ». Cette proposition de vente a également été communiquée aux actionnaires (pièce 4 chargé M_____).

19. Le 11 juin 1998, le réviseur, avec l'aide du comptable de la société, a rendu son rapport. Un manque de caisse de Fr. 54'187.-- pour la période du 7 avril 1997 au 10 mai 1997 avait dû être provisionné, cette somme ayant disparu à la suite d'une malversation. Le compte débiteur, de Fr. 612'002.58, comprenait un montant de Fr. 595'846.93 dû par Z SA (appartenant à Monsieur C_____ ; une procédure pénale avait été engagée contre celui-ci pour un montant de

Fr. 400'000.--, suite aux retraits d'argent effectués sur le compte bancaire de la société), ainsi qu'une procédure de poursuite, toujours en cours (au stade de la commination de faillite). L'ensemble des deux procédures représentait une somme de Fr. 1'175'923.49, soit un montant supérieur à celui figurant à l'actif du bilan, écart que l'on pouvait qualifier de réserve latente à condition que ces montants soient effectivement encaissés. Les fournisseurs et créanciers – au nombre desquels figuraient les caisses AVS et LPP - totalisaient Fr. 1'716'298.80. Le compte créancier actionnaires, de Fr. 1'211'955.59, avait été postposé au 31 décembre 1997. La perte reportée au 31 décembre 1996, de Fr. 362'804.66, et celle de l'exercice 1997, de Fr. 468'150.04 (soit Fr. 830'954.70 au total), dépassaient la moitié des fonds propres (Fr. 112'000.--). Le réviseur a dès lors attiré l'attention de l'administratrice sur le surendettement de la société (pièce 3 chargé M_____).

20. Le 20 juin 1998, Monsieur K_____ a cédé 67% du capital-actions à Monsieur Z_____. Le même jour, à l'occasion d'une assemblée générale extraordinaire tenue à Paris, le mandat de l'administratrice a été révoqué avec effet immédiat (pièces 5 à 7 chargé M_____).

21. Le 7 juillet 1998, à l'occasion d'une assemblée générale extraordinaire à Lyon, Monsieur ZA_____ a été nommé administrateur. Ce dernier était aussi administrateur de la société ZX. SA, exploitant déjà un établissement public au Tessin. Cette entreprise entendait reprendre l'exploitation de la société, raison pour laquelle Messieurs ZA_____ et Z_____ étudiaient avec l'organe de contrôle les possibilités d'assainissement et les possibilités de la reprise de l'exploitation du cabaret « Y» (pièce 1, assuré).

22. Le 7 juillet 1998, Monsieur Z_____ a affirmé à la CIAM qu'il avait l'intention de payer certains arriérés, notamment les cotisations sociales. Il a promis de verser un important montant au service des ventes de l'Office des poursuites et faillites (OP), principalement pour la CIAM, ce qui représenterait le 25% de leur futur arrangement (pièce 28 caisse).

23. Le 13 juillet 1998, la société, représentée par Monsieur Z_____, a sous-loué à ZX. Sàrl - représentée par Monsieur ZA_____ - les locaux affectés à l'exploitation du cabaret (jugement du Tribunal de Police de la République et canton de Genève du 12 mai 2000 en la cause P/12428/99, p. 6).

24. Le 23 juillet 1998, la CIAM a fait parvenir à la société le relevé des cotisations impayées. Le solde débiteur s'élevait à Fr. 214'681.75 (pièce 29 caisse).

25. Le 13 août 1998, la société a proposé un arrangement à l'OP afin de suspendre l'enlèvement des objets saisis pour le 24 août 1998. Le total des poursuites se montant à Fr. 165'400.--, elle proposait le paiement d'un acompte de Fr. 15'000.-- immédiatement, puis de Fr. 15'000.-- mensuellement pendant 10 mois (pièce 30 caisse).

26. Le 18 août 1998, la société a cédé le bail à ZX Sàrl (jugement TP du 12 mai 2000, p. 6).

27. Le 20 août 1998, la société a averti la CIAM qu'elle n'occupait plus de salariés depuis le début du mois (pièce 31 caisse).

28. Le 10 septembre 1998, la société a proposé d'acquérir la totalité du mobilier mis sous saisie, estimé à Fr. 8'190.--, pour un montant de Fr. 20'000.--, ce que la CIAM a refusé (pièces 32 et 33 caisse).

29. Le 14 septembre 1998, YSA, représentante du bailleur, a restitué à Monsieur Z_____ et à un autre signataire la garantie de loyer de Fr. 32'000.--, aussitôt reversée par Monsieur Z_____ sur un compte au nom de ZX. Sàrl (jugement TP du 12 mai 2000, p. 6).

30. Le 21 septembre 1998, un procès-verbal de saisie valant acte de défaut de biens a été délivré à la CIAM pour un montant de Fr. 13'850.90, correspondant aux cotisations AVS de décembre 1997 (pièce 16 caisse).

31. Le 23 septembre 1998, Monsieur H_____, de l'organe de contrôle, a informé la CIAM qu'il avait requis la faillite de la société, celle-ci étant en état de dépôt de bilan (pièce 17 caisse).

32. Le 25 septembre 1998, la société a vendu le cabaret « Y» à Monsieur C_____ pour un montant avoisinant deux millions de francs selon Monsieur H_____, un million de francs selon Me MAURER (pièce 59 caisse et jugement TP p. 12).

33. Le 2 octobre 1998, la constitution de la société ZX. Sàrl a été publiée dans la FAO. Cette dernière avait été constituée le 8 septembre 1998 et son but était l'exploitation du cabaret-dancing à l'enseigne « YZ». Les associés étaient Monsieur M_____, pour une part de Fr. 1'000.-- et Monsieur Z_____ pour une part de Fr. 19'000.--.

34. Le 10 novembre 1998, le Tribunal de première instance de la République et canton de Genève (ci-après le TPI) a prononcé la faillite de la société.

35. Le même jour, la CIAM a, par courrier, réclamé à chacun des administrateurs successifs les cotisations paritaires impayées durant la période de leur mandat soit :

- Fr. 132'041.10, plus Fr. 31'346.45 (part pénale), pour la période de décembre 1997 et complément forfait année 1997 à Monsieur D_____,
- Fr. 179'127.--, plus Fr. 49'796.45 (part pénale), pour les périodes décembre 1997, complément au forfait année 1997, février, mars et mai 1998, à Monsieur et Madame T_____,
- et Fr. 225'723.--, plus Fr. 68'246.45 (part pénale) à Messieurs ZA_____ et Z_____ pour les périodes de mai à juillet 1998 et complément janvier à juillet 1998.

Un dernier délai au 24 novembre 1998 leur a été accordé pour fournir des explications concrètes quant à l'amortissement de la dette et proposer un plan de paiement (pièces 38 à 42 caisse).

36. Le 16 décembre 1998, la CIAM a encore demandé à Messieurs ZA_____ et Z_____ de lui fournir l'attestation des salaires payés aux employés durant l'année 1998 (pièces 45 et 46 caisse).

37. Le 17 décembre 1998, elle a produit dans la faillite de la société une créance de Fr. 185'655.15, correspondant aux cotisations impayées pour la période d'octobre 1997 à juillet 1998 (janvier et avril 1998 non compris). La CIAM a expliqué que le montant du dommage était encore provisoire, dans la mesure où il lui manquait les déclarations de salaires de 1998 (pièce 56 caisse).

38. Sans nouvelles des administrateurs, la CIAM les a informés qu'elle allait déposer plainte pénale pour défaut de renseignements (pièces 47 et 48 caisse).

39. Le 15 mars 1999, la faillite de la société a été suspendue puis clôturée faute d'actifs le 26 avril 1999 (pièces 55 et 57 caisse).

40. Le 20 septembre 1999, la CIAM a notifié à Messieurs D_____, T_____, ZA_____ et Z_____ ainsi qu'à Madame M_____ cinq décisions de réparation du dommage. Il était réclamé Fr. 101'310.25 à Monsieur D_____ à titre de cotisations paritaires impayées d'octobre et décembre 1997, ainsi que février 1998 et complément janvier à décembre 1997. En ce qui concernait les époux T_____, le montant réclamé s'élevait à Fr. 160'929.10, et correspondait aux cotisations impayées pour les périodes d'octobre et décembre 1997, février, mars, mai et juin 1998 ainsi que complément pour janvier à décembre 1997 et pour janvier à juillet 1998. En outre, la CIAM réclamait paiement d'une somme de Fr. 175'717.05 à Messieurs

ZA_____ et Z_____ à titre de cotisations impayées pour les mêmes périodes, juillet 1998 en sus (pièces 1 à 6 caisse).

41. Le 21 septembre 1999, Messieurs ZA_____ et Z_____ ont formé opposition contre les décisions prises à leur encontre, sans toutefois signer leur courrier commun. Ils alléguaient en substance n'être aucunement responsables des dettes sociales, dans la mesure où ils n'avaient été impliqués dans la gestion que depuis juillet 1998. Ils ont en outre souligné que la société n'avait plus d'employés depuis début août 1998, ce dont la CIAM avait été informée en temps voulu. Ils ont ainsi reconnu devoir les cotisations du mois de juillet 1998 uniquement. Ils ont encore souligné qu'ils avaient versé Fr. 177'000.—à l'OP afin d'empêcher la poursuite concernant les cotisations impayées pour l'année 1996, dues par les précédents administrateurs (pièce 10 caisse). Le 5 octobre 1999, ces messieurs ont renvoyé leur courrier, signé par Monsieur Z_____ et accompagné d'une procuration de Monsieur ZA_____ (pièce 12 caisse).

42. Le 14 octobre 1999, la CIAM a déposé plainte pénale contre les cinq administrateurs et directeurs successifs (pièces 52 et 53 caisse).

43. Le 15 octobre 1999, Madame M_____ a formé opposition contre la décision de la CIAM par l'intermédiaire de son conseil en alléguant qu'elle n'était pas administratrice au moment des faits (pièce 61 caisse).

44. Le 19 octobre 1999, Monsieur T_____ a également formé opposition par l'intermédiaire de son conseil, arguant qu'il n'avait jamais occupé le poste d'administrateur mais uniquement celui de directeur, du 1er décembre 1997 au 21 juillet 1998. Malgré cette inscription au registre du commerce, il n'avait travaillé que jusqu'en mars 1998, date à laquelle il avait été licencié (pièce 62 caisse).

45. Le 29 octobre 1999, la CIAM a requis la mainlevée des oppositions. Elle a expliqué en substance que toutes les personnes mises en cause avaient été, à un moment ou à un autre, administrateur ou directeur de la société et n'avaient rien entrepris pour diminuer le dommage. S'agissant de Messieurs Z_____ et ZA_____, la CIAM a relevé qu'ils auraient eu la possibilité de payer les dettes de la société, puisqu'ils avaient vendu le fonds de commerce de celle-ci, le cabaret « YZ ». Elle s'est interrogée sur le point de savoir où était passé le produit de cette vente.

46. Le 1er décembre 1999, invité à se déterminer, Monsieur T_____ a expliqué avoir occupé le poste de directeur du 1er décembre 1997 au 1er juillet 1998. Il a disposé de la signature collective à deux avec l'administrateur, Monsieur

D_____, jusqu'au 30 janvier 1998, puis dès cette date et jusqu'au 21 juillet 1998, de la signature individuelle. L'administrateur a également bénéficié de cette signature individuelle jusqu'au mois de mars 1998. Monsieur T_____ a toujours été en conflit avec l'administrateur, qui agissait comme bon lui semblait sans le consulter, se contentant de lui donner des ordres. Il allègue n'avoir été qu'un simple exécutant, ne disposant d'aucun pouvoir réel, n'ayant pas accès aux comptes. Les paiements effectués dans l'espoir de régulariser la situation de la société relativement aux cotisations sociales ont systématiquement été affectés au paiement des cotisations é C_____ es dans le but de combler le retard accumulé.

47. Le 20 décembre 1999, Madame M_____ a relevé avoir été inscrite au registre du commerce en tant que directrice avec signature collective à deux avec Monsieur D_____ dès le 14 novembre 1997. Dès le 9 février 1998, elle s'est vu conférer la signature individuelle, toujours en qualité de directrice. Elle a ensuite été inscrite en qualité d'administratrice avec signature individuelle du 24 mars 1998 au 16 juillet 1998. Cela étant, elle n'aurait jamais exercé, de manière effective la fonction de directrice en tant que telle dès le mois de novembre 1997, mais se serait contentée de mettre à disposition de la société son certificat de capacité de cafetier-restaurateur. Dès le début du mois de février 1998, elle a obtenu une signature individuelle et a alors appris l'existence d'un important arriéré de cotisations auprès de la CIAM, sans en connaître le montant exact. Elle a également constaté que la comptabilité n'était plus régulièrement tenue et qu'aucune déclaration de salaire n'avait été adressée à la CIAM. Comme elle avait accès aux comptes bancaires, elle a retiré 50'000 fr. pour les remettre à la CIAM le 10 février 1998. Cette somme a été affectée à des arriérés de factures relatifs aux périodes 1996 et 1997. Par ailleurs, elle rappelle lorsqu'elle avait accepté son mandat d'administratrice en mars 1998, il avait été convenu avec le précédent propriétaire, Monsieur K_____, qu'elle n'assumerait aucune responsabilité quant aux dettes antérieures de la société. Compte tenu de l'absence de comptabilité, elle a exigé la nomination d'un nouveau réviseur (YYSARL). Elle a ensuite établi les déclarations de salaire pour l'année 1997. Une fois en main du rapport comptable établi par le nouveau réviseur le 11 juin 1998, et vu l'état de surendettement de la société, elle a indiqué à l'actionnaire qu'elle s'occuperait de déposer le bilan. Son mandat a alors été révoqué le 20 juin 1998.

48. Le 22 décembre 1999, Messieurs Z et ZA_____, par l'entremise de leur mandataire commun, ont expliqué qu'au moment de leur entrée en fonction, la société était déjà surendettée et que sa situation était celle d'une société en état de cessation d'activité et dont l'ensemble des actifs avaient été saisis au profit de ses créanciers. Ils ont estimé qu'aucun reproche ne pouvait leur être adressé, dès lors

qu'ils avaient arrêté l'hémorragie en stoppant une affaire déjà périclitante. La fin de la société était d'ailleurs intervenue en septembre 1998, soit deux mois après leur désignation en tant que nouveaux organes.

49. Le 12 mai 2000, le Tribunal de police de la République et canton de Genève (ci-après TP) a rendu un jugement par lequel il a reconnu Messieurs D_____, ZA_____ et Z_____ coupables d'infraction à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants et acquitté Madame M_____ ainsi que son époux (Jugement TP du 12 mai 2000).

50. Le 23 avril 2001, sur appel de Monsieur D_____, la chambre pénale a acquitté celui-ci des infractions qui lui étaient reprochées et annulé le jugement du Tribunal de Police du 12 mai 2000 (arrêt de la chambre pénale du 23 avril 2001 en la cause P/12428/99).

51. Le 25 mars 2004, le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties ainsi que la comparution de Monsieur H_____ de la fiduciaire YY SARL. Seuls Madame M_____, Monsieur T_____ et Monsieur H_____ se sont présentés à l'audience, Monsieur Z_____ et Monsieur ZA_____ étant représentés par leur conseil. Lors de l'audience, Monsieur H_____ a notamment expliqué que si le produit de la vente du cabaret avait été effectivement versé à la société, cela lui aurait permis de sortir de sa situation de désendettement. Madame M_____ a à nouveau expliqué que, lorsqu'elle est devenue directrice, c'était encore Monsieur D_____ qui s'occupait de tout et qu'elle avait accepté ce poste uniquement pour aider son mari, lequel était directeur d'exploitation : ce dernier était titulaire du brevet de cafetier mais ne pouvait l'utiliser, car il ne disposait que du permis B. Elle a rappelé que son mandat d'administratrice avait été révoqué le 20 juin 1998 à son insu et qu'elle pensait que cela avait été fait afin que Monsieur Z_____ puisse s'approprier la société. Elle a confirmé qu'à cette époque, un client important envisageait l'achat du cabaret. Monsieur T_____ a assuré ne s'être occupé que du personnel fixe et des contacts avec les imprésarios et jamais de la comptabilité.

52. Appelés à se déterminer par écrit sur plusieurs points le 6 avril 2004 par le Tribunal de céans, Monsieur Z_____ et Monsieur ZA_____ n'ont pas répondu aux questions posées. Le 7 mai 2004, leur conseil commun a expliqué qu'il n'avait pas réussi à joindre ses clients.

53. Pour le surplus, les faits et allégués pertinents des parties seront repris, en tant que de 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.

3. 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 la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'article 52 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS). Désormais, la responsabilité de l'employeur y est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à et les articles

81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (ci-après RAVS) ont été abrogés. Le cas d'espèce reste 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 déterminant se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). Les dispositions légales seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.

4. a) 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).

b) 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 20 septembre 1999 à Messieurs D_____, T_____, ZA_____ et Z_____ ainsi qu'à Madame M_____ sont donc intervenues dans le délai d'une année prescrit par l'art. 82 al.1 RAVS.

Par ailleurs, Messieurs Z_____ et ZA_____ ont formé opposition le 5 octobre 1999 auprès de la caisse, Madame M_____, le 15 octobre 1999 et Monsieur T_____ le 19 octobre 1999. Les défendeurs ont ainsi formé opposition dans le délai imparti par l'art. 81 al. 2 RAVS.

Enfin, la caisse a respecté le délai de trente jours prévu par l'art. 81 al. 3 RAVS en portant le 29 octobre 1999 son action en mainlevée des oppositions auprès de la Commission cantonale de recours en matière AVS/AI (remplacée depuis lors par le Tribunal de céans).

5a. 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 LAVS 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).

5b. 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 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_____ es 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).

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)

5c. La responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS suppose un rapport de causalité adéquate entre la violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions et la survenance du dommage (MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, vol. II, p. 70 ad. let. f ; KNUS, Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV, thèse Zurich 1989, p. 58/59 ; FRESARD, la responsabilité de l'employeur pour le non-paiement de cotisations d'assurances sociales selon l'art. 52 LAVS, in Revue Suisse d'Assurances, 1987 p. 11).

En matière de cotisations, un dommage (voir ATF 112 V 157 consid. 2) se produit lorsque l'employeur ne déclare pas à l'AVS tout ou partie des salaires qu'il verse à ses employés et que les cotisations correspondantes de trouvent ultérieurement frappées de péremption selon l'art. 16 al. 1 LAVS ou lorsque des cotisations demeurent impayées en raison de l'insolvabilité de l'employeur. Dans la première éventualité, le dommage est réputé survenu au moment de l'avènement de la péremption ; dans la seconde, au moment où les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire, eu égard à l'insolvabilité du débiteur

(ATF 123 V 12, 113 V 256, 111 V 173 consid. 3a ; RCC 1990 p. 304 consid. 3b/aa ; FRESARD, op. cit., p.8 ; MAURER, op. cit., p.69).

Selon la jurisprudence, la causalité est adéquate si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance (ATF 118 V 290 consid. 1c et les références ; ATF 119 V 401 consid. 4a). La question du lien de causalité entre l'inaction d'un administrateur et le non-paiement de cotisations arriérées ne se pose toutefois pas lorsqu'un dommage au sens de l'art. 52 LAVS préexiste, parce que la société était déjà insolvable avant l'entrée du nouveau membre au conseil d'administration (ATF 119 V 401).

5d. En l'espèce, il s'agit de déterminer la responsabilité de chaque défendeur en ce qui concerne le non-paiement des cotisations paritaires arriérées de la société.

Les éléments et explications fournis par Madame M_____ tout au long de la procédure sont révélateurs. Il apparaît, tant au regard des pièces fournies que des informations recueillies dans le cadre de la comparution personnelle des parties le 25 mars 2004, que la défenderesse ne s'est tout d'abord occupée que partiellement de la société avant le 4 mars 1998, date à laquelle elle a été nommée administratrice. Elle a notamment effectué un versement de Fr. 50'000.-- à la demanderesse le 10 février 1998. Elle a mis en place une gestion informatique des salaires et demandé à Monsieur H_____, qu'elle connaissait, de se charger de la révision des comptes afin d'être en mesure de déterminer la véritable situation. Lorsqu'elle a eu connaissance de l'ampleur des dettes et de la situation comptable de la société le 11 juin 1998 et qu'elle a pu constater l'état de surendettement de celle-ci, elle a indiqué à l'actionnaire qu'elle s'occuperait de déposer le bilan. Or, son mandat a été révoqué presque immédiatement, soit le 20 juin 1998, à son insu, l'empêchant ainsi de prendre des dispositions concrètes. La défenderesse ne peut ainsi être tenue pour responsable des dettes sociales, dès lors qu'elle n'a pas failli aux devoirs imposés par la loi : en tant que directrice d'abord, elle a tenté de mettre en place une structure alors même que régnait un désordre incommensurable, en versant Fr. 50'000.-- à la caisse, sachant qu'il existait des dettes sociales dont elle ne pouvait établir le montant exact ainsi qu'en mettant en place une gestion informatique des salaires notamment. Ensuite, dès qu'elle est devenue administratrice, elle a donné mandat à la société fiduciaire YY SARL de remettre de l'ordre dans les comptes, ce qui a permis de faire un point de la situation comptable dès le 11 juin 1998, soit quelque trois mois après sa nomination en tant qu'administratrice. Enfin, lorsqu'elle a connu la situation exacte, elle a manifesté l'intention de déposer le bilan, mais en a été empêchée par la révocation de son mandat. Il apparaît donc qu'elle n'a commis aucune

négligence mais qu'elle s'est occupée avec diligence des tâches qui lui incombaient.

Quant à Monsieur T_____, les éléments figurant au dossier permettent de retenir que ce dernier n'était effectivement pas chargé de l'administration de la société et qu'il devait s'occuper du personnel fixe et des contacts avec les impresari. Son domaine d'activité ne s'étendait ni à la gestion de la comptabilité, ni au paiement des cotisations sociales, les rapports internes ne prévoyant qu'une gestion du personnel fixe ainsi qu'une gestion des contacts de la société. Il ne peut dès lors lui être reproché d'avoir contribué à un dommage qu'il n'aurait de toute façon pas pu empêcher, n'en ayant pas les pouvoirs. Ainsi, il ne peut pas non plus être tenu pour responsable du non-paiement des cotisations sociales.

La situation est tout autre en ce qui concerne Messieurs ZA_____ et Z_____, l'un administrateur possédant la signature individuelle et l'autre au bénéfice d'une procuration individuelle dès le 16 juillet 1998. La question qui se pose en premier lieu est de savoir si le dommage au sens de l'art. 52 LAVS s'était déjà produit lorsque ceux-ci sont intervenus dans la société. En d'autres termes, la société était-elle déjà insolvable avant l'entrée du nouveau membre au conseil d'administration ? Au regard des divers éléments figurant au dossier, force est de reconnaître que, si la société était effectivement surendettée lors de leur intervention, elle disposait encore d'un actif non négligeable, sous la forme du fonds de commerce du cabaret « YZ ». Monsieur H_____ a d'ailleurs précisé que, si le produit de la vente du cabaret avait été effectivement versé à la société, cela lui aurait permis de sortir de sa situation de surendettement. Les défendeurs allèguent dans leurs écritures que le cabaret n'était pas un « actif à la valeur mirobolante » puisqu'il ne s'agissait pas d'un local couru, mais d'un établissement qui avait décliné, dont l'agencement n'avait pas été renouvelé et qui, de surcroît, avait défrayé la chronique au point d'avoir été fermé par la police. Il n'en demeure pas moins qu'un acheteur potentiel s'était annoncé, qu'ils le savaient fort bien, dès lors que des pourparlers étaient déjà entamés depuis un certain temps et que, durant le mois de juin 1998, une nouvelle proposition de rachat de Fr. 1'000'000.-- était parvenue aux actionnaires.

Certes, jusqu'au 20 juin 1998, le principal actionnaire de la société était l'entreprise XX SA dont l'unique actionnaire était Monsieur K_____. A cette époque, Monsieur Z_____ est cependant devenu propriétaire de 67 % du capital-actions de la société. Il a également été mis au bénéfice d'une procuration lui permettant de représenter XX SA, laquelle possédait le solde du capital-actions de la société. En tant que nouveau propriétaire, il s'est empressé de démettre de ses fonctions d'administratrice Madame M_____, alors même que cette dernière recommandait le dépôt de bilan de la société. Par la suite, le 7

juillet 1998, il a nommé Monsieur ZA_____ administrateur, celui-ci étant déjà l'administrateur de la société ZX Sàrl dont Monsieur Z_____ était précisément l'associé et détenteur d'une part de Fr. 19'000.-- (sur un capital social de Fr. 20'000.--).

Il ressort du dossier que, loin de vouloir « stopper l'hémorragie » en liquidant une affaire déjà périclitante, les défendeurs ont acquis la société en sachant pertinemment qu'elle se trouvait surendettée, mais que demeurait encore la possibilité de vendre un actif d'une valeur d'un million de francs au moins. Il est de notoriété publique que l'acheteur intéressé au rachat du cabaret était Monsieur C_____, lequel a acquis le « YZ » le 25 septembre 1998, soit avant la faillite de la société, pour un montant se situant entre 1'000'000 et 2'000'000 de francs (jugement du TP du 12 mai 2000). Cette somme aurait dû être créditée sur les comptes de la société et aurait par conséquent dû servir en premier lieu au désintéressement de la CIAM, laquelle figurait parmi les créanciers privilégiés. Or, cette somme, largement supérieure à la créance de la demanderesse, n'a jamais été affectée au paiement des cotisations sociales en souffrance, et la faillite de la société a été clôturée faute d'actifs le 20 avril 1999.

Ainsi, il apparaît que tant Monsieur ZA_____ que Monsieur Z_____ n'ont pas cherché à « limiter les dégâts » ainsi qu'ils le prétendent mais se sont employés à vider la société de ses derniers actifs, étant précisé encore que Monsieur Z_____ a, par l'entremise de la société ZX. Sàrl, acquis le bail de la société le 18 août 1998 ainsi que le personnel de la société, lequel a été transféré le 1er août 1998 à ZX Sàrl. Cette manière d'agir ne pouvait que conduire la société au dépôt de bilan, ce que ne pouvaient ignorer Messieurs ZA_____ et Z_____, lesquels semblent avoir sciemment retardé la requête de faillite de la société jusqu'à que le cabaret « YZ» soit vendu. Leur comportement tombe à l'évidence sous le coup de l'art. 52 LAVS et tous deux doivent être considérés comme responsables solidairement de l'ensemble du dommage subi par la demanderesse.

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 juillet 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 29 octobre 1999 par la CIAM dirigée contre Messieurs ZA_____, Z_____, T_____ ainsi que contre Madame M_____ ;

Au fond :

2. Rejette la demande de mainlevée en ce qui concerne Madame M_____ et Monsieur T_____;

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

4. Prononce la mainlevée des oppositions formées par Messieurs 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