RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1408/2000 **ATAS/390/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

4ème chambre

du 26 mai 2004

En la cause

CAISSE DE COMPENSATION DE LA SOCIETE SUISSE DES ENTREPRENEURS, Rue Malatrex 14, 1201 Genève, comparant par Me Pierre Vuille, en l'étude duquel elle élit domicile	Demanderesse en mainlevée d'opposition

Contre

Monsieur H_____, comparant par Me Damien BONVALLAT, en l'étude duquel il élit domicile, et **Madame M_____**, comparant par Me Pascal PETROZ, en l'étude duquel elle élit domicile,	Défendeurs ex-directeur et ex-secrétaire de la société X SA, faillie

Siégeant : Madame Juliana BALDE, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Valérie MONTANI, juges.

EN FAIT

1. La société X SA a été constituée à Genève et inscrite au Registre du commerce le février 1985. Son but social consistait en des travaux de construction et de démolition de bâtiments, ainsi que des transactions immobilières.

2. Les personnes suivantes étaient inscrites au Registre du commerce : Monsieur H_____, en qualité de directeur, au bénéfice d'une signature individuelle dès le 13 décembre 1989 jusqu'à la date de la faillite, Madame M_____, administratrice, au bénéfice d'une signature individuelle du 13 décembre 1989 au 16 janvier 1997, date à laquelle elle fut mise au bénéfice d'une procuration individuelle, Monsieur C M_____, en qualité de réviseur, dès le 29 novembre 1995 jusqu'à la date de la faillite, et Monsieur F M_____, administrateur-président, au bénéfice d'une signature individuelle, dès le 13 décembre 1989 jusqu'au 16 janvier 1997, date à laquelle il fut inscrit comme administrateur, au bénéfice d'une signature individuelle (cf. pièce n°1 caisse). La société était affiliée auprès de la Caisse de compensation de la société suisse des entrepreneurs (ci-après la caisse) pour son personnel salarié.

3. Par jugement du 28 avril 1998, le Tribunal de Première Instance de la République et canton de Genève a prononcé la faillite de la société XA. Le 23 juillet 1998, la caisse a produit dans la faillite une créance totale de Fr. 41'168,95, dont Fr. 23'631,35, au titre de cotisations impayées pour la période de décembre 1997, janvier et avril 1998 (cf. pièces nos 1 et 2 caisse).

4. Par deux décisions du 31 janvier 2000, la caisse a réclamé conjointement et solidairement à Madame M_____, en sa qualité de secrétaire et à Monsieur H_____, en sa qualité de directeur, le paiement de Fr. 23'631,35 à titre de réparation du dommage subi en raison du non-paiement des cotisations AVS-AI durant la période de décembre 1997, janvier et avril 1998, moyennant cession du dividende éventuel dans la faillite (cf. pièce n°3, chargés des 6 mars et 30 mars 2000 caisse).

5. Par courrier du 3 février 2000, Monsieur H_____ a formé opposition auprès de la caisse, alléguant qu'au moment de la faillite de la société, il n'était plus salarié, dès lors qu'en novembre 1997 il avait donné son congé, pour le 31 janvier 1998. Il a fait valoir d'autre part que sa fonction de directeur n'impliquait pas la gestion financière de la société, celle-ci étant assurée depuis le bureau de Corseaux (VD) par les époux M_____, qui effectuaient les paiements pour les sociétés de Genève et de Corseaux. Lui-même ne s'occupait que de la partie technique de l'entreprise genevoise.

6. Par l'intermédiaire de son conseil, Madame M_____ a formé opposition en date du 29 février 2000, au motif que dans les faits elle n'avait jamais endossé de

fonction directrice au sein de la société et qu'elle ne disposait pas de réel pouvoir de décision. Elle a allégué avoir démissionné de sa fonction d'administratrice en date du 13 octobre 1995 déjà.

7. Par acte du 6 mars 2000, la caisse a requis de la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants (ci-après la Commission) la mainlevée de l'opposition formée par Monsieur H_____ et, le 30 mars 2000, celle de Madame M_____. Elle estimait que la responsabilité des défendeurs était engagée, dès lors qu'ils avaient la qualité d'organes de la société faillie.

8. Dans sa réponse du 30 mars 2000, Monsieur H_____ a contesté toute responsabilité, rappelant qu'il n'avait jamais été en charge de la gestion financière de l'entreprise, celle-ci étant assurée par le bureau de l'entreprise M_____ SA à Corseaux. L'interlocutrice habituelle de la caisse de compensation pour la question du paiement des charges sociales était Madame M_____ et les factures de l'AVS étaient adressées directement au bureau de la société vaudoise. Les tâches qui lui incombaient portaient uniquement sur l'acquisition, le suivi et la facturation des chantiers dans le canton de Genève. Dès la fin du mois de novembre 1997 et jusqu'au 31 janvier 1998, il n'avait effectué que le suivi des affaires en cours. Concernant son inscription au Registre du commerce, si elle n'a pas été radiée en temps opportun, c'est en raison de la négligence de l'administrateur de l'entreprise X SA.

9. Dans ses écritures du 29 mai 2000, Madame M_____ mettait en doute la recevabilité de la demande de mainlevée, dès lors qu'elle est domiciliée dans le canton de Vaud et que la demanderesse est une caisse de compensation professionnelle. Sur le fond, elle a contesté toute responsabilité, rappelant qu'elle avait démissionné de sa fonction d'administratrice de la société en date du 13 octobre 1995, démission qui a été entérinée par l'Assemblée générale des actionnaires lors de sa séance du 28 mai 1996. Bien que la radiation de l'inscription n'ait été effectuée au Registre du commerce qu'en date du 16 janvier 1997, elle allègue avoir travaillé dans le cadre de cette société depuis sa démission en qualité de simple secrétaire-comptable et n'avoir plus exercé aucun pouvoir de décision ni de fonction dirigeante dans la société faillie. La défenderesse a produit copie d'un jugement rendu par le Tribunal de Police de la République et canton de Genève en date du 29 mai 2000, aux termes duquel elle a été acquittée du chef de détournement de l'impôt à la source, le Tribunal ayant notamment considéré qu'elle n'avait plus le pouvoir d'administrer la société et d'éviter que des infractions soient commises dans le cadre de la gestion de X SA.

10. L'état de collocation a été déposé en date des 7 juin 2000 et 10 janvier 2001. Le total des créances de troisième classe s'élevait à plus de Fr. 2'000'000.- et aucun

dividende n'était prévisible pour les créanciers chirographaires (cf. état de collocation, pièces complémentaires caisse du 23 avril 2003).

11. Dans le cadre de l'instruction du recours, la Commission a requis divers documents, notamment les comptes de pertes et profits et les bilans des trois années ayant précédé la faillite de la société, les rapports de contrôle, ainsi que les procès-verbaux des conseils d'administration et des assemblées générales de 1995 jusqu'à la date de la faillite. Elle a également sollicité de la caisse l'apport du procès-verbal d'interrogatoire après faillite, l'état de collocation et les décisions de cotisations relatives à sa créance. Les pièces ont été dûment communiquées aux parties qui ont persisté dans leurs conclusions.

12. Dès le 1er août 2003, la cause a été transmise d'office au Tribunal de céans qui a entendu les parties et procédé à l'audition de témoins.

13. La caisse a maintenu ses conclusions, considérant que les défendeurs étaient des organes de la société faillie, ce que ces derniers ont contesté.

14. Pour le surplus, les divers allégués des parties, les éléments pertinents résultant du dossier ainsi que de l'instruction 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 (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, et 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. 248 ss ; Habscheid, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313 et ss.).

- 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, la disposition constitutionnelle a été complétée par un alinéa 2, 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 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.

d) 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.

Conformément à l'article 3 alinéa 3 des dispositions transitoires, la présente cause, introduite avant l'entrée en vigueur de la loi et pendante devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants a été transmise d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (cf. article 56V alinéa 1, lettre a), chiffre 1 LOJ). La compétence du Tribunal de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

Il sied de rappeler d'autre part que la loi fédérale sur la partie générale 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 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS). Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'article 52 LAVS et les articles 81 et 82 du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) ont été abrogés. Le cas d'espèce reste néanmoins régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). Les dispositions légales pertinentes seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.

2. Aux termes de l'article 82, alinéa 1 RAVS, le droit de demander la réparation d'un dommage se prescrit lorsque la Caisse de compensation ne le fait pas valoir par une décision de réparation dans l'année après qu'elle a eu connaissance du dommage 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 113 V 181 = RCC 1987, p. 607, ATF 112 V 8, consid. 4 c = RCC 1986, p. 493). Lorsque ce droit dérive d'un acte punissable soumis par le code pénal à un délai de prescription de plus longue durée, ce délai est applicable (cf. article 82, alinéa 2 RAVS).

Le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a posé le principe qu'une caisse de compensation a "connaissance du dommage" au sens de la disposition précitée, à

partir du moment où elle doit reconnaître, en y prêtant l'attention qu'on est en droit d'attendre d'elle et en tenant compte de la pratique, que les circonstances ne lui permettent plus de recouvrer les cotisations, mais pourraient justifier une obligation de réparer le dommage (ATF 116 V 75, consid. 3b; 113 V 181, consid. 2; 112 V 8, consid. 4d, 158; 108 V 52, consid. 5; RCC 1983, p. 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a "rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer" (cf. Fritsche : "Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd. p. 112), d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

Lors de poursuites par voie de saisie, le créancier qui n'a pas été payé intégralement sur le produit de la réalisation reçoit un acte de défaut de biens définitif après saisie - lequel est fondé sur le résultat de la réalisation - à la différence de l'acte de défaut de biens provisoire après saisie - qui est fondé sur l'estimation de l'Office - pour le montant impayé, c'est-à-dire pour le montant de son découvert (cf. art. 149 al. 1 LP; Gilliéron, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, in Collection juridique romande, Lausanne 1985, p. 224). Il peut arriver qu'un acte de défaut de biens définitif après saisie soit délivré sans réalisation préalable. Ainsi, le procès-verbal de saisie vaut acte de défaut de biens définitif lorsqu'il indique que les biens saisissables font entièrement défaut (art. 115 al. 1 en relation avec l'art. 149 LP; ATF. 113 V 258 consid. 3c; RCC 1988 p. 137 ; Gilliéron, op.cit. p. 179, 224). Dans ce dernier cas, la réception du procès-verbal de saisie valant acte de défaut de bien définitif fait courir le délai de péremption d'une année de l'article 82 al. 1 RAVS.

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

Les termes "en règle ordinaire" signifient que, en principe, la caisse de compensation est en mesure d'estimer suffisamment l'étendue de son dommage au moment du dépôt de l'état de collocation. Il se peut toutefois que cette estimation ne soit possible que dans une phase ultérieure de la liquidation, par exemple parce que le montant des actifs dépend du produit de la vente de biens immobiliers et que l'administration de la faillite ne peut fournir aucune indication à propos du

dividende prévisible (RCC 1992 p. 266 consid. 5c; Nussbaumer, Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS, RCC 1991, p. 406). Inversement, la partie lésée peut exceptionnellement, en raison de circonstances spéciales, acquérir la connaissance nécessaire avant le dépôt de l'état de collocation; c'est en particulier le cas lorsqu'elle apprend de l'administration de la faillite, à l'occasion d'une assemblée des créanciers, qu'aucun dividende ne pourra être distribué aux créanciers de sa classe. L'existence de telles circonstances ne sera cependant admise qu'avec retenue : de simples rumeurs ou des renseignements provenant de personnes non autorisées ne permettent pas encore de fonder et de motiver une demande en justice (ATF 118 V 196 consid. 3b).

Par ailleurs, s'il faut, à juste titre, se montrer sévère dans l'appréciation de la responsabilité d'un employeur - et, par extension, de celle de ses organes s'il s'agit d'une personne morale - qui occasionne un dommage à la caisse de compensation en n'observant pas, intentionnellement ou par négligence grave, des prescriptions de la LAVS (ATF 114 V 220 sv.), il faut de même se montrer exigeant à l'égard de l'administration en ce qui concerne le respect des conditions formelles de l'action en responsabilité fondée sur l'art. 52 LAVS (ATF 119 V 96 = VSI 1993 p. 110).

En l'occurrence, la faillite de la société a été prononcée le 28 avril 1998 et l'état de collocation a été déposé une première fois en date du 7 juin 2000. La demanderesse a cependant agi contre les organes de la société le 31 janvier 2000 déjà.

En matière de cotisations, un dommage se produit notamment lorsque des cotisations demeurent impayées en raison de l'insolvabilité de l'employeur. Dans ce cas, le dommage est réputé survenu au moment où les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire, eu égard à l'insolvabilité du débiteur, soit in casu dès l'ouverture de la faillite (ATF 123 V 15-16 consid. 5b et la jurisprudence citée ; Frésard, La responsabilité de l'employeur pour le non-paiement de cotisations d'assurances sociales selon l'article 52 LAVS, RSA 1987 note 8 page 8 ; Maurer, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, volume II, page 69). A partir de ce moment-là, la caisse lésée ne peut agir que contre les organes de la faillie, lesquels répondent à titre subsidiaire du dommage causé. Si la caisse n'a pas l'obligation d'agir dès le moment de la survenance du dommage, parce qu'elle n'a pas en mains tous les éléments permettant de motiver une demande en justice, rien ne l'empêche cependant de le faire (cf. ATF 118 V 195-196 consid. 3a, b et les références ; Nussbaumer, Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'article 52 LAVS, RCC 1991 page 407 ; ATFA du 2 décembre 1999, H 105/99 Rl). Si, à ce moment-là, l'ampleur du dommage ne peut pas être mesurée, ni exactement ni approximativement, parce que le dividende est incertain, la caisse doit, dans sa

décision en réparation, ordonner aux responsables de payer la totalité du montant dont elle a été privée, moyennant une cession de son droit à un dividende éventuel (ATF 114 V 82 consid. 3b, 113 V 183 et suivants consid. 3b). Dans ce cas, une demande de mainlevée des oppositions à une décision en réparation ne peut être rejetée d'emblée au motif que le dividende est encore incertain.

En l'espèce, la caisse a agi conformément à ce qui précède, dès lors qu'elle a notifié ses actions en réparation du dommage avant le dépôt de l'état de collocation, alors que le dividende était incertain, mais moyennant cession de son droit à un dividende éventuel et dans le délai de cinq ans à compter du fait dommageable. Elle a dès lors agi en temps utile.

Les défendeurs ont formé opposition dans les trente jours (cf. art. 81 alinéa 2 RAVS). Conformément à l'article 81 alinéa 3 RAVS, si la caisse de compensation maintient sa décision en réparation du dommage, elle doit porter le cas par écrit devant l'autorité de recours du canton dans lequel l'employeur à son domicile. Selon l'extrait du Registre du commerce, la société anonyme XSA avait son siège à Genève depuis le 28 février 1985. C'est donc à bon droit que la demanderesse a saisi la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants (aujourd'hui le Tribunal de céans) dans le délai légal de trente jours à compter des oppositions des défendeurs. Les requêtes en mainlevée sont en conséquence recevables en la forme.

3. Aux termes de l'article 52 LAVS, l'employeur doit couvrir le dommage qu'il a causé en violant les prescriptions intentionnellement ou par négligence grave. Il sied de rappeler que l'article 52 LAVS est une disposition spéciale (RCC 1989 page 117).

En l'occurrence, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse en raison de la faillite de la société XSA, pour un montant de Fr. 23'631,35, représentant les cotisations sociales impayées pour la période de décembre 1997, janvier et avril 1998 (cf. pièces n° 2 et 3, chargés des 6 et 30 mars 2000 caisse).

L'article 14, alinéa 1 LAVS en corrélation avec les articles 34 et suivants RAVS, prescrit l'obligation pour l'employeur de déduire sur chaque salaire la cotisation du salarié et de verser celle-ci à la caisse de compensation avec sa propre cotisation. Les employeurs doivent envoyer aux caisses, périodiquement, les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs salariés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions.

L'obligation de payer les cotisations et de fournir les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances a déclaré, à réitérées reprises, que la responsabilité de l'employeur au sens de l'article 52 LAVS est liée au statut de droit public (ATF

112 V 155, consid. 5; RCC 1987, page 220). L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'article 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (ATF 111 V 173, consid. 2; 180 V 186, consid. 1a, 192 consid. 2a; RCC 1985, page 646, consid. 3a).

Le TFA a affirmé expressément que l'obligation légale de réparer le dommage ne doit être reconnue que dans les cas où le dommage est dû à une violation intentionnelle ou par négligence grave, par l'employeur, des prescriptions régissant l'AVS (RCC 1978, page 259; RCC 1972, page 687). La caisse de compensation qui constate qu'elle a subi un dommage par suite de la non-observation de prescriptions peut admettre que l'employeur a violé celles-ci intentionnellement ou du moins par négligence grave, dans la mesure où il n'existe pas d'indice faisant croire à la légitimité de son comportement ou à l'absence d'une faute (cf. ATFA du 28 juin 1982, RCC 1983, page 101).

Lorsque l'employeur est une personne morale, ses organes répondent solidairement, à titre subsidiaire, du dommage causé par celui-ci (cf. No 6003 des directives de l'OFAS sur la perception des cotisations - DP; ATF 114 V 79, consid. 3; 113 V 256, consid. 3c; RCC 1988, page 136, consid. 3c; ATF 111 V 173, RCC 1985, page 649, consid. 2.).

Par "organe", il faut entendre toute personne physique qui représente la personne morale à l'extérieur ou qui peut exercer une influence décisive sur le comportement de celle-ci (cf. no 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le TFA s'est toujours référé à l'article 754, 1er alinéa, en corrélation avec l'article 759, 1er alinéa du CO. Conformément à ces articles, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle, répondent, à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elle leur cause en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Sont réputés chargés de l'administration ou de la gestion au sens de l'article 756 CO "non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels, mais également les personnes qui prennent effectivement des décisions relevant des organes, ou qui assument la gestion proprement dite et ont ainsi une part prépondérante à la formation de la volonté au sein de la société" (ATF 107 II 353, consid. 5a; ATF 112 II 1985 et l'arrêt du 21 avril 1988 en la cause A; Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., pages 209 et ss).

a) Le défendeur H_____ était inscrit au Registre du commerce en qualité de directeur de la société, au bénéfice d'une signature individuelle, dès le 13 décembre 1989 (cf. pièce n° 1 chargé caisse). Il conteste en revanche avoir eu la

qualité d'organe de la société faillie, dans la mesure où il n'avait pas de pouvoir de gestion, ni de décision au sein de la société.

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, Schweizerisches Aktienrecht, paragraphe 37, page 443 note 17 ; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2ème éd., page 1072 note 1969). Il ne doit cependant répondre que des actes ou des omissions qui relèvent de son domaine d'activité, ce qui 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).

Selon la jurisprudence, il incombe à la caisse, qui supporte les conséquences de l'échec de la preuve, d'alléguer les faits fondant la responsabilité de l'employeur au sens de l'article 52 LAVS et permettant d'établir qu'une personne occupait au sein d'une société la position d'un organe au sens matériel (ATF 114 V 218 consid. 5 in fine ; ATFA du 21 juin 2001 en la cause H/20/01 Tn).

Il résulte des pièces du dossier et des enquêtes ordonnées par le Tribunal de céans que le défendeur, ingénieur en génie civil, a été engagé par la société pour s'occuper de tout ce qui concernait la partie technique de l'entreprise, à savoir l'acquisition de mandats, l'établissement des soumissions, la gestion et le suivi des chantiers dans le canton de Genève (cf. PV de comparution personnelle du 24 septembre 2003). Il ne possédait aucune participation financière dans la société, l'intégralité du capital-actions étant détenu par Monsieur F M_____. Certes le défendeur était-il, selon l'extrait du Registre du commerce, au bénéfice d'une signature individuelle. Il pouvait signer les soumissions qu'il avait établies et engager du personnel. Il ne disposait cependant pas de la signature sur les comptes de la société. De surcroît, la signature individuelle ne lui conférait aucun pouvoir de gestion administrative ou financière et il ne participait pas à la formation de la volonté de l'entreprise, ainsi que l'ont confirmé tous les témoins, de même que Madame M_____ (cf. PV de comparution personnelle de Mme M_____ du 24 septembre 2003 ; PV d'enquêtes des 29 octobre 2003 et 12 novembre 2003). Toute la partie administrative, la tenue des comptes et la gestion financière de la société se déroulaient dans les bureaux de Corseaux (VD) ; l'établissement des fiches de salaires des employés de la société, le paiement des charges sociales étaient effectués par Madame M_____ et/ou son ex-époux. La demanderesse envoyait d'ailleurs les décisions de cotisations relatives à la société genevoise à l'adresse du bureau du canton de Vaud (cf. pièces caisse). L'actionnaire unique prenait, seul, toutes les décisions relevant de la gestion financière de la société.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal de céans constate qu'aucun indice ne permet d'admettre qu'en l'espèce le défendeur assumait les fonctions d'organe matériel de la société faillie. En conséquence, il ne saurait être recherché en responsabilité sur la base de l'art. 52 LAVS.

b) La défenderesse M_____ fut d'abord administratrice de la société, titulaire d'une signature individuelle, aux côtés de son époux, qui en était l'administrateur président. Dès le 16 janvier 1997, son inscription en qualité d'administratrice a été radiée et une procuration individuelle lui a été octroyée (cf. pièce no. 1 chargé caisse du 30 mars 2000).

La caisse soutient que la défenderesse, malgré la radiation de son inscription au Registre du commerce en qualité d'administratrice, n'a jamais cessé d'occuper une fonction dirigeante dans la société et que la procuration lui permettait d'agir an nom et pour le compte de la société. Elle connaissait la mauvaise situation financière de l'entreprise et était en mesure de décider du versement des cotisations sociales. Elle doit être en conséquence qualifiée d'organe de fait de la société faillie.

Selon la jurisprudence constante, la responsabilité d'un membre du conseil d'administration dure en règle générale jusqu'au moment où il quitte effectivement le conseil d'administration, et non pas jusqu'à la date à laquelle la perte de sa qualité d'organe a été inscrite ou publiée (VSI 2000 p. 289 ; 1998 p. 108). Est déterminante la date à laquelle la démission a été donnée ; peu importe que l'inscription ait été radiée ou non du Registre du commerce. Cette règle vaut en tous cas lorsque l'administrateur démissionnaire n'a plus la possibilité d'exercer une influence sur la marche des affaires et les décisions de la société.

En l'espèce, il a été établi que la défenderesse a donné sa démission le 13 octobre 1995, pour les motifs expressément cités dans son courrier qu'elle n'avait plus un mot à dire quant à la gestion de la société (cf. pièce no. 2 déf.). Tous les témoignages concordent et viennent confirmer que la défenderesse n'a plus assumé, dès cette date, les fonctions d'organe de la société. Son ex-époux, administrateur et actionnaire unique, prenait seul les décisions quant à la marche des affaires et à la gestion financière de la société (cf. PV d'enquêtes, déclarations de Madame T_____ et de M. C M_____ ; PV de comparution personnelle de M. H_____). La défenderesse a continué à travailler dans l'entreprise en qualité de secrétaire et a conservé une procuration individuelle pour assurer le suivi des tâches administratives. Elle signait le courrier et établissait les décomptes de salaires à l'attention de la caisse de compensation. La défenderesse a expliqué qu'elle effectuait les paiements courants de la société par telebanking, ce qui ne nécessitait pas de signature, car son mari était souvent absent. Ces paiements étaient effectués dans la mesure des fonds disponibles. Elle s'est d'ailleurs acquittée de ses tâches avec une grande conscience ; elle récupérait

très vite les créances de la société auprès des débiteurs afin d'assurer le paiement des factures dans les plus brefs délais, plus particulièrement celles de la caisse de compensation (cf. déclarations témoin M_____, PV d'enquêtes du 12 novembre 2003). L'organe de contrôle a précisé que les factures de la demanderesse ont toujours été payées rubis sur l'ongle, jusqu'au mois de novembre 1997. La défenderesse ne s'occupait en revanche pas de la comptabilité et n'avait aucun pouvoir quant aux décisions prises par son ex-époux dans le cadre de la gestion de X SA. C'est ce que le Tribunal de Police a retenu dans son jugement du 19 mai 2000 en acquittant la défenderesse du chef de détournement d'impôt à la source.

Au vu des enquêtes et des pièces du dossier, le Tribunal de céans considère que la défenderesse ne saurait être qualifiée d'organe de fait de la société faillie. Partant, sa responsabilité n'est pas engagée au sens de l'article 52 LAVS et elle ne répond pas du dommage subi par la demanderesse.

Les défendeurs, qui obtiennent gain de cause, recevront une indemnité à titre de dépens (art. 85 alinéa 2 lettre f LAVS et 89H alinéa 3 LPA).

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 recevables les requêtes en mainlevée déposées par la Caisse de compensation de la société suisse des entrepreneurs les 6 mars et 30 mars 2000 ;

Au fond :

2. Rejette les demandes de mainlevée des oppositions formées par Monsieur H_____ et Madame M_____ à la demande en réparation du dommage notifiée le 31 janvier 2000 ;

3. Condamne la demanderesse à payer à chacun des défendeurs la somme de fr. 2000 à titre de participation à leurs frais et dépens ;

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

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

Le greffier:	La Présidente :
Walid BEN AMER	Juliana BALDE

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