RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1423/2000 **ATAS/375/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 25 mai 2004

1ère Chambre

En la cause

FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES – CIAM-AVS, domiciliée Rue de Saint-Jean 98 à Genève	demanderesse en mainlevée d'opposition
contre	
Monsieur N_____	tous deux défendeurs ex-administrateurs de la Société X_____ SA (faillie)
et **Monsieur R_____,** comparant par Maître Yves Mermier en l'étude duquel il élit domicile	

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Isabelle DUBOIS et Karine STECK, Juges

EN FAIT

1. La société X_____ SA, ayant pour but tous travaux de secrétariat, gestion, informatique, adressage, conception et fabrication de mailing a été créée à Genève le 24 septembre 1996 et affiliée à la Caisse interprofessionnelle d'assurance vieillesse et survivants de la fédération romande des syndicats patronaux (ci-après la Caisse). La société s'est acquittée des cotisations paritaires AVS-AI de juin à septembre 1996. Dès la période suivante, la Caisse s'est vue dans l'obligation de procéder par voie de poursuite. L'attestation annuelle de salaires 1998 n'a été adressée à la Caisse qu'en août 1999. Le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de la société le 7 août 1998 (pièce N° 15). L'état de collocation a été publié le 10 février 1999. Aucun dividende n'était prévu pour les créanciers de 3ème classe. La Caisse s'est vue délivrer un acte de défaut de biens le 11 février 2000, pour un montant de 40'841 fr.45 (pièce N° 22).

2. Par décision du 10 février 2000, la Caisse a réclamé à Monsieur N_____, administrateur avec signature individuelle dès le 15 septembre 1997 et à Monsieur G_____, pris en tant qu'employeur de fait, animateur de la société, dès la date de sa création, le montant de 28'402 fr. 15 à titre de réparation du dommage subi en raison du non-paiement des cotisations paritaires AVS-AI dues par la société d'octobre 1996 à juin 1998, y compris les frais administratifs et de poursuites, les intérêts moratoires, les taxes de sommation. Elle a également réclamé à Monsieur R_____, administrateur avec signature individuelle, du 24 septembre 1996 au 15 septembre 1997, le montant de 15'620 fr. 20, correspondant aux cotisations dues pour la période d'octobre 1996 à juin 1997.

3. Monsieur N_____ a formé opposition le 14 mars 2000. Il a joint à son courrier copie d'une lettre de X_____ SA datée du 5 août 1998 et signée par Monsieur G_____, aux termes de laquelle celui-ci déclare assumer toutes les obligations et charges pesant sur Monsieur N_____ et le relève de toute responsabilité et de tout engagement, ainsi que copies de trois lettres du 4 juin 1998 adressées par Monsieur G_____ à Monsieur N_____, à Monsieur R_____ et à Y_____ SA, desquelles il appert que Monsieur G_____ tient Monsieur R_____ pour personnellement responsable du préjudice causé à X_____ SA.

4. Monsieur R_____ a également formé opposition à la décision en réparation du dommage. Il a ainsi informé la Caisse de ce qu'il avait démissionné le 7 mai

1997 (cf. assemblée générale ordinaire des actionnaires du 26 mai 1997). Monsieur R_____ souligne qu'avant sa démission, il avait établi un bilan au 31 mars 1997 qui laissait apparaître un bénéfice ; en février 1998 cependant, il avait, sur demande de Monsieur G_____, fait gracieusement le point sur la situation de la société et relevé un passif de 150'296 fr. 45 fr.

5. La Caisse, compte tenu de la démission de Monsieur R_____ le 7 mai 1997 de ses fonctions d'administrateur unique, a diminué le montant de sa prétention à son égard à 10'162 fr. 90, correspondant aux cotisations paritaires AVS-AI d'octobre 1996 à mars 1997.

6. Monsieur G_____ n'a pas formé opposition.

7. Le 5 avril 2000, la Caisse a déposé auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI une demande visant à la levée des oppositions formées par Messieurs N_____ et R_____. Elle considère que Monsieur R_____ ne devait pas se contenter d'attendre le paiement des 50'000 fr. dus par Monsieur G_____ et constate qu'il n'a pas pris toutes les mesures pour obliger la Société Z_____ SA, dont il était par ailleurs administrateur également, de s'acquitter de sa dette envers X_____ SA. Elle admet qu'il a payé la part pénale d'octobre 1996 à juin 1997, mais rappelle que le versement n'a été effectué qu'après dénonciation. S'agissant de Monsieur N_____, la Caisse lui reproche de n'avoir rien entrepris de particulier afin que les cotisations soient payées et de s'être reposé pour la gestion sur Monsieur G_____.

8. Dès juillet 2000, Monsieur G_____ sollicite des arrangements de paiement qui ont été acceptés par la Caisse. En réponse à une demande de paiements échelonnés à nouveau déposée par Monsieur G_____ le 18 juillet 2002, la Caisse a octroyé à ce dernier un sursis au paiement se présentant comme suit (y compris AF) :

- montant total dû	Fr. 34'902,45
- ./. vos versements	Fr. 3'500,--
- solde dû	Fr. 31'402,45

Ce solde devait être payé à raison de 500 fr. par mois dès le 31 août 2002, étant précisé que la situation serait revue en août 2003 (décision du 16 août 2002).

Un nouveau plan de paiement a été convenu le 29 septembre 2003 de 500 fr. par mois dès le 5 octobre 2003, compte tenu d'un solde dû de 24'902 fr. 45.

9. Monsieur G_____ s'acquitte régulièrement des acomptes, à telle enseigne qu'au 20 octobre 2003, le montant du dommage pour Monsieur N_____ et Monsieur G_____ s'élève à 24'402, fr. 45 et pour Monsieur R_____ à 8'418 fr. 85. Monsieur G_____ est en faillite personnelle depuis le 10 juillet 2003.

10. Dans son opposition, Monsieur R_____ rappelle que lors de la constitution de la société, l'actionnaire majoritaire était la Société Y_____ SA, que le 17 mars 1997, cette société avait cédé à Monsieur G_____ la totalité de ses actions, étant prévu que ce dernier s'acquitterait du prix de la cession soit 50'000 fr., en reprenant à son compte l'engagement de libération du solde du capital social de X_____ SA pour le même montant. Selon Monsieur R_____, cet apport de liquidités devait en particulier permettre le paiement de certaines créances en souffrance dont les assurances sociales. Monsieur R_____ souligne qu'en sa qualité d'administrateur unique de la société, il a demandé à Monsieur G_____ de réduire le personnel au regard du faible volume des commandes enregistrées, en vain.

11. Entendu par le Tribunal de céans le 11 mai 2004, Monsieur G_____ a déclaré que « Monsieur P_____, directeur, et moi-même prenions les décisions quant à la gestion de la société. Monsieur R_____ n'intervenait pas dans la prise de décisions. Il ne me donnait aucune instruction. Je le tenais régulièrement au courant de ce qui se passait. J'ai fait de même ensuite pour Monsieur N_____. Nous nous préoccupions tous du paiement des charges sociales. Monsieur R_____ attirait mon attention sur le fait qu'il convenait de payer ces charges. C'est moi qui m'en occupais : j'avais la signature auprès de la banque qui me permettait d'engager la société (procuration) ». Il a par ailleurs précisé que Monsieur R_____ et lui-même avaient décidé de réduire le personnel, ce qui avait conduit au licenciement de quatre personnes sur sept. Il a également confirmé qu'ils avaient essayé Monsieur R_____ et lui-même de trouver des solutions quant au paiement des 50'000 fr. prévu par la convention, précisant qu'il avait été prévu que les 50'000 fr. serviraient à payer les cotisations AVS-AI.

    Madame E_____, représentant la Caisse, a déclaré que Monsieur G_____ continuait à payer 500 fr. par mois et qu'il restait dû à ce jour 21'402 fr. 45 sur la totalité du dommage (AF y compris).

    Lors de l'audience de comparution personnelle des parties, à laquelle Monsieur N_____ faisait défaut, Monsieur R_____ a expliqué qu'il avait donné

sa démission en mai 1997, lorsqu'il avait réalisé que Monsieur G_____ ne pourrait s'acquitter des 50'000 fr. et qu'il ne pourrait pas l'y aider d'une part, et d'autre part, lorsqu'il avait compris que les promesses de Monsieur P_____ d'amener un portefeuille substantiel resteraient vaines. Monsieur R_____ a ajouté que « toutes les décisions relatives à la gestion, de type commercial, étaient prises par Messieurs G_____ et P_____. Je n'y participais pas. En revanche, Monsieur G_____ et moi-même discutions des questions de paiements. Il s'agissait de déterminer à quel type de paiement accorder la priorité. Nous avons ainsi payé certains fournisseurs (papier), sinon nous n'aurions pu continuer l'activité de la société. Monsieur G_____ a dans ce cadre été chargé de prendre contact avec le service de la TVA et la Caisse AVS pour convenir d'arrangements de paiements. Un versement de 6'000 fr. est intervenu le 1er mai 1997 ».

L'affaire a été gardée à juger.

EN DROIT

1. 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-AI. 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 déterminants se sont produits (ATF 127 V 467, consid. 1 ; 121 V 366).

2. Aux termes de l'article 82, alinéa 1 du Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (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.

3. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit en l'occurrence d'un délai de péremption à considérer d'office (cf. ATF 112 V 8, consid. 4c; 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 (article 82, alinéa 2 RAVS).

4. 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.

5. 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 116 II 161 consid. 4a; 116 V 75, consid 3b = RCC 1990, p. 415, ATF 113 V 182 consid. 2 avec réf. = RCC 1987, p. 607).

6. Selon la jurisprudence, le dommage est réputé survenu lorsque les cotisations dues ne peuvent plus être perçues, pour des motifs juridiques ou de fait (ATF 113 V 258, consid. 3c; RCC 1988, p. 137; BGE 109 V 92, consid. 9 et les arrêts cités; RCC 1983, p. 477). Lorsque les cotisations demeurent impayées en raison de l'insolvabilité de l'employeur (personne morale), le dommage est réputé survenu au moment où les créances de cotisations sont irrécouvrables, c'est-à-dire au moment où, eu égard à l'insolvabilité de l'employeur, les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire (ATF 112 V 157, consid. 2; *Maurer*, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, volume II, p. 69).

7. La procédure ordinaire de perception des cotisations relève des règles applicables dans le cadre des articles 14 et suivants LAVS. Selon l'article 15, alinéa 1 LAVS, les cotisations non versées après sommation sont perçues sans délai par voie de poursuites, à moins qu'elles ne puissent être compensées avec des rentes échues. Les cotisations seront, en règle générale, recouvrées par voie de saisie également contre un débiteur soumis à la poursuite par voie de faillite (cf. article 15, alinéa 2 LAVS; article 43 LP).

8. 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. article 149, alinéa 1 LP;*Gilliéron,* Poursuites 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 (article 115, alinéa 1 en relation avec l'article 149 LP; ATF 113 V 258, consid. 3 c), RCC 1988, p. 137; *Gilliéron,* op. cit. pages 179, 224).

9. En l'espèce la faillite a été prononcée le 7 août 1998. L'état de collocation, aux termes duquel aucun dividende n'était prévu pour les créanciers de 3ème classe, a été publié le 10 février 1999. En notifiant sa décision en réparation du dommage le 10 février 2000, la Caisse a agi dans le délai d'une année prévu à l'art. 82 al. 1 RAVS.

10. Messieurs R_____ et N_____ ont formé opposition, respectivement les 6 et 14 mars 2000, soit en temps utile (art. 81 al. 2 RAVS).

11. La Caisse a déposé sa requête en mainlevée des oppositions auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI le 5 avril 2000, soit dans le délai de trente jours, de sorte que celle-ci est recevable à la forme (art. 81 al. 3 RAVS).

12. Conformément à l'article 3 alinéa 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours AVS-AI ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'AVS-AI (cf. article 56 V LOJ).

13. a) La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a en effet 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.

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.

14. Aux termes de l'art. 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'art. 52 LAVS est une disposition spéciale (RCC 1989 p. 117).

15. En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations AVS-AI subie par la Caisse dans la faillite de la société X_____ SA pour un montant de 28'402 fr. 15 représentant les cotisations paritaires impayées d'octobre 1996 à juin 1998. Le dommage subi en raison du non-paiement des contributions AF fera l'objet d'un jugement distinct.

16. L'art 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 et ss. 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.

17. L'obligation de payer les cotisations et de fournir des décomptes est pour l'employeur une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a déclaré à réitérées reprises que la responsabilité de l'employeur au sens de l'art.52 LAVS est liée au statut de droit public (RCC 1987 p. 220). L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'art.52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (RCC 1985 p. 646).

18. 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, p. 259 ; RCC 1972, p. 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, p. 101).

19. Lorsque l'employeur est une personne morale, ses organes répondent solidairement, à titre subsidiaire, du dommage causé par celui-ci, notamment quand la personne morale n'existe plus au moment où la responsabilité est engagée (cf. 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.).

20. 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 aktienrechtlische Verantwortlichkeit, 2ème éd., pages 209 et ss).

21. En l'occurrence, Monsieur R_____ a été administrateur unique de la société et inscrit comme tel au Registre du commerce du 24 septembre 1996 au 7 mai 1997. Il a dès lors indiscutablement la qualité d'organe formel de la société anonyme durant cette période. (cf. *Forstmoser*, op. cit. N° 654 et 655, p. 2089 ; *Guhl, Merz & Kummer*, Das schweizerische Obligationenrecht, 7ème édition, p. 691; ATF 86 II 271 et 93 II 22). Le Tribunal de céans prend à cet égard acte que la Caisse a à juste titre tenu compte de sa démission le 7 mai 1997 pour ne plus lui réclamer que la réparation du dommage correspondant aux cotisations AVS-AI d'octobre 1996 à mars 1997.

Monsieur N_____ quant à lui a été inscrit au Registre du commerce du 15 septembre 1997 jusqu'à la faillite de la société. Il a dès lors également la qualité d'organe formel de la société.

22. De jurisprudence constante, le TFA a reconnu qu'il y a négligence grave lorsque l'employeur ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement, dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (cf. RCC 1972, p. 690). La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard doit donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité et de gestion, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé-e. Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, on peut, par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions (cf. RCC 1972, p. 690 ; RCC 1978, p. 261). 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. 2a et p. 648, consid. 3b).

23. Pour admettre l'existence d'un comportement intentionnel, il suffit que l'administration d'une société en difficulté ait fait passer avant le paiement des cotisations d'autres dépenses qu'elle jugeait – à tort ou à raison – absolument indispensables à la survie de l'entreprise cela même si elle a été chargée d'intervenir dans une situation déjà compromise qu'il s'agissait de redresser et qu'elle a dû parer au plus pressé pour éviter la faillite. On doit admettre dans ces conditions que l'administration a commis une faute ou à tout le moins une négligence grave lorsqu'au moment où elle a pris en mains la gestion puis tout au long de son activité la survie de la société n'était pas raisonnablement envisageable (cf. ATFA non publié A.SA. du 21.04.1988). Il peut arriver qu'en retardant le paiement de cotisations, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie. Il faut pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'article 52 LAVS que l'on puisse admettre que l'employeur avait au moment où il a pris sa décision des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter de sa dette dans un délai raisonnable (RCC 1985, p. 604). Le TFA a jugé que ce n'était pas le cas lorsque l'exercice de la première année concernée s'est soldé par une perte et que la situation n'a fait que s'aggraver. Le TFA a en effet considéré qu'on ne peut parler dans ces conditions d'une absence momentanée de ressources qui ferait apparaître comme non-fautive une violation des prescriptions en matière d'AVS (cf. ATFA non publié M.W. du 20.05.1988).

24. Monsieur R_____

La Caisse lui reproche d'être resté passif en attendant que Monsieur G_____ verse les 50'000 fr. représentant le prix de la cession des actions tel qu'il avait été prévu par la convention du 17 mars 1997. Or, Monsieur G_____ a lui-même confirmé que non seulement Monsieur R_____ se préoccupait du paiement des cotisations sociales, mais qu'il avait même cherché à emprunter personnellement en avril 1997 auprès de la banque Migros cette somme de 50'000 fr., en vain.

La Caisse rappelle que Monsieur R_____ était administrateur de la société Z_____ SA et qu'en tant que tel, il aurait pu faire en sorte que la dette de Z_____ s'élevant à 160'261 fr. soit payée. Monsieur R_____ souligne à cet égard que la société Z_____ SA était par ailleurs créancière de X_____ SA pour 170'013 fr., soit pour un montant dépassant la dette.

Le Tribunal de céans constate que Monsieur R_____ a démissionné dès qu'il a compris que la somme de 50'000 fr. qui aurait servi à couvrir les charges sociales dues par la société, ne serait pas versée en temps utile par Monsieur G_____ et que la société ne bénéficierait pas du portefeuille substantiel dont Monsieur P_____ avait promis l'arrivée. Il appert du compte de pertes et profits au 31 mars 1997 que la société souffrait d'un manque de liquidités, ce qui explique les difficultés rencontrées pour payer les cotisations AVS-AI dues à la Caisse. Un bénéfice de 994 fr. 64 a toutefois été dégagé. Il est vrai que si Monsieur G_____ s'était acquitté des 50'000 fr. convenus, le solde aurait été largement positif. C'est dire qu'au moment de la démission de Monsieur R_____, la situation présentait un tableau relativement équilibré. Il y a lieu de rappeler que la société s'est acquittée d'un montant de 6'000 fr. auprès de la Caisse en date du 1er mai 1997.

Il appert des déclarations de Monsieur G_____ que Monsieur R_____ s'est régulièrement tenu au courant de la situation financière de la société, qu'il s'est inquiété du paiement des charges sociales et a pris les mesures que l'on pouvait attendre de lui pour réduire tant que faire se peut le dommage subi par la Caisse. Il a, de concert avec Monsieur G_____, déterminé quels étaient les paiements à effectuer en priorité, sans négliger les cotisations AVS, a réduit le personnel en licenciant quatre personnes sur sept et a tenté d'obtenir, en s'engageant personnellement, un prêt de 50'000 fr. Le Tribunal de céans considère dès lors que la négligence commise par Monsieur R_____ ne saurait être qualifiée de grave au sens de l'art. 52 LAVS.

25. Monsieur N_____

Selon la Caisse, Monsieur N_____ a accepté le mandat d'administrateur alors qu'il connaissait ou devait connaître la situation de la société vis-à-vis de la Caisse ; il n'a réagi que lorsque des démarches pénales ont été entreprises par celle-ci, - il ne s'est pas, d'une façon générale, acquitté de son obligation de surveiller la gestion assumée par Monsieur G_____.

Le Tribunal de céans relève cependant que Monsieur N_____ n'est devenu administrateur qu'en septembre 1997, soit bien après la convention du 17 mars 1997, aux termes de laquelle Monsieur G_____ se voyait céder par Y_____ SA les actions de la société.

Entendu par le Tribunal de céans, Monsieur G_____ a lui-même confimé qu'à partir de ce moment-là, il s'occupait de tout, tout en tenant informé Monsieur N_____, comme il l'avait fait avec Monsieur R_____ (cf. procès-verbal du 11 mai 2004). Il a du reste expressément déclaré « relever Monsieur N_____ de toute responsabilité ».

Il y a dès lors lieu de considérer que Monsieur N_____ ne saurait se voir reprocher d'avoir causé un dommage à la Caisse au sens de l'art. 52 LAVS.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

conformément à la disposition transitoire de l'article 162 LOJ

A la forme :

1. Reçoit la demande de mainlevée d'opposition.

Au fond :

2. Refuse de lever les oppositions formées par Messieurs N_____ et R_____.

3. Condamne l'intimée à verser à Monsieur R_____ la somme de 2'000 fr., à titre de participation à ses frais et dépens.

4. 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 :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

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