RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1454/2000 **ATAS/612/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 12 août 2004

3ème Chambre

En la cause

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, route de Chêne 54, 1211 GENEVE 29 — Demanderesse

contre

Monsieur G_____

Monsieur M_____

Tous deux comparant par Me Nicolas JEANDIN en l'Etude duquel ils élisent domicile.

Monsieur S_____ et Madame S_____, tous deux comparant par Me Jacopo RIVARA en l'Etude duquel ils élisent domicile

Défendeurs

Anciens organes de la société X_____ SA (faillie)

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,

Mesdames Juliana BALDE et Maya CRAMER, juges

EN FAIT

1. X_____ SA (ci-après la société) était une société anonyme inscrite au registre du commerce de Genève depuis le 30 mars 1990 dont le but consistait en l'exploitation de commerces, notamment d'articles en cristal, en porcelaine, trousseaux, articles-cadeaux et gadgets. Elle faisait partie d'un groupe appartenant à la famille S_____, avec deux autres sociétés, X_____ Y_____ SA et Z_____ SA. Cette dernière était chargée de vendre la marchandise fournie par la société, les factures étant ensuite cédées à X_____ Y_____ SA. Depuis sa création jusqu'à la fin de l'année 1995, la société a été affiliée auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la CCGC) (pièce 1, fourre CCGC).

2. Madame S_____ a bénéficié d'une procuration individuelle sur les comptes du 22 novembre 1993 jusqu'au 22 décembre 1994, date à laquelle elle en est devenue l'administratrice présidente avec signature individuelle. Elle l'est restée jusqu'au 21 mars 1997. Dès cette date, c'est Monsieur S_____, son époux, qui en est devenu l'administrateur président et délégué, avec signature collective à deux. Monsieur G_____ a occupé la fonction d'administrateur secrétaire de la société du 22 décembre 1994 au 21 mars 1997 avec Monsieur M_____, également administrateur. Tous deux bénéficiaient de la signature collective à deux avec la présidente. Monsieur M_____ a quitté la société le 29 novembre 1996 et dès le 8 novembre 1996, Monsieur G_____ a bénéficié de la signature collective à deux avec les époux S_____ (pièce 1, fourre CCGC).

3. Dès 1994, la société a rencontré des difficultés financières, lesquelles ont généré un problème dans le paiement régulier des cotisations de l'assurance vieillesse et survivants (ci-après cotisations AVS). Le 16 mai 1995, la société a sollicité un plan de paiement pour les cotisations AVS arriérées afférentes à 1994, dont le montant s'élevait à 48'258 fr. 60 (pièce 10 et annexe, fourre CCGC).

4. Le 24 mai 1995, la CCGC a accepté le plan de paiement suivant : la société devait s'acquitter de 8'043 fr. 60 le 31 mai 1995, puis de 8'043 fr. par mois, du 30 juin au 31 octobre 1995 (pièce 10, fourre CCGC).

5. Le 28 mai 1996, la société a à nouveau sollicité un plan de paiement pour les cotisations AVS de l'année 1995, qui s'élevaient à 288'355 fr. Elle a demandé à

pouvoir s'acquitter de l'ensemble de la somme due en quinze mensualités (pièces 5 et 11, fourre CCGC).

6. Le 13 juin 1996, la CCGC lui a accordé le plan de paiement demandé et lui a fixé quinze mensualités de 19'217 fr. chacune, du 30 juin 1996 au 31 août 1997 (pièce 12, fourre CCGC).

7. Le 4 septembre 1996, la société a demandé la modification du plan de paiement, au motif que « la période était peu propice aux affaires ». Elle sollicitait la possibilité de s'acquitter de 10'000 fr. par mois dès le 30 septembre 1996. Elle s'était d'ores et déjà acquittée d'un montant de 19'217 fr. (pièces 14 et 15, fourre CCGC).

8. Le 10 septembre 1996, la CCGC lui a accordé un nouveau plan de paiement suivant lequel elle devait s'acquitter de 9'974 fr. le 30 septembre 1996, puis de 9'964 fr. par mois du 31 octobre 1996 au 30 novembre 1998 (pièce 16, fourre CCGC).

9. La société s'est conformée à ce plan jusqu'en juin 1997, date à laquelle elle a cessé ses versements, faute de liquidités. Le 24 juillet 1997, elle a demandé à la CCGC un délai à la fin du mois de septembre en expliquant que sa situation économique devrait s'améliorer d'ici là et que les paiements pourraient alors être repris. La CCGC a accepté le 31 juillet 1997 (pièces 17 à 19, fourre CCGC).

10. Le 23 janvier 1998, la CCGC a annulé le plan de paiement, la société ne l'ayant pas respecté (pièce 20, fourre CCGC). Le 11 mars 1998, elle a notifié à la société un commandement de payer pour une somme de 179'352 fr., représentant le solde des cotisations AVS impayées pour l'année 1995. La société a formé opposition le 19 mars 1998 (pièce 6, fourre CCGC). Par jugement du 10 août 1998, le Tribunal de première instance de la République et Canton de Genève (ci-après le TPI) en a prononcé la mainlevée définitive (pièce 7, CCGC).

11. Par jugement du 9 juin 1998, le TPI a par ailleurs prononcé la faillite de la société (pièce 8, fourre CCGC).

12. Le 2 mars 1999, la CCGC a produit une créance de 212'855 fr. 15 (pièce 3, fourre CCGC).

13. Le 3 mars 1999, elle a réclamé par courrier un montant de 344'775 fr. à Messieurs G_____ et M_____ ainsi qu'à Madame S_____, cette somme correspondant aux cotisations AVS arriérées pour l'année 1995, y compris la part

des cotisations due par les salariés et retenue sur leur rémunération, soit 3'603 fr. 20 (part pénale) (pièces 22 et 23, fourre CCGC).

14. Le 8 mars 1999, Madame S_____ a fait valoir par l'entremise de son conseil qu'elle était disposée à s'acquitter de la part pénale, mais qu'elle se trouvait pour le reste dans une situation inextricable et qu'elle souhaitait connaître la position de Messieurs M_____ et G_____ avant de se déterminer (pièce 24, fourre CCGC).

15. Le 12 mars 1999, ces derniers, par l'entremise de leur conseil commun, ont contesté être redevables à l'égard de la CCGC et se sont déclarés surpris par le contenu du courrier du 3 mars 1999 qui leur avaient été adressé (pièce 25, fourre CCGC).

16. Par décisions séparées du 16 novembre 1999, la CCGC a réclamé à Madame S_____, ainsi qu'à Messieurs M_____, G_____ et S_____, un montant de 212'855 fr. 15 à titre de cotisations AVS arriérées pour l'année 1995.

17. Le 15 décembre 1999, Monsieur et Madame S_____, par l'entremise de leur conseil commun, ont formé opposition contre les décisions en réparation du dommage, contestant tant leur responsabilité que le montant réclamé.

18. Le 17 décembre 1999, Messieurs M_____ et G_____ ont formé opposition à leur tour en alléguant qu'ils avaient fait tout leur possible dès le début de leur mandat pour que la gestion et le management de la société s'opèrent selon les règles de l'art. Ils allèguent avoir constaté dans le courant de l'année 1995, de graves lacunes dans la mise en place de l'administration de la société : le listing des débiteurs n'était pas disponible, la comptabilité générale souffrait d'importants retards et l'organe de révision n'avait pas encore audité les comptes 1994. Ce n'était qu'en été 1997 qu'ils ont eu connaissance des arriérés importants des cotisations AVS existants. Or, à cette date, Monsieur M_____ avait déjà démissionné et Monsieur G_____ a démissionné à son tour le 11 décembre 1997. Selon eux, aucune négligence dans leur mandat ne peut leur être reprochée dès lors que tous deux ont tenté à plusieurs reprises de s'informer et que, lorsqu'ils l'ont enfin été, il était trop tard pour agir. Les deux administrateurs ont encore expliqué que c'était en réalité Monsieur S_____ qui aurait « tiré les ficelles » et qui, surtout, a fait fi des décisions ou des propositions faites aux fins de procéder à une gestion conforme aux règles de l'art.

19. Par écriture du 27 janvier 2000, la CCGC a requis la mainlevée des oppositions en relevant que si Monsieur G_____ avait effectivement pris des mesures pour la gestion de la société dès l'année 1996, elles n'avaient cependant pas été suffisantes, dans la mesure où il n'avait jamais pris contact avec la caisse alors même qu'il avait connaissance du plan de paiement octroyé en juin 1996. Elle estime qu'il aurait en tout cas dû s'assurer de son respect jusqu'à la dernière échéance ; or les versements avaient été suspendus dès juin 1997, laissant un solde important de cotisations impayées. Quant à Monsieur M_____, la CCGC estime qu'il n'a pas pris les mesures qui s'imposaient pour assurer le respect des obligations en matière d'AVS dès lors qu'il n'a fait que suivre Monsieur G_____, sans intervenir en personne, ainsi que cela ressort de son argumentation, faisant ainsi preuve d'une passivité qui pouvait lui être reprochée. En ce qui concernait Monsieur et Madame S_____, les documents produits par Messieurs G_____ et M_____ démontraient que Monsieur S_____ avait joué un rôle de premier plan dans la société et que, même avant sa nomination en tant qu'administrateur, il était actionnaire majoritaire et prenait les décisions importantes. Selon les procès-verbaux d'assemblée générale fournis, il est apparu que Monsieur S_____ a prélevé des fonds sur des comptes bancaires afin de Y_____ la constitution et les activités d'autres sociétés. Il n'a en revanche pris aucune mesure pour payer l'arriéré de cotisations AVS. Quant à Madame S_____, elle a eu une attitude passive, n'a jamais tenté une restructuration de la société et n'a jamais pris aucune mesure afin que cette dernière s'acquitte des charges sociales en souffrance, raison pour laquelle elle devrait également être tenue pour responsable du dommage qui en est résulté.

20. Le 29 février 2000, Messieurs M_____ et G_____ ont persisté dans leurs conclusions en rappelant le rôle central joué par la Banque cantonale de Genève (ci-après la BCGe), laquelle avait détenu les comptes tant de la société que de Z_____SA et avait octroyé une ligne de crédit à l'origine de 500'000 fr., qui avait finalement été portée à 1'500'000 fr. sans que ni l'un ni l'autre des administrateurs n'en soient informé. La BCGe avait selon eux agi en organe de fait et choisi de ne pas acquitter les charges sociales alors même qu'elle avait reçu les ordres de paiement nécessaires. Les administrateurs ont affirmé s'être toujours retrouvés confrontés, malgré leurs efforts, à l'absence de transparence de Monsieur S_____. Sur le plan formel, ils ont encore relevé que l'action en réparation du dommage a été intentée hors délai, dès lors qu'elle a été déposée le 27 janvier 2000 et les oppositions reçues entre les 17 et 20 décembre 1999. Or, selon les administrateurs, les féries judiciaires ne seraient pas applicables dans une procédure en réparation du dommage.

21. Le 10 mars 2000, les époux S_____ ont admis le montant de la dette de cotisations sociales restée en souffrance et ont soutenu que la déconfiture de leurs sociétés était essentiellement due aux manipulations de la BCGe. Les affaires avaient démarré petit à petit depuis 1990, date à laquelle Monsieur S_____ avait commencé à travailler avec la BCGe qui connaissait la situation personnelle des époux S_____, et notamment leur manque d'expérience en affaires. Ces derniers avaient régulièrement rencontré leur conseiller financier auprès de la BCGe, lequel les avait encouragés dans leur manque de rigueur en accordant une ligne de crédit globale pour deux des sociétés. Si des experts de crédit, rompus aux affaires, avaient accepté d'accorder des lignes de crédit substantielles sans gages ni aucune autre garantie, leur gestion devait être considérée comme conforme aux usages. Ils ont ainsi contesté avoir commis une négligence grave dans la gestion de leurs sociétés et ont conclu au déboutement de la CCGC.

22. Pour le surplus, les faits et allégués pertinents des parties seront repris, en tant que besoin, dans la partie « en droit » ci-après.

EN DROIT

1. 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, 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 1er 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).

   Egalement saisi de la question de l'inconstitutionnalité du Tribunal cantonal des assurances sociales, il a déclaré que la création de ce Tribunal ne pouvait être remise en cause, vu la force dérogatoire du droit fédéral, soit en l'occurrence l'art. 57 LPGA.

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 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). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours ont été transmises d'office au TCAS, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'assurance invalidité notamment (cf. art. 56V LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

4. La LPGA a entraîné de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-vieillesse, notamment en ce qui concerne l'ancien art. 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS). Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'art. 52 LAVS et les art. 81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS) ont été abrogés. Le cas d'espèce demeure 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). Les dispositions légales seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.

5. a) Aux termes de l'art. 82 al.1 RAVS, le droit de demander la réparation d'un dommage se prescrit lorsque la Caisse de compensation ne le fait pas valoir par une décision de réparation dans un délai d'une année à compter du moment où elle a eu connaissance du dommage et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du fait dommageable. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit en l'occurrence d'un délai de péremption à considérer d'office (ATF 112 V 8, consid. 4c ; RCC 1986 page 493). Lorsque ce droit dérive d'un acte punissable soumis par le code pénal à un délai de prescription de plus longue durée, ce délai est applicable (art. 82 al. 2 RAVS).

   Le Tribunal fédéral des assurances (ci-après TFA) a posé le principe qu'une caisse de compensation a « connaissance du dommage » au sens de la disposition précitée, à partir du moment où elle doit reconnaître, en y prêtant l'attention qu'on est en droit d'attendre d'elle et en tenant compte de la pratique, que les circonstances ne lui permettent plus de recouvrer les cotisations, mais pourraient

justifier une obligation de réparer le dommage (ATF 116 V 75,consid. 3b ; 113 V 181, consid. 2 ; 112 V 8, consid. 4d, 158 ; 108 V 52, consid. 5 ; RCC 1983, page 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a « rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer » (cf. FRITSCHE : Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd., page 112) d'où résulte la perte de la créance de la Caisse. Selon la jurisprudence, en cas de faillite, le dommage est en règle générale déjà suffisamment connu lorsque la collocation des créances est publiée, respectivement lorsque l'état de collocation (et l'inventaire) est déposé pour être consulté (ATF 126 V 444 consid. 3a, 121 V 236 consid. 4a, 119 V 92 consid. 3 et les références citées).

b) Dans le cas d'espèce, la CCGC a eu connaissance du dommage le 17 février 1999, date de la publication de l'état de collocation dans la Feuille d'avis officielle.

La demanderesse a notifié le 16 novembre 1999 à Messieurs M_____, G_____, S_____ et à Madame S_____ ses décisions en réparation du dommage. Cette notification est donc intervenue dans le délai d'une année prescrit par l'art. 82 al. 1 RAVS.

Par ailleurs, les époux S_____ ont formé opposition le 15 décembre 1999 auprès de la CCGC et Messieurs M_____ et G_____ le 17 décembre 2000. Les défendeurs ont ainsi formé opposition dans le délai imparti par l'art. 81 al. 2 RAVS.

La CCGC, pour sa part, a porté le 27 janvier 2000 ses actions en mainlevée des oppositions auprès la Commission cantonale de recours en matière AVS/AI (actuellement le Tribunal de céans). Compte tenu des féries prévues à l'art. 22a de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA), applicable dans le domaine de l'AVS en vertu de l'art. 96 LAVS (ATF 122 V 65), la CCGC a respecté le délai de 30 jours prévu par l'art. 81 al. 3 RAVS et son action est par conséquent recevable.

6. Le litige porte sur la responsabilité des défendeurs dans le préjudice subi par la demanderesse, aux conditions de l'art. 52 LAVS, lequel prévoit que l'employeur doit couvrir le dommage qu'il a causé en violant les prescriptions intentionnellement ou par négligence grave. Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom (ATF 123 V 15, consid. 5b., 122 V 66 consid. 4a, 119 V 405 consid. 2 et les références).

a) L'art. 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 ss RAVS, prescrit que l'employeur doit déduire, lors de chaque paie, la cotisation du salarié et verser celle-ci à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation. Les employeurs doivent remettre périodiquement aux caisses les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances a déclaré, à réitérées reprises, que celui qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 195 consid. 2a et les références, ATF non publiés H 320/01 et H 333/01 du 8 octobre 2003 consid. 4).

Selon la jurisprudence, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui manque de l'attention qu'un homme raisonnable aurait observée dans la même situation et dans les mêmes circonstances. La mesure de la diligence requise s'apprécie d'après le devoir de diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie que celle de l'intéressé. En présence d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions. Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a ; RCC 1985 p. 51 consid. 21 et p. 648 consid. 3b).

b) Dans le cas d'une société anonyme, la notion d'organe responsable selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui ressort de l'art. 754 al. 1 CO. La responsabilité incombe aux membres du conseil d'administration, ainsi qu'à toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation, c'est-à-dire à celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 II 442 consid. 2b, 571 consid. 3, 107 II 353 consid. 5a). Il faut cependant, dans cette dernière éventualité, que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, c'est-à-dire d'exercer effectivement une influence sur la marche des affaires de la société (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 II 442 consid. 2b, 111 II 84 consid. 2).

Ainsi, la notion d'organe selon l'art. 754 CO doit être comprise dans un sens large : sont également réputés chargés de l'administration et de la gestion les

organes dits « de fait », c'est-à-dire les personnes qui, sans être désignées formellement en qualités d'organes – prennent en fait les décisions réservées à ces derniers ou se chargent de la gestion proprement dite (cf. notamment BÜRGI, note 119 ad art. 753/54 CO ; SCHUCANY, note 1 ad art. 754 CO ; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2e ed., p. 209 ss.). Conformément à ces principes, le Tribunal fédéral a par exemple reconnu la qualité d'organes dirigeants aux deux seuls actionnaires d'une société, qui géraient eux-même celle-ci en lieu et place d'un administrateur unique nommé à titre fiduciaire (ATF 102 II 353 ; ATF 114 V 78).

Un administrateur ne peut se libérer de sa responsabilité de veiller personnellement à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés soient payées à la caisse en soutenant qu'il faisait confiance à ses collègues chargés de l'administration du personnel de l'entreprise et du versement desdites cotisations à la caisse de compensation. Il a au contraire le devoir d'exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données (art. 716 a al. 1 ch. 5 CO). Si les membres du conseil d'administration qui ne sont pas chargés de la gestion ne sont certes pas tenus de surveiller chaque affaire des personnes chargées de la gestion et de la représentation mais peuvent se limiter au contrôle de la direction et de la marche des affaires, ils doivent cependant, entre autres obligations, se mettre régulièrement au courant de la marche des affaires, exiger des rapports et les étudier minutieusement et, au besoin, demander des renseignements complémentaires et essayer de tirer au clair d'éventuelles erreurs (ATF 114 V 223 consid. 4a ; ATF non publié H 265/02 du 3 juillet 2003). La responsabilité de l'administrateur ne dure en principe que jusqu'au moment de sa sortie effective du conseil d'administration, que ce soit par suite de démission ou de révocation, mais non jusqu'au moment de la radiation de ses pouvoirs au Registre du commerce ; cela vaut en tout cas lorsque l'intéressé n'a plus aucune influence sur la marche des affaires et qu'il n'a plus reçu de rémunération (ATF 112 V 5 consid. 3c, 111 II 484, 109 V 94-95 consid. 13 ; NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, PJA 1996, ch. 8d p. 1081 ; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2e éd., p. 236 n° 758 ss). En principe donc, l'administrateur sortant ne répond, toutes autres conditions étant remplies, que du non-paiement des cotisations échues et exigibles au moment de sa sortie effective. Demeure réservée l'hypothèse où l'administrateur a provoqué – intentionnellement ou par négligence grave – l'insolvabilité de la société, insolvabilité qui excluait d'emblée le paiement des cotisations non encore échues au moment de sa démission ou de

sa révocation (RCC 1985 p. 607 consid. 5, ATF non publié H 108/00 Sm du 21 septembre 2000 consid. 5b).

Un directeur de société a généralement la qualité d'organe en raison de l'étendue des compétences que cette fonction suppose (ATF 104 II 197 consid. 3b ; FORSTMOSER/ MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, § 37, p. 443 note 17, BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2e éd., p. 1072 note 1969). Mais il ne doit répondre que des actes ou des omissions qui relèvent de son domaine d'activité, ce qui, en d'autres termes, dépend de l'étendue des droits et des obligations qui découlent de ses rapports internes. Sinon, il serait amené à réparer un dommage dont il ne pouvait empêcher la survenance, faute de disposer des pouvoirs nécessaires (ATF 111 V 178 consid. 5a, FORSTMOSER/ MEIER-HAYOZ/NOBEL, op. cit., § 37, p. 442 note 8 ; ATF non publié H 320/01 et H 333/01 du 8 octobre 2003 consid. 6.2)

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

En matière de cotisations, un dommage (voir ATF 112 V 157 consid. 2) se produit lorsque l'employeur ne déclare pas à l'AVS tout ou partie des salaires qu'il verse à ses employés et que les cotisations correspondantes de trouvent ultérieurement frappées de péremption selon l'art. 16 al. 1 LAVS ou lorsque des cotisations demeurent impayées en raison de l'insolvabilité de l'employeur. Dans la première éventualité, le dommage est réputé survenu au moment de l'avènement de la péremption ; dans la seconde, au moment où les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire, eu égard à l'insolvabilité du débiteur (ATF 123 V 12, 113 V 256, 111 V 173 consid. 3a ; RCC 1990 p. 304 consid. 3b/aa ; FRESARD, op. cit., p.8 ; MAURER, op. cit., p.69).

Selon la jurisprudence, la causalité est adéquate si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance (ATF 118 V 290 consid. 1c et les références ; ATF 119 V 401 consid. 4a). La question du lien de causalité entre l'inaction d'un administrateur et le non-paiement de cotisations arriérées ne se

pose toutefois pas lorsqu'un dommage au sens de l'art. 52 LAVS préexiste, parce que la société était déjà insolvable avant l'entrée du nouveau membre au conseil d'administration (ATF 119 V 401).

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

a) En ce qui concerne Monsieur M_____, sa qualité d'organe ne fait aucun doute puisqu'il était administrateur inscrit au Registre du Commerce. Force est de constater au vu des éléments figurant au dossier, que cet administrateur n'a pas surveillé la marche des affaires ni n'a contrôlé les démarches effectuées par la direction. Ainsi, le Tribunal de céans constate que, lors des séances du conseil d'administration tenues les 25 octobre 1995 et 28 mai 1996, il n'était pas présent, mais « excusé » (pièces 4 et 7, M_____), alors même qu'il s'agissait de discussions importantes concernant la société et la clôture de l'exercice 1995 puisque il y était fait référence aux graves problèmes informatiques auxquels la société devait faire face, ce qui influençait sa comptabilité. Il a en outre déclaré avoir ignoré le fait que les cotisations sociales arriérées de l'année 1995 étaient demeurées impayées. Cet état de fait démontre à lui seul que cet administrateur ne s'est pas réellement préoccupé de s'assurer que les personnes chargées de la gestion, en l'occurrence Madame S_____, de par sa position d'administratrice présidente, et Monsieur S_____, organe de fait de la société, s'étaient effectivement acquittés des cotisations AVS impayées pour 1995, alors même que cela résulte des obligations légales de l'administrateur d'une société. En ne se mettant pas régulièrement au courant de la marche des affaires, en n'exigeant pas de rapports et en ne les étudiant pas minutieusement tout en requérant, au besoin, des renseignements complémentaires, il s'est désintéressé de la bonne marche des affaires et sa passivité ne saurait être excusée. Il ne saurait se libérer de sa responsabilité, dès lors qu'il lui incombait d'exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observaient la loi. Il ne pouvait donc s'en tenir à la répartition des activités et il lui incombait précisément de s'occuper du domaine des cotisations sociales en raison justement de l'importance que revêt celui-ci (SVR 2003 AHV n°5 p. 14 consid. 5.3.2).

b) Quant à Monsieur G_____, sa situation est quelque peu différente puisque les pièces qu'il a produit démontrent qu'il s'est investi dans la société de manière à surveiller les agissements des époux S_____. En effet, il a occupé la fonction d'administrateur dès le 22 décembre 1994 et s'est toujours préoccupé tant des comptes de la société que de son fonctionnement. Ainsi, lors de la séance

du conseil d'administration du 25 octobre 1995, lors de la prise de connaissance des comptes provisoires de l'exercice 1994, il a refusé de les approuver dans la mesure où aucun listing des débiteurs ne figurait sous la rubrique « débiteurs » au 31 décembre 1994. De même, il a relevé l'insuffisance du système informatique de la société et a insisté pour que ce problème soit réglé afin que la comptabilité générale puisse être mise à jour (pièce 4 G_____). Le 22 mars 1996, il a également demandé des précisions à la direction de la société en ce qui concernait notamment les débiteurs au 31 décembre 1995 comparés aux débiteurs au 31 décembre 1994 et un rapport sur la situation de la société vis-à-vis de l'AVS (pièce 5 G_____). Lorsqu'il a appris les graves problèmes de trésorerie de la société en septembre 1996 et le fait qu'elle avait dû négocier des plans de paiement pour régler certains créanciers, dont notamment la CCGC pour les cotisations sociales en souffrance, il a pris l'initiative de convoquer une réunion urgente et a exigé des informations claires et précises sur la situation financière de la société. Il a encore proposé d'engager un nouveau comptable et de trouver et nommer un responsable administratif, outre d'autres mesures immédiates à prendre telles qu'établir la liste détaillée des créanciers ou édicter un règlement d'organisation (pièce 12 G_____). Ces mesures se sont concrétisées, puisque le 8 novembre 1996 déjà, il a proposé un nouveau règlement d'organisation (pièce 14 G_____) et a pris contact avec PUBLICITAS afin qu'une annonce soit insérée dans la presse pour trouver un comptable expérimenté (pièce 15 G_____). Il a également demandé le 11 novembre à l'organe de révision d'effectuer un contrôle très serré notamment des créanciers, dont la CCGC sur les comptes 1996 (pièce 16 G_____). Le 19 novembre 1996, il a menacé Monsieur S_____ de démissionner si ce dernier continuait à lui dissimuler certains faits à propos de la société et s'il ne se décidait pas à lui communiquer les informations demandées (pièce 18 G_____). Finalement, il a encore requis le 28 février 1997 que l'AVS prélevée aux employées soit réglée régulièrement et qu'une priorité soit accordée au paiement des cotisations sociales arriérées (pièce 20.2 G_____). Il a continué de tenter de surveiller les faits et gestes de Monsieur S_____, en vain, jusqu'au 11 décembre 1997, date de sa démission (pièces 21 et 22 G_____). On relèvera encore qu'il ne disposait que de la signature collective à deux avec Madame S_____, l'administratrice présidente, sur les comptes de la société depuis le début de son mandat, et ce jusqu'au 21 mars 1997, date à laquelle il la partageait ensuite avec Monsieur V_____. Il ne pouvait dès lors que difficilement agir seul.

Ainsi, à la lumière de ces explications et de la jurisprudence précitée, il apparaît qu'aucune négligence grave ni passivité ne peut lui être reprochée. Au contraire, à l'analyse des pièces fournies, on constate que Monsieur G_____ s'est

intéressé au fonctionnement de la société dès l'ouverture de son mandat et qu'il n'a découvert qu'après quelque temps avoir été manipulé par Monsieur S_____, lequel dirigeait la société en omettant et dissimulant des informations financières de premier ordre nécessaires au bon fonctionnement de la société. A ce moment, il a vainement tenté d'influer sur la société en surveillant sa direction, en demandant régulièrement des comptes et des rapports à l'organe de révision et à la direction et en engageant des personnes chargées de démêler l'écheveau des comptes de la société. Malgré cette surveillance constante et ces divers contrôles, il apparaît que les époux S_____ ont continué à gérer la société de façon à ne pas pouvoir rendre de comptes, raison pour laquelle Monsieur G_____ a finalement été contraint de démissionner. Au vu de ses éléments, il ne peut être tenu pour responsable du dommage causé à la CCGC.

c) La situation est fort différente en ce qui concerne tant Madame que Monsieur S_____. La CCGC a relevé a juste titre à propos de la première qu'elle avait eu une attitude passive et qu'elle n'avait jamais tenté une restructuration ni pris aucune mesure afin que la société puisse s'acquitter des charges sociales en souffrance. S'il est vrai que plusieurs plans de paiement ont été demandés, et obtenus, depuis 1994, la situation de la société appelait une prise en charge plus importante et une surveillance plus accrue du fait notamment des difficultés financières rencontrées par celle-ci. Malgré ces problèmes, Madame S_____ n'a rien entrepris afin de tenter de redresser la situation et son attitude passive peut lui être reprochée aujourd'hui dans la mesure où son mandat d'administratrice présidente lui commandait précisément de veiller tant à la bonne marche des affaires qu'au paiement régulier des cotisations sociales. En conséquence, son comportement tombe à l'évidence sous le coup de l'art. 52 LAVS et elle doit être tenue pour responsable de l'ensemble du dommage subi par la demanderesse. Le montant du dommage n'est pour le reste ni contesté ni sujet à discussion et représente les cotisations d'assurances sociales impayées en 1995. Madame S_____ a par ailleurs reconnu le montant de la dette de cotisations sociales demeuré en souffrance.

d) Quant à Monsieur S_____, actionnaire unique de la société, il doit également lui être reconnu une pleine responsabilité pour le dommage subi par la CCGC. Il apparaît en effet à la simple lecture des documents produits par les défendeurs, dont notamment ceux produits par Messieurs M_____ et G_____, qu'il est en grande partie responsable non seulement du non-paiement des cotisations sociales arriérées, mais également à l'origine des problèmes financiers rencontrés par la société. Ainsi, il a délibérément maintenu un certain flou quant à la gestion et à l'administration de la société, en omettant de

produire les comptes ou en dissimulant certains montants (cf. notamment pièces 12 et 17 G_____). Il a jonglé avec les comptes de deux autres sociétés (X_____ Y_____ SA et Z_____SA) appartenant au groupe dont faisait partie la société, groupe qui lui appartenait, et ne s'est pas préoccupé d'une saine gestion de la société, ce qui a d'ailleurs conduit cette dernière à la faillite. Comme l'a souligné à juste titre la CCGC, il détenait une position d'organe de fait de la société bien avant sa nomination en tant qu'administrateur. Au vu de ces explications, son comportement tombe à l'évidence sous le coup de l'art. 52 LAVS, raison pour laquelle il doit être reconnu solidairement responsable pour l'ensemble du dommage subi par la CCGC.

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 demandes en mainlevée déposées le 27 janvier 2000 par la CCGC concernant les oppositions formées par Messieurs M_____, G_____ et S_____ ainsi que Madame S_____ ;

Au fond :

2. Rejette la demande de mainlevée en ce qui concerne Monsieur G_____ ;

3. Alloue une indemnité de 1'500 fr. à Monsieur G_____ à titre de dépens ;

4. Prononce la mainlevée des oppositions formées par Madame S_____ et Messieurs M_____ et S_____ ;

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

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

La greffière :

Janine BOFFI

La Présidente :

Karine STECK

La secrétaire-juriste : Flore PRIMAULT

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