

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1441/2000

ATAS/702/2004

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 8 septembre 2004

3^{ème} chambre

En la cause

CAISSE HOTELA, rue de la Gare 18, case postale 1251, 1820
Montreux 1

Demanderesse

contre

Monsieur S _____

Défendeurs

Ex-administrateur

Monsieur V _____

Ex-directeur
de la société

X _____ SA
(faillie)

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,

Mesdames Isabelle DUBOIS et Doris WANGELER, Juges

EN FAIT

1. X _____ SA (ci-après : la société) a été créée à Genève et inscrite au Registre du commerce (RC) le 14 janvier 1994. Elle avait pour but : l'exploitation, la direction et la gestion d'établissements dans les domaines de la restauration et de l'hôtellerie, l'importation, l'exportation, le commerce de biens de consommation, produits, articles et matériel s'y rapportant ; la prise, la gestion, l'administration et le financement de participations et investissements dans la création et la détention de fonds de commerces, notamment ceux des trois restaurants, du kiosque et de la boutique de cinémas à créer aux Grottes, dans l'immeuble « Ilot 8 ».
2. Les actions, nominatives, étaient à l'origine détenues par Messieurs S _____, C _____ et B _____. Le 4 février 1997, Monsieur C _____ les a cependant toutes acquises par convention.
3. Monsieur S _____ a été inscrit au RC le 24 janvier 1994 en qualité d'administrateur unique au bénéfice d'une signature individuelle. Monsieur V _____ y a également figuré, en qualité de directeur au bénéfice d'une signature collective à deux, du 10 avril 1996 au 23 avril 1997.
4. Dès le début de l'année 1997, la comptabilité a été tenue par Messieurs C _____ et B _____.
5. La société, affiliée à HOTELA - caisse de pensions de la Société suisse des hôteliers (ci-après : la caisse) -, a déclaré les salaires de ses employés jusqu'au 30 juillet 1998.
6. La société a connu de sérieuses difficultés financières dès l'année 1995. Sa faillite a été prononcée par jugement du 24 novembre 1998 du Tribunal de Première Instance de la République et canton de Genève (TPI).
7. Par lettre du 31 mars 1999, la caisse a produit une créance provisoire de Fr. 113'060.95, comprenant les cotisations dues pour les mois d'octobre 1996 à novembre 1998, les frais de décisions, de poursuites et les intérêts moratoires.
8. La faillite a été liquidée en la forme sommaire et l'état de collocation a été déposé le 28 juillet 1999. Il est alors apparu, selon la correspondance du 18 janvier 2000 adressée à la caisse par l'Office des poursuites et des faillites, que les créanciers de 3^{ème} classe ne toucheraient aucun dividende.
9. Le 27 mars 2000, la caisse a notifié à Monsieur S _____ une décision en réparation de dommage pour un montant de Fr. 71'858.45 correspondant aux montants dus pour les mois d'octobre à décembre 1996, mars, avril, juillet, octobre, novembre et décembre 1997, ainsi que janvier à mars 1998 et mai 1998. Une seconde décision en réparation a été prise à l'encontre de Monsieur V _____ à

hauteur de Fr. 37'811.40, concernant les cotisations des mois d'octobre à décembre 1996, ainsi que mars et avril 1997.

10. Par courrier du 25 avril 2000, Monsieur S_____ a formé opposition à la décision le concernant, alléguant qu'il n'avait remis sa démission en tant qu'administrateur le 24 février 1996, qu'en date du 4 février 1997, que Monsieur C_____ avait repris la totalité des actions et par là même la responsabilité de la gestion de la société et que lui-même n'avait appris qu'au début du mois de septembre 1998 que le café avait été définitivement fermé fin juin 1998 sur décision dudit Monsieur C_____. Compte tenu de ces faits, Monsieur S_____ a assuré ne pas se sentir responsable du non-paiement des cotisations et n'avoir eu aucune possibilité d'intervenir dans la gestion de l'entreprise.
11. Le 20 avril 2000, Monsieur V_____ a également formé opposition, alléguant notamment que, dès la démission de Monsieur S_____ de sa fonction d'administrateur, il n'avait fonctionné en tant que directeur qu'à titre intérimaire et sans responsabilités, que Monsieur C_____ avait repris la totalité des actions ainsi que les passifs des actionnaires, que dès la vente des actions, lui-même n'avait plus exercé de responsabilités dans l'exploitation de la société et enfin, que la comptabilité avait été tenue dès l'année 1997 par Messieurs B_____ et C_____.
12. Par actes du 29 mai 2000, la demanderesse a requis la mainlevée des oppositions. Elle fait valoir que Monsieur S_____, en sa qualité d'administrateur au bénéfice d'une signature individuelle, se devait d'être vigilant concernant le paiement des cotisations sociales et que Monsieur V_____, vu son poste de directeur, ne pouvait ignorer que la société ne remplissait pas son obligation légale de verser les cotisations sociales.
13. Les défendeurs n'ont pas répondu.
14. Le dossier a été transmis au TCAS en date du 1^{er} août 2004.
15. Lors de la comparution personnelle des parties qui s'est déroulée le 19 août 2004, la demanderesse a souligné que les commandements de payer concernant les cotisations sociales avaient été adressés à Monsieur S_____ jusqu'en 1998 et s'est étonnée du peu de suivi de la situation par celui-ci alors qu'il était « tout de même administrateur ». Elle a par ailleurs précisé que Monsieur V_____ avait fait l'objet d'une décision en réparation du dommage parce qu'il était inscrit au RC et qu'elle maintenait ses prétentions à son égard.

Monsieur S_____ a déclaré avoir été administrateur de la société du 24 janvier 1994 au 24 février 1996, date de sa démission, et s'être exclusivement occupé de la comptabilité jusqu'à la fin de l'année 1996. A ce titre, il connaissait la

liste des créanciers, mais ne s'occupait ni de la gestion ni de l'engagement du personnel. Les premières difficultés financières sont apparues au bouclage des comptes 1995. Le seul espoir pour la société était de trouver un acheteur. C'est pour cette raison que sa démission n'a pas été acceptée et qu'il est finalement resté administrateur. Lorsqu'un autre comptable a pris la relève, il n'a plus été tenu au courant de rien. De surcroît, lors de l'assemblée extraordinaire du 14 janvier 1997, Monsieur C _____ leur a donné le choix entre la mise en faillite ou le rachat des actions et c'est la deuxième alternative qui a été retenue. Le procès-verbal de cette assemblée a été versé au dossier.

Monsieur V _____ a dit avoir été seulement actionnaire de la société et l'être resté jusqu'au 14 juin 1997, date à laquelle il a vendu ses actions. Il a affirmé n'avoir jamais participé à la gestion de la société, celle-ci étant du ressort de l'actionnaire principal, Monsieur C _____, et du responsable de l'exploitation, Monsieur B _____, étant précisé que la direction de l'entreprise disposait d'une grande marge de manœuvre. Le défendeur s'est étonné d'avoir été inscrit au RC en qualité de directeur, a soutenu n'avoir jamais tenu ce rôle et persisté à dire que toutes les décisions étaient prises par Messieurs C _____ et B _____, ainsi que cela ressortait du procès-verbal établi le 23 mai 2002 devant le Tribunal de police. Cette nouvelle pièce a également été versée au dossier.

16. Les autres faits pertinents du dossier seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en "droit" du présent arrêt.

EN DROIT

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

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

Statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 1^{er} juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (arrêt 1P. 183/2004).

2. 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 ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'AVS (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 1^{er} 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 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. Aux termes de l'art. 82 al. 1 RAVS, le droit de demander la réparation d'un dommage se prescrit lorsque la caisse de compensation ne le fait pas valoir par une décision de réparation dans un délai d'une année à compter du moment où elle a eu connaissance du dommage et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de cinq ans à

compter du fait dommageable. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit en réalité d'un délai de péremption à considérer d'office (ATF 112 V 8, consid. 4c ; RCC 1986 page 493). Lorsque ce droit dérive d'un acte punissable soumis par le code pénal à un délai de prescription de plus longue durée, ce délai est applicable (art. 82 al. 2 RAVS).

Le Tribunal fédéral des assurances (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 recouvrir les cotisations, mais pourraient justifier une obligation de réparer le dommage (ATF 116 V 75, consid. 3b ; 113 V 181, consid. 2 ; 112 V 8, consid. 4d 158 ; 108 V 52 consid. 5 ; RCC 1983 page 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a « rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer » (cf. FRITSCH, *Schuldbetreibung und Konkurs II*, 2^{ème} éd., p. 112), d'où résulte la perte de la créance de la caisse.

En cas de faillite ou de concordat par abandon d'actifs, la caisse n'a pas nécessairement connaissance du dommage au moment où elle peut consulter le tableau de distribution et le compte final établi 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 dommage et 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 page 415 ; ATF 113 V 182, consid. 2, avec réf. = RCC 1987 page 607).

Selon la jurisprudence, le dommage est réputé survenu lorsque les cotisations dues ne peuvent plus être perçues, pour des motifs juridiques ou de faits (ATF 113 V 258, consid. 3c ; RCC 1988, page 137 ; ATF 109 V 92, consid. 9 et les arrêts cités ; RCC 1983 page 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 (AZF 112 V 157, consid. 2 ; MAURER, *Schweizerisches Sozialversicherungsrecht*, vol. 2, p. 62).

L'ouverture de la faillite ne permet cependant pas, à elle seule, de savoir si la créance est irrécouvrable. Ainsi, lorsque la liquidation de la faillite a été suspendue faute d'actifs, le dommage est réputé survenu à ce moment là (ATF 103 V 122,

consid. 4 ; RCC 1978 page 260). Il s'agit du moment où, de manière officielle, la faillite ait été déclarée infructueuse (cf. RCC 1973 page 78 consid. 2). A cet égard, peu importe que l'acte formel qui constitue l'ordonnance de suspension de la liquidation par le juge de la faillite mette fin à cette procédure. Est seul décisif le fait que, en prononçant cette mesure, le juge établit l'absence de biens liquidés et deniers à distribuer aux créanciers et qu'il s'ensuit une perte de la créance de cotisations de la caisse (cf. ATF 108 V 52, consid. 5 ; RCC 1983 p. 109).

En l'espèce, la caisse a été informée par le courrier du 18 janvier 2000 de l'Office des poursuites et faillites que les créanciers de 3^{ème} classe ne toucheraient aucun dividende. C'est donc à ce moment là qu'elle a eu connaissance du fait qu'elle risquait de subir un dommage.

Dès lors, par ses décisions, notifiées à Messieurs S_____ et V_____ le 27 mars 2000, elle a respecté le délai d'un an conformément à l'art. 82 al. 1 RAVS. De même, le délai de cinq ans dès le fait dommageable a été respecté.

Tant Monsieur S_____ que Monsieur V_____ ont formé opposition dans les 30 jours à compter de la notification de la décision (art. 81 al. 2 LAVS).

Enfin, en déposant les requêtes en mainlevée le 29 mai 2000, la demanderesse a agi en temps utile, de sorte que ces actions sont recevables à la forme (art. 81 al. 3 RAVS), étant précisé que la suspension des délais prévus par l'art. 22 PA est applicable à la présente procédure (VSI 4/1996 p. 231).

5. 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 cet article est une disposition spéciale (RCC 1989 p. 117).

En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse dans la faillite de la société X_____ SA, pour un montant total de Fr. 71'858.45 s'agissant de Monsieur S_____ et représentant les cotisations paritaires impayées pour les périodes de octobre à décembre 1996, mars, avril, juillet, octobre à décembre 1997, janvier à mars et mai 1998, ainsi qu'un complément de Fr. 37'811.40 en ce qui concerne Monsieur V_____ pour les mois d'octobre à décembre 1996, ainsi que mars et avril 1997, y compris les frais et intérêts moratoires.

6. L'art. 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34ss 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'art. 52 LAVS est liée au statut de droit public (ATF 112 V 155 consid. 5 ; 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 (ATF 111 V 173, consid. 2 ; 180 V 186 consid. 1a, 192 consid. 2a ; RCC 1985, p. 646, consid. 3a).

Le TFA a affirmé expressément que l'obligation légale de réparer le dommage ne devait 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, page 101).

7. a. 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. ch. 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 ; RCC 1987 page 620 consid. 2d).

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. ch. 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le TFA s'est toujours référé à l'art. 754 al. 1 en corrélation avec l'art. 759 al. 1 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 actionnaires ou créancier social du dommage qu'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Sont réputées chargées de l'administration ou de la gestion au sens de l'art. 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 en 1985 et l'arrêt du 21 avril 1988 en la cause A).

Selon FORSTMOSER, qui distingue entre le statut d'organe formel et matériel, « sont réputés personnes ayant le statut d'un organe au sens des dispositions concernant la responsabilité, tous les membres du conseil d'administration, indépendamment des tâches qu'ils assument effectivement (qualité d'organe formel) ». Par contre, chaque personne inscrite au registre du commerce ne doit pas être qualifiée sans autre d'organe formel. Toutefois, l'inscription dans une autre fonction – par exemple comme directeur – peut sans autre amener un statut d'organe en vertu d'une communication, de sorte que la personne inscrite en position élevée sera en règle générale aussi un organe au sens matériel (cf. FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2^{ème} éd. N 654 et 655, page 209). Quant au statut d'organe directeur, cet auteur souligne que la question de la soumission de ces personnes et d'autres employés à la responsabilité au sein d'une société anonyme dépend toujours de la notion d'organe (matériel ou fonctionnel). Un directeur est généralement qualifié d'organe au sens de l'art. 754 CO tandis que pour établir cette notion chez d'autres employeurs, il y a lieu d'examiner s'ils prennent effectivement en toute indépendance des décisions faisant fois (cf. N° 741 à 743, p. 232). N'est pas déterminant pour la classification le droit de signer. La personne autorisée à signer, non plus, n'est pas soumise à l'art. 754 CO si elle ne dispose d'aucun pouvoir de décision qu'elle puisse exercer en toute indépendance et si elle ne jouit pas d'un statut d'organe en vertu d'une communication. Le statut d'organe obtenu à la suite d'une communication sert à protéger la confiance de tiers dans l'apparence, donnée, d'un statut d'organe, ce qui est sans importance sous l'angle de la violation des prescriptions de l'AVS et, partant, en tant que motif de responsabilité selon l'art. 52 LAVS.

Selon la jurisprudence, la responsabilité de la société pour les fautes commises par ses représentants vise surtout les membres de l'administration et de l'organe de contrôle (ATF 86 II 171 et 93 II 22). Elle peut concerner encore d'autres personnes, qu'elles soient désignées comme organe dans les statuts ou non. Ce qui est décisif, bien plutôt, c'est la fonction qu'elles assument effectivement. Dans la mesure où elles exercent en toute indépendance des pouvoirs d'administration et de représentation, participant ainsi à la formation de la volonté de la personne morale, comme cela est en règle générale le cas pour un directeur, elles sont des organes et répondent de dommages en tant que tel, même si les statuts devaient leur contester la qualité d'organe. Inversement, une personne désignée comme organe en vertu des statuts échappe à la responsabilité en tant qu'organe lorsqu'elle n'accomplit que des travaux secondaires pour lesquels elle relève d'autres personnes (ATF 48 II 56, 102 II 359 consid. 3a). Cette conception se fonde sur une application constante de la notion d'organe matériel, selon laquelle l'inscription, au Registre du commerce, d'une certaine personne ou du droit de signature de celle-ci ne revêt pas une importance déterminante.

b. En l'espèce, il résulte de l'extrait du RC que Monsieur S_____ a été administrateur unique au bénéfice d'une signature individuelle du 24 janvier 1994 à

la radiation de la société. Il avait dès lors indiscutablement la qualité d'organe formel.

Ainsi qu'il l'a mentionné lui-même lors de la comparution personnelle, il s'est occupé de la comptabilité jusqu'à la fin de l'année 1996 et à ce titre, connaissait la liste des créanciers, même s'il ne s'occupait ni de la gestion ni de l'engagement du personnel. Il a eu connaissance des premières difficultés financières apparues au bouclage des comptes 1995. Certes, il a assuré être resté administrateur contre sa volonté, sa démission n'ayant pas été acceptée, et n'avoir plus été tenu au courant des comptes lorsqu'un autre comptable a pris la relève. Force est toutefois de constater que les commandements de payer lui étaient directement adressés et que c'est lui-même qui a déposé le bilan. Il a continué à agir comme organe bien au-delà de sa démission. Preuve en est la lettre écrite et signée par le défendeur en date du 18 novembre 1998, qui démontre non seulement qu'à cette date, il signait toujours en qualité d'administrateur, mais encore qu'il assumait pleinement la gestion de la société. A cet égard, le Tribunal relève encore que le défendeur a présidé l'assemblée générale de la société en date du 2 septembre 1998.

Monsieur V _____, quant à lui, a été directeur avec signature collective à deux du 27 mars 1996 au 23 avril 1997. Vu la simplicité de la structure juridique de la société, facile à contrôler, il aurait dû être parfaitement renseigné sur la situation financière de celle-ci. Il ressort toutefois du dossier que, quoique formellement directeur, le défendeur n'a jamais exercé aucune influence sur la marche des affaires ou la gestion de la société.

Ce sont Messieurs C _____ et B _____ qui étaient chargés de l'administration et de la gestion de la société, participant de manière effective à la prise de décisions de la société et ayant ainsi la qualité d'organes de fait. En effet, ainsi que cela ressort clairement du procès-verbal d'audience établi par le Tribunal de police le 23 mai 2002, ce sont eux qui faisaient le point sur la situation, prenaient position sur les fournisseurs et achats, supervisaient la comptabilité, décidaient du règlement des factures impayées, cherchaient des solutions aux difficultés financières, injectaient des liquidités, envisageaient l'avenir de la société, etc. Force est de constater que Monsieur V _____ ne disposait d'aucun pouvoir de décision. La qualité d'organe ne saurait dès lors lui être reconnue, raison pour laquelle la demande de mainlevée de l'opposition est rejetée en ce qui le concerne.

Au vu des considérations qui précèdent, des deux défendeurs, seul Monsieur S _____ doit être considéré comme organe de sorte que sa responsabilité puisse être engagée. Reste à examiner l'existence d'une négligence grave de sa part des prescriptions régissant l'AVS, étant admis, au vu du dossier, qu'il n'a pas agi intentionnellement.

8. De jurisprudence constante, le TFA a reconnu qu'il y avait négligence grave lorsque l'employeur ne se conformait pas à ce qui pouvait raisonnablement être exigé de toute personne capable de discernement dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (cf. RCC 1972 page 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. Il y a lieu de rappeler ici que l'absence de ressources financières ne constitue pas à elle seul un motif suffisant pour justifier ou disculper, sinon la prescription de l'art. 52 LAVS concernant la responsabilité serait en bonne partie vidée de son contenu (RCC 1985 page 646).

Il peut arriver qu'en retardant le paiement des cotisations, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie, par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie ou de dettes urgentes envers les fournisseurs. Il convient cependant, pour qu'un tel comportement ne tombe ultérieurement sous le coup de l'art. 52 LAVS, que l'on puisse admettre que l'employeur avait des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pouvait à court terme sauver son entreprise et s'acquitter de sa dette dans un délai raisonnable, évitant de cette manière qu'un dommage ne soit causé à la caisse de compensation, ainsi qu'aux autres créanciers. Dans de telles circonstances, la négligence grave sera niée, même en cas d'échec des mesures d'assainissement (cf. RCC 1985 page 602 et ss). Tel n'est toutefois pas le cas en l'occurrence.

En effet, il résulte du dossier que Monsieur S _____ a été administrateur de la société dès la constitution de celle-ci, qu'au demeurant son inscription en cette qualité n'a jamais été radiée et qu'à ce titre, il devait connaître parfaitement la situation dans laquelle se trouvait la société. Il ne pouvait ignorer que, dès le mois d'octobre 1996, les cotisations paritaires n'étaient payées que de manière irrégulière et avaient fait l'objet de plusieurs poursuites.

Le défendeur a fait valoir, dans sa lettre du 25 avril 2000, qu'il n'avait aucune possibilité d'interférer dans la gestion de l'entreprise car il avait remis sa démission en tant qu'administrateur le 24 février 1996. Il a invoqué également une reprise de la totalité des actions et son ignorance, jusqu'au début du mois de septembre, du fait qu'un café avait été définitivement fermé fin juin 1998.

Or, force est de constater que la radiation de l'inscription du défendeur n'a jamais été effectuée. Selon la jurisprudence, la démission d'un administrateur, possible en tout temps, ne peut être opposée aux tiers de bonne foi que dès le jour ouvrable qui suit celui dont la date figure sous le numéro de la FOsc où est publiée l'inscription (art. 932 al. 2 CO). En outre, lorsqu'un fait n'a pas été inscrit, il ne peut être opposé aux tiers que s'il est établi que ces derniers en ont eu connaissance (art. 933 al. 2 CO). Par ailleurs, il convient qu'après sa démission, l'administrateur n'exerce plus aucune influence sur la marche des affaires et sur la volonté de la société. Or,

in casu, il ressort très clairement des pièces au dossier, que la demanderesse ignorait cette démission dès lors qu'elle adressait régulièrement à Monsieur S_____ les commandements de payer concernant les factures en souffrance et ce encore le 5 novembre 1998 par exemple. Enfin et surtout, celui-ci a continué à agir comme organe, ainsi que cela a été démontré ci-dessus. Le Tribunal rappelle, sur ce point, la lettre écrite et signée par le défendeur en date du 18 novembre 1998, démontrant non seulement qu'à cette date il signait toujours en qualité d'administrateur, mais encore qu'il assumait pleinement la gestion de la société. De même, le défendeur a présidé l'assemblée générale de la société en date du 2 septembre 1998.

Dès lors, le défendeur fait preuve de mauvaise foi en prétendant ignorer que l'obligation de payer les cotisations n'était pas remplie et, vu le poste qu'il occupait, il eut été de son devoir de réagir. Or il n'a rien entrepris pour remédier à la situation. Sachant que sa démission n'avait pas été acceptée, et que sa responsabilité pouvait toujours être engagée, il devait à tout le moins se renseigner sur la situation financière de la société, vérifier si celle-ci remplissait ses obligations légales et l'y contraindre le cas échéant. Force est de constater que les tâches inhérentes à son mandat d'administrateur n'ont pas été exercées avec la diligence requise. En conséquence, le défendeur a commis une négligence grave.

En conclusion, eu égard aux considérations qui précèdent, le Tribunal considère que le défendeur n'a pas, en sa qualité d'organe formel de la société, rempli les obligations légales qui lui incombait avec toute la diligence que l'on pouvait attendre de lui. Ce faisant, il a fait preuve de négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS et doit répondre du dommage subi par la demanderesse dans la faillite de la société X_____ SA.

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 les requêtes de mainlevée déposées par la caisse de compensation HOTELA recevables ;

Au fond :

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

La greffière :

La Présidente :

Janine BOFFI

Karine STECK

La secrétaire-juriste :

Alexandra PAOLIELLO

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