RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1289/1998 **ATAS/525/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

3ème chambre

du 1er juillet 2004

En la cause

Caisse cantonale genevoise de compensation, 54 route de Chêne, case postale, 1211 Genève 29	Demanderesse
contre	
	Défendeurs
Madame S_____, mais comparant par Me Marc LIRONI en l'Etude duquel elle élit domicile,	Ex-organes de la société X_____ SA (faillie)
Monsieur N_____,	

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,

Mesdames Juliana BALDE et Doris WANGELER, juges

EN FAIT

1. Créée le septembre 1994, la société X_____ SA était affiliée à la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la CCGC). Son but social consistait en la gestion de restaurants (cf. extrait du registre du commerce [RC]). Il s'agissait en fait des restaurants Y_____ et Z_____(pièce 28 caisse).

2. Monsieur B_____, administrateur au bénéfice d'une signature individuelle, a été radié le 18 novembre 1994 et remplacé par Mme S_____, qui a assumé la même fonction jusqu'au 19 avril 1996, date à laquelle elle a été radiée du RC à son tour et remplacée aux mêmes conditions par Monsieur N_____. Monsieur J_____ a assumé la fonction de directeur titulaire d'une signature collective à deux du 18 janvier 1995 au 20 juin 1995. L'organe de révision était la société XX_____ SA.

3. La société a employé six personnes d'octobre à décembre 1994 et dix-huit en 1995. Aucune indication n'a été fournie à la caisse de compensation pour l'année 1996. Aucune cotisation n'a été versée pour les années 1994 et 1995.

4. Plusieurs sommations ont été adressées à la société entre septembre 1995 et juillet 1996 concernant les cotisations d'octobre 1994 à juin 1996 (pièces 9, 14, 19, 22, 25, 26, 36 et 40 caisse).

5. Devant l'impossibilité d'obtenir les attestations de salaires de l'année 1994, la CCGC a déposé plainte pénale auprès du Procureur général contre Madame S_____ le 2 avril 1996 (pièces 34, 37, 38 et 39 caisse).

6. Plainte pénale a également été déposée contre Monsieur N_____ en date du 5 novembre 1997 (pièces 49 à 52 caisse). Cette plainte a finalement été classée le 14 avril 1998, l'intéressé n'ayant pu être atteint (pièce 53 caisse).

7. Faute de décomptes périodiques, la CCGC a alors procédé à une taxation d'office. Les montants dus à titre de cotisations, frais d'administration, frais de taxation et intérêts moratoires ont été établis de la manière suivante :

oct. - déc. 1994 :	Fr. 4'305.60	décision du 18 déc. 1995 (pièce 10 caisse)
janv. - juin 1995 :	Fr. 8'314.10 + Fr. 100.-- d'amende	décision du 29 nov. 1995 (pièce 15 caisse)

juill. - sept. 1995 :	Fr. 4'232.05 + Fr. 100.-- d'amende	décision du 5 fév. 1996 (pièce 20 caisse)
janv. - juill. 1996 :	Fr. 16'958.40 + Fr. 100.-- d'amende	décision rendue après le prononcé de la faillite (pièce 27 caisse)

8. Une assemblée générale extraordinaire s'est tenue en date du 18 avril 1996. Elle avait pour objet exclusif de nommer un nouvel administrateur en remplacement de Madame S_____. C'est ainsi que Monsieur N_____ a été nommé et qu'il lui a été donné décharge pour la période antérieure (cf. pièce 56 caisse et pièce 12 du chargé de Madame S_____ [pièce S.]).

9. Les attestations de salaires des années 1994 et 1995 (pièces 2 et 3 caisse) ont finalement été établies a posteriori par Madame S_____, après la dissolution de la société (pièce 43 caisse). De nouvelles décisions ont alors été rendues, aux termes desquelles le montant des cotisations pour la période d'octobre à décembre 1994 a été fixé à Fr. 4'365.90 et celui des cotisations d'octobre à décembre 1995 à Fr. 44'842.-- (cf. décision du 25 avril 1997 : pièces 12 et 23 caisse).

10. Un contrôle d'employeur a été effectué en date des 9 et 10 avril 1997 et du 30 janvier 1998 (pièces 28 à 30 caisse). La caisse de compensation a pu constater que des salaires n'avaient pas été correctement déclarés en 1995, si bien que le 25 avril 1997, un décompte complémentaire de Fr. 4'365.90 a été établi pour la période d'octobre à décembre 1994 (pièce 12 caisse). Par ailleurs, suite au contrôle un décompte complémentaire de Fr. 1'927.65 a également été établi, correspondant à des salaires de Fr. 14'450.-- versés entre janvier et mai 1995 (pièces 32 et 28 à 31 caisse).

11. Il a été précisé par le contrôleur que : « Pour 1994 et 1995, les grands livres et les pièces comptables [lui] ont été présentés par Madame S_____. Il [a été] difficile de [se] prononcer, car les salaires figurant dans la comptabilité étaient incomplets. L'administratrice de l'époque a expliqué que les salaires étaient en partie payés de la main à la main sans pièce comptable ni justificatif. Par contre, Madame S_____ a certifié que les salaires figurant sur les ASA 94 et 95 étaient exacts. Elle a d'ailleurs signé ceux-ci de sa main. L'année 1996 jusqu'à la date de la faillite n'a pas pu être contrôlée, car il n'y avait pas de comptabilité et, selon Madame S_____, toutes les pièces comptables avaient été emportées par Monsieur N_____ (y compris les classeurs salaires 1994 et 1995 » (pièce 30 caisse).

12. La faillite de la société a été prononcée le 5 juillet 1996 par le Tribunal de première instance et confirmée le 15 août 1996 par la Cour de justice (pièce 4 caisse).

L'ouverture de la faillite, liquidée en la forme sommaire, a été publiée le 9 octobre 1996 (pièce 8 caisse).

13. La CCGC a produit une créance totale de Fr. 88'649.35 représentant les cotisations sur salaires versés ainsi que les cotisations (part employeur) sur salaires produits et les intérêts moratoires (cf. pièces 5, 6 et 7 caisse; cf. également décompte produit en pièce 54 caisse).

14. L'état de collocation a été déposé et publié le 23 juillet 1997 (pièce 8 caisse). La CCGC a alors pu constater qu'aucun dividende n'était prévisible pour sa propre créance.

15. Le 15 juin 1998, la CCGC a notifié une décision en réparation du dommage à Madame S_____ (pour un dommage de Fr. 65'336.05; pièce 59 caisse) et à Monsieur N_____ (pour un dommage de Fr. 82'144.45; pièce 57 caisse). Ont été réclamées à la première les cotisations impayées, y compris intérêts moratoires, frais administratifs, frais de poursuite et taxes de sommation, d'octobre 1994 à décembre 1995. Le second s'est quant à lui vu réclamer celles afférentes à la période d'octobre 1994 à juillet 1996. Le montant de salaires retenu finalement par la caisse était de Fr. 65'380.-- pour l'année 1994, de Fr. 404'287.45 pour l'année 1995 et de Fr. 126'000.-- pour l'année 1996 (pièces 56 à 58 caisse).

16. Tant Madame S_____ que Monsieur N_____ ont formé opposition en date du 15 juillet 1998, respectivement du 20 juillet 1998 (pièces 55 et 60 à 62 caisse). Monsieur N_____ conteste toute responsabilité et fait valoir qu'il n'a été administrateur de la société que pendant deux mois et demi (cf. pièce 55 caisse). Quant à Madame S_____, représentée par Me LIRONI, elle conteste toute responsabilité et affirme avoir assumé sa tâche de manière irréprochable. Elle allègue avoir été hospitalisée de septembre 1995 au début de l'année 1996 et soutient que c'est en réalité l'actionnaire majoritaire, Monsieur F_____, qui prenait toutes les décisions importantes et se comportait en véritable président du conseil d'administration. De nationalité tunisienne, il ne pouvait être formellement administrateur d'une société anonyme (pièce 62 caisse).

17. Sur la base de ces affirmations, la CCGC a notifié en date du 28 août 1998 une décision de réparation du dommage à Monsieur F_____ pour un dommage de Fr. 82'144.45 (pièce 58 caisse), décision à laquelle l'intéressé n'a pas fait opposition.

18. Par courrier du 1er septembre 1998, la CCGC a demandé la mainlevée des oppositions. Elle précise tout d'abord que les décisions de taxation d'office rendues pour les cotisations de l'année 1996, postérieures à la faillite de l'entreprise, n'ont été établies que pour sauvegarder ses éventuelles prétentions à l'égard de Monsieur N_____ et qu'elles sont susceptibles d'être revues à la réception de l'attestation de salaires 1996. La CCGC considère que Madame S_____ a

indiscutablement été organe de la société du 18 novembre au 19 avril 1996. La CCGC a cependant renoncé à lui réclamer le premier trimestre 1996, estimant que son absence pour cause de maladie ne lui permettait pas d'assumer son mandat et qu'elle avait d'ailleurs pris les mesures nécessaires à son remplacement. La CCGC considère que la responsabilité de Madame S_____ est engagée, dans la mesure où il lui appartenait, en tant qu'administratrice unique, d'exercer une surveillance sur Monsieur F_____, lequel n'était ni inscrit au RC ni bénéficiaire d'un droit de signature. La caisse de compensation relève au surplus que Madame S_____ a été accusée de gestion déloyale lors de l'assemblée générale extraordinaire du 18 avril 1996. Quant à Monsieur N_____, il n'a certes accédé à la fonction d'administrateur que le 18 avril 1996 mais il répond également des cotisations échues au moment où il a commencé son mandat. La CCGC relève qu'il était déjà salarié de l'entreprise depuis février 1995 en tant que comptable. La décharge qui lui a été donnée par l'assemblée des actionnaires ne saurait avoir d'effet que sur le plan interne, en aucun cas envers les créanciers de la société. Monsieur N_____ n'a pris aucune mesure pour respecter les dispositions légales concernant l'AVS et n'a jamais donné suite aux demandes de documents de la caisse de compensation. Enfin, la CCGC rappelle qu'en vertu de la jurisprudence, en présence d'une société aussi petite, les exigences envers les administrateurs sont d'autant plus strictes.

19. Dans sa réponse du 20 septembre 1998, Monsieur N_____ a expliqué avoir été engagé par la société en février 1995 en qualité d'aide-comptable. Son travail se limitait alors au rangement et au classement des dossiers. Son salaire ne lui ayant pas été versé durant trois mois, il a fini par démissionner au mois d'octobre 1995. En avril 1996, Monsieur F_____ lui a cependant proposé le poste d'administrateur en remplacement de Madame S_____. Il lui a été demandé d'établir un inventaire des créanciers, d'effectuer les paiements les plus urgents et d'établir un plan de paiement pour le reste. Monsieur N_____ explique avoir été dans l'impossibilité de récupérer la comptabilité, détenue par Madame S_____, laquelle exigeait le paiement de ses honoraires. Avant qu'il n'ait pu prendre les mesures nécessaires, la faillite de la société était prononcée, trois mois après son entrée en fonction.

20. Quant à Mme S_____, elle continue à rejeter toute responsabilité. Elle conteste tout d'abord le montant du dommage, au motif qu'il ne correspondrait pas aux cotisations effectivement dues à la caisse de compensation. Par ailleurs, elle nie avoir commis la moindre négligence. Elle explique qu'ayant dû s'absenter pour cause de maladie grave, elle avait donné pour instructions à Monsieur N_____ d'établir les décomptes de salaires et de s'acquitter des montants dus, ce qui n'a pas été fait. Le 26 octobre 1998, elle a d'ailleurs déposé plainte pénale contre Messieurs N_____ et F_____ pour diffamation, calomnie, injure, banqueroute frauduleuse, diminution effective de l'actif au préjudice des créanciers et gestion fautive (pièce 1 S.), plainte qui a été classée en date du 12 avril 1999 au

motif que le litige l'opposant aux intéressés relevait plutôt du droit civil et qu'il n'avait pas été démontré que les accusés auraient causé ou aggravé le surendettement de la société (pièce 15 S.). Madame S_____ allègue que les problèmes n'ont surgi qu'en 1995, lorsque Monsieur N_____ assumait de fait la fonction d'administrateur.

21. Le 1er mai 2000, le conseil de Madame S_____ a encore produit divers certificats médicaux et décomptes de l'assurance-accidents, attestant d'une totale incapacité de travail du 19 septembre 1995 au 9 janvier 1996 (pièces 16 et 17 S.). S'agissant des comptes d'exploitation et bilans de la société, il a précisé que ceux-ci n'avaient jamais été établis, sa cliente étant tombée malade avant d'avoir pu s'atteler à cette tâche. Il a par ailleurs relevé que la CCGC n'avait pas donné suite à sa plainte pénale.

22. Entendue en comparution personnelle le 1er février 2002, Madame S_____ a assuré que son activité consistait principalement à relever les caisses et à en verser le contenu sur les comptes bancaires. Selon elle, c'est Monsieur F_____ qui gérait en fait la société. Il était d'ailleurs présent dans les restaurants pratiquement tous les jours. C'est cependant elle qui s'occupait des décomptes de salaires. Le classeur contenant ces décomptes ainsi que les demandes de permis de travail auraient disparu durant son hospitalisation. Elle s'occupait également de payer une partie des fournisseurs. Elle dit n'avoir appris que très tard, après son hospitalisation, que les cotisations sociales étaient impayées. Monsieur N_____ a été engagé au mois de février 1995 pour l'aider dans sa tâche. Il était chargé de relever les caisses, de déposer l'argent à la banque, de préparer les paiements. Madame S_____ dit ne pas s'expliquer que les décomptes AVS relatifs au dernier trimestre 1994 et aux trois premiers trimestres de l'année 1995 n'aient pas été reçus par la caisse : dans la mesure où elle avait pour habitude d'établir tous les trois mois les décomptes concernant les sociétés dont elle s'occupait, elle ne voit pas comment elle aurait pu ne pas établir ceux concernant X_____ SA. Elle admet avoir eu la signature sur les comptes bancaires. Elle explique l'absence de comptes et de bilan par le fait que le premier bilan aurait dû être établi à la fin de l'année 1995. Or, à cette époque, certains documents ne lui avaient pas été transmis. Selon elle, les difficultés de la société remonteraient au mois de mai 1995. La priorité était accordée au niveau des paiements aux fournisseurs. Elle-même a été déclarée en état de faillite personnelle le 3 avril 2001. L'intéressée a encore précisé que Monsieur F_____, qui était actionnaire majoritaire, détenait toutes les clés des locaux et se comportait de telle manière que toutes les personnes supposées s'occuper de la société à un titre quelconque était dans l'incapacité de remplir leurs obligations. La défenderesse dit avoir attiré son attention à plusieurs reprises sur les problèmes qui pourraient se poser, notamment en matière d'impôt sur le chiffre d'affaires.

23. Egalement entendu en comparution personnelle le 5 février 2002, Monsieur N_____ a confirmé avoir été engagé au mois de février 1995 en tant qu'aide-comptable. Il explique avoir donné sa démission pour incompatibilité d'humeur au mois de septembre 1995, soit sept mois après son engagement. Par la suite, il a été nommé administrateur au mois d'avril 1996. Durant ce laps de temps, il dit n'avoir plus du tout eu affaire à la société et n'y avoir exercé aucune fonction. Il confirme que l'actionnaire principal, Monsieur F_____, propriétaire de la société, était sur le terrain et ramenait les caisses à Madame S_____ qui, en sa qualité d'administratrice, était chargée des versements et de la comptabilité. Les certificats de travail étaient établis par elle. Il soutient avoir réclamé en vain à Madame S_____ tous les documents comptables et avoir soupçonné que les cotisations AVS n'avaient pas été réglées à satisfaction mais ne pas s'en être inquiété, compte tenu qu'ils étaient encore en début d'année. Il reconnaît cependant ne pas avoir pris contact avec la caisse de compensation. Selon lui, les difficultés seraient apparues au début de l'année 1996. A la question de savoir quelles mesures il aurait prises pour redresser la situation, il explique avoir dénoncé un contrat de gérance, conclu par Madame S_____ alors qu'elle n'en avait pas les pouvoirs, et remboursé la garantie versée. Il a ensuite réglé les factures en accordant la priorité aux fournisseurs et aux employés. Il assure qu'il lui était impossible de se rendre compte de la situation exacte de la société, raison pour laquelle il n'a pas déposé le bilan. Il souligne que la société est tombée en faillite trois mois à peine après sa prise de fonction, ce qui ne lui a pas laissé le temps de faire le point ou de prendre toutes les mesures utiles. Il affirme que les documents comptables n'ont jamais été en sa possession et qu'ils sont restés dans les locaux de la fiduciaire de Madame S_____. Selon lui, la direction était assumée à la fois par cette dernière et par Monsieur F_____.

24. La caisse a persisté dans ses conclusions.

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'article 82 alinéa 1 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS; RS 831.10), le droit de demander la réparation d'un dommage "se prescrit" lorsque la caisse de compensation ne le fait pas valoir par une décision en réparation dans l'année après qu'elle a eu connaissance du dommage. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit là d'un délai de péremption. La péremption devant être examinée d'office par le juge, il y a lieu de vérifier si la caisse de compensation a agi en temps utile (VSI 2001 consid. 2a p. 97s.; VSI 1996 consid 3b p. 172; VSI 1993 consid. 2b p. 84; Revue à l'intention des caisses de compensation [RCC] 1991 consid. 2a p. 134s; RCC 1987 consid. 2 p. 608; ATF 112 V 8 consid. 4c = RCC 1986 consid. 4c p. 694).

Par "moment de la connaissance du dommage" au sens de l'art. 82 al. 1 RAVS, il faut entendre, en règle générale, le moment où la caisse aurait dû se rendre compte, en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances ne lui permettaient plus de recouvrer les cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (VSI 2001 consid. 3a p. 195; VSI 2001 consid. 2a p. 98; VSI 1996 consid. 3b p. 172; VSI 1995 consid. 2 p. 169s; ATF 119 V 92 consid. 3 = VSI 1993 p. 110; ATF 118 V 195 consid. 3a et réf. cit. = VSI 1993 p. 83; VSI 1993 consid 3a p. 84; RCC 1992 consid. 5b p. 265; ATF 116 V 75 consid. 3b = RCC 1990 p. 415; ATF 113 V 181 consid. 2 = RCC 1987 p. 607; ATF 112 V 8 consid. 4d = RCC 1986 p. 493; ATF 112 V 158 = RCC 1987 p. 217). 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 la perte la caisse.

Dans le cas d'une faillite, le moment de la connaissance du dommage ne coïncide pas forcément avec celui où la caisse peut consulter le tableau de distribution et le compte final du liquidateur ou reçoit un acte de défaut de biens. La jurisprudence considère en effet que le créancier qui entend demander la réparation d'une perte qu'il subit dans une faillite connaît suffisamment son préjudice, en règle ordinaire, lorsqu'il est informé de sa collocation dans la liquidation, c'est-à-dire lorsque l'état de collocation et l'inventaire ont été déposés et peuvent être consultés; il connaît ou peut connaître à ce moment-là le montant de l'inventaire, sa propre collocation dans la liquidation, ainsi que le dividende prévisible (VSI 1996 consid. 3b p. 172s; VSI 1995 consid. 2 p. 170; ATF 119 V 92 consid. 3 = VSI 1993 consid 3 p. 112; ATF 118 V 96 consid. 3a et réf. = VSI 1993 p. 84s. consid. 3a; RCC 1992 consid. 5b p. 265; ATF 116 II 161 consid. 4a; RCC 1991 consid. 6a p. 384; ATF 116 V 75 consid. 3b = RCC 1990 consid. 3b p. 417; ATF 114 V 82 consid.

3b = RCC 1989 consid. 3b p. 221; ATF 112 V 9 consid. 4d = RCC 1986 p. 493; 112 V 161 = RCC 1987 p. 260).

b) En l'espèce, l'état de collocation a été déposé et publié le 23 juillet 1997 (pièce 46 caisse). En notifiant ses décisions en réparation du dommage le 15 juin 1998, la caisse de compensation a donc respecté le délai d'un an prévu à l'art. 82 al. 1 RAVS.

Les défendeurs, en formant opposition le 28 mai 1997, ont également agi dans les délais légaux, tout comme la CCGC, qui en a requis la mainlevée par acte du 1er septembre 1998 (cf. art. 81 al. 2 et 3 RAVS).

5. a) En vertu de l'art. 52 LAVS, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse de compensation est tenu à réparation. Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes responsables (VSI 1993 p. 83 consid. 2a; ATF 114 V 79 consid. 3 = RCC 1988 p. 631; ATF 113 V 256 consid. 3c = RCC 1988 p. 136; ATF 111 V 173 consid. 2 = RCC 1985 p. 650; RCC 1985 p. 603 consid. 2 et réf. citées).

Les prescriptions que doit respecter l'employeur sont tout d'abord celles de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants et de ses dispositions d'exécution, notamment celles concernant l'obligation de déduire, à chaque paiement de salaire, la cotisation du salarié, puis de la verser à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation, ainsi que l'obligation de remettre périodiquement à la caisse les pièces comptables concernant les salaires versés aux employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions (RCC 1985 p. 607 consid. 5; RCC 1985 p. 646 consid. 3a).

L'obligation de percevoir les cotisations et de régler les comptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. Celui qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'article 52 LAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (VSI 1993 p. 83ss consid. 2a; ATF 111 V 173 consid. 2 = RCC 1985 p. 649; ATF 108 V 186 consid. 1a; ATF 108 V 192 consid. 2a = RCC 1983 p. 100; RCC 1985 p. 646 consid. 3a).

b) 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, ce qui représente une créance totale de Fr. 88'649.35 (pièce 7 caisse).

6. a) Lorsque l'employeur est une personne morale, ses organes répondent solidairement, à titre subsidiaire, du dommage causé par celui-ci. En cas d'insolvabilité de l'employeur, ils peuvent donc être directement poursuivis, même

si la personne morale existe toujours (ch. 7004 des directives de l'Office fédéral des assurances sociales [OFAS] sur la perception des cotisations [DP]; ATF 114 V 79 consid. 3; ATF 113 V 256 consid. 3c; RCC 1988 p. 136 consid. 3c).

Dans le cas des sociétés anonymes, le TFA s'est toujours référé à l'art. 754 al. 1 du Code des obligations (CO; RS 220), en corrélation avec l'art. 759 al. 1 CO. Conformément à ces dispositions, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs. Les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Sont réputés chargés de l'administration ou de la gestion au sens de l'art. 756 CO non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels (organes formels), 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 (organes de fait; cf. notamment RCC 1988 p. 632 consid. 3).

Il se justifie d'appliquer les mêmes principes dans le cadre de l'article 52 LAVS car la responsabilité subsidiaire des organes d'une personne morale, dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants, découle indirectement des articles 55 al. 3 du code civil (CC; RS 210) et 754 CO, considérés comme l'expression de règles générales (ATF 96 V 125 = RCC 1971 p. 478). Au demeurant, les motifs qui sont à la base d'une extension de la notion d'organe en droit civil et qui procèdent de la volonté d'accorder une protection efficace aux créanciers sociaux sont tout aussi valables s'agissant de la responsabilité de droit public instituée par l'article 52 LAVS. Enfin, sous l'angle du principe de l'égalité de traitement entre les justiciables, il serait inéquitable, le cas échéant, de ne rechercher que les personnes inscrites au RC, lesquelles, précisément, n'avaient peut-être aucun pouvoir réel de décision (RCC 1988 p. 633 consid. 3).

b) En l'espèce, il ressort de l'extrait du RC que Madame S_____ a été administratrice de la société au bénéfice d'une signature individuelle à compter du 18 novembre 1994 et ce jusqu'au 19 avril 1996. Il est ainsi indéniable qu'elle avait la qualité d'organe de la société faillie, ce qu'elle ne conteste d'ailleurs pas.

c) Monsieur N_____ a pour sa part été inscrit au RC comme administrateur au bénéfice d'une signature individuelle à compter du 19 avril 1996. Le Tribunal est d'avis que les indices manquent pour pouvoir affirmer qu'il aurait, déjà auparavant, assumé la fonction d'organe de fait de la société. Certes, il a été engagé au mois de février 1995 pour aider Madame S_____ dans sa tâche, mais cela ne saurait suffire. Il n'assumait alors que la fonction d'aide-comptable et a démissionné dès le mois de septembre 1995. Rien n'indique qu'avant d'être nommé formellement administrateur, il avait la possibilité d'engager la société et

d'influencer la formation de sa volonté. En revanche, sa qualité d'organe n'est pas discutable à partir d'avril 1996.

7. a) Il convient à présent d'examiner si les défendeurs se sont rendus coupables d'une violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions régissant l'AVS. En effet, l'obligation de réparer le dommage n'existe, dans le cas concret, que s'il n'y a pas de circonstances faisant apparaître comme justifié le comportement de l'employeur ou excluant qu'il ait commis une faute intentionnellement ou par négligence. Il est donc concevable qu'un employeur causant un dommage à une caisse de compensation en violant intentionnellement les prescriptions de l'AVS mais ne soit néanmoins pas tenu de la réparer, si des circonstances spéciales permettent de conclure que la non observation desdites prescriptions était permise ou ne représentait pas une faute (RCC 1985 p. 603 consid. 2 et réf. citées).

De jurisprudence constante, 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 même circonstances. La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité, d'une employeur de la même catégorie que l'intéressé (RCC 1988 p. 634 consid. 5a; ATF 112 V 159 consid. 4 = RCC 1987 p. 217; RCC 1985 p. 51 consid. 2a; ATF 108 V 202 consid. 3a = RCC 1983 p. 106; RCC 1983 p. 377ss).

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. Une différenciation analogue s'impose lorsqu'il s'agit de déterminer la part de responsabilité des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985 p. 51 consid. 2a et p. 648 consid. 3b).

A cet égard, il sied de rappeler l'obligation imposée aux administrateurs par l'art. 716a al. 1 CO de surveiller les personnes chargées de la gestion et de se faire renseigner régulièrement sur la marche des affaires. L'administration doit s'acquitter de cette tâche avec toute la diligence nécessaire en tenant compte des circonstances spéciales du cas particulier. Cela implique notamment l'obligation d'assister aux séances du conseil d'administration, de se faire renseigner périodiquement sur la marche des affaires, de lire les rapports d'un œil critique, de demander au besoin des renseignements complémentaires et d'intervenir lorsque des erreurs ou des irrégularités sont constatées.

b) En l'espèce, Madame S_____ fait valoir qu'elle a été hospitalisée durant plusieurs mois. En juillet 1995, elle a envoyé le relevé des salaires 1994 à la caisse (pièce 34 caisse), puis lui a écrit pour l'aviser de son absence et prévenir que Monsieur N_____ la remplacerait (pièce 35 caisse). A son retour, en

janvier 1996, elle a constaté qu'aucune suite n'avait été donnée aux demandes de la caisse. Elle prétend toutefois que les fiches de salaires n'étaient plus en sa possession et qu'elles auraient été emportées par Monsieur N_____, ce que ce dernier dément. Ce n'est donc finalement qu'en septembre 1996 que Madame S_____ a contacté la caisse, bien qu'elle ne soit plus administratrice, et lui a remis les attestations des années 1994 et 1995 (pièce 43 caisse).

Force est cependant de constater que la défenderesse était administratrice depuis novembre 1994 et qu'elle a exercé cette fonction plusieurs mois avant d'être hospitalisée, ce qui ne l'a pas empêchée de prendre du retard dans l'accomplissement de ses obligations envers la caisse puisque ce n'est qu'en juillet 1995 que les fiches de salaires ont été remises. Malgré ses allégations, il s'avère que les décomptes des premiers trimestres de l'année 1995 n'ont jamais été remis à la caisse. Or, son incapacité de travail n'a débuté qu'au mois de septembre 1995 et ne saurait donc lui servir d'excuse pour l'année précédente.

Quant à la question de savoir si Monsieur F_____ assumait ou non une fonction d'organe de fait, elle peut être laissée ouverte : admettre qu'il se comportait en administrateur de fait, ne saurait libérer la défenderesse de sa responsabilité dans la mesure où elle-même avait quoi qu'il en soit les moyens d'engager la société. C'est le lieu de rappeler qu'en vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (TFA), en sa qualité d'administratrice, il lui incombait de veiller personnellement à ce que la société fût régulièrement déclarée à une caisse de compensation et à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés fussent effectivement payées à l'AVS. Particulièrement, dans une société avec une structure administrative des plus simples, on doit exiger de l'administrateur unique qui, en cette qualité, assume la gestion de la société tout seul en tant qu'organe, qu'il ait une vue d'ensemble sur toutes les affaires importantes de ladite société, même si certaines attributions sont assumées par des tiers. Il ne peut, en déléguant des fonctions à des tiers, confier en même temps à ceux-ci sa responsabilité d'organe administratif unique. Il ne peut pas davantage se libérer de sa responsabilité en alléguant n'avoir pu surveiller la comptabilité. S'il est entré au service de la société comme simple homme de paille et s'il n'a pas fait usage de ses droits de contrôle, il y a là une grave négligence au sens de la jurisprudence (RCC 1986 consid. 2b p. 421).

Eu égard à ces considérations, la défenderesse doit être reconnue coupable – à tout le moins – de négligence grave et donc responsable du dommage subi par la caisse pour la période d'octobre 1994 à décembre 1995 (soit Fr. 65'336.05).

c) Monsieur N_____ fait quant à lui valoir qu'il n'a exercé la fonction d'administrateur que quelques semaines, jusqu'au mois de juillet 1996, date à laquelle il aurait démissionné. La caisse lui réclame le montant du dommage subi durant la période d'octobre 1994 à juillet 1996.

Il ressort de l'extrait du RC qu'il a en fait été administrateur jusqu'au 6 août 1996, puis liquidateur jusqu'au 10 octobre 1996 et enfin à nouveau administrateur à compter du 13 novembre 1996. Il apparaît qu'effectivement, aux dires de Madame S_____ elle-même, les comptes n'étaient pas tenus de manière à pouvoir établir un bilan. En l'absence totale de comptes, il est difficile d'établir quand la société s'est retrouvée en situation d'insolvabilité. Cependant, il ressort des déclarations des intéressés que la société a rencontré des difficultés à la fin de l'année 1995 ou au début de l'année 1996. La faillite est intervenue très rapidement, en juillet 1996, ce qui tend à démontrer que la situation a très vite empirer. Il en ressort que, le dommage était très probablement préexistant à la nomination de Monsieur N_____ comme administrateur, en avril 1996, soit à peine 3 mois avant la faillite. Force est donc d'en conclure qu'il n'existe pas de lien de causalité adéquate entre une éventuelle violation intentionnelle ou par négligence grave des dispositions légales par l'intéressé et le dommage subi par la caisse de compensation. Or, la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS suppose un tel rapport de causalité adéquate (VSI 1994 consid. 4a p. 213).

La question se pose en revanche de savoir s'il doit être reconnu responsable du dommage survenu postérieurement à sa nomination. En effet, l'intéressé a commis une négligence grave en acceptant de devenir administrateur sans avoir connaissance de la situation financière exacte de la société, d'autant qu'il savait, pour y avoir travaillé quelques mois auparavant, que la société rencontrait de sérieuse difficultés financières et n'avait jamais rempli ses obligations en matière d'assurances sociales. Lui-même ne les avait d'ailleurs pas remplies durant la période pendant laquelle il avait remplacé Madame S_____. L'acceptation d'un mandat d'administrateur impose certains devoirs, notamment celui de s'enquérir aussi rapidement que possible de la situation financière de la société et, le cas échéant, de prendre les mesures nécessaires, en particulier d'avertir le juge si l'administrateur nouvellement nommé constate que la société est insolvable. Or, le défendeur, de son aveu même, n'a pas jugé bon de prendre contact avec la caisse de compensation ni de déposer le bilan. Cette négligence grave est en relation de causalité adéquate avec l'aggravation du dommage. En conséquence, le défendeur répond de l'aggravation du dommage, postérieure à sa nomination, c'est-à-dire des cotisations dues et exigibles dès le 16 avril 1996, qu'il appartiendra à la caisse de chiffer

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

statuant

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

A la forme :

1. Reçoit la requête en mainlevée ;

Au fond :

2. L'admet et lève l'opposition formée par Madame S_____ à concurrence du montant de Fr. 65'336.05 ;

3. L'admet partiellement et lève l'opposition formée par Monsieur N_____ à concurrence du montant du dommage subi depuis sa nomination en tant qu'administrateur, soit du 19 avril 1996 et jusqu'au mois de juillet 1996 ;

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

5. Dit que la procédure est gratuite ;

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 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).

La greffière:	La présidente :
Janine BOFFI	Karine STECK

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