RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1288/1998 **ATAS/134/2005**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

1ère Chambre

du 1er février 2005

En la cause

CAISSE DE COMPENSATION DE LA SOCIETE SUISSE DES ENTREPRENEURS, sise rue de Malatrex 14 à Genève, mais comparant par Me Pierre VUILLE, en l'Etude duquel elle élit domicile	demanderesse
contre	
Monsieur N_____ comparant par Me Soli PARDO, en l'étude duquel il élit domicile	défendeur ex-administrateur de la société X_____ sa (faillie)

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Karine STECK et Juliana BALDE, Juges

EN FAIT

1. La société X_____ SA, ayant pour but l'exploitation d'une entreprise générale de construction, charpente et menuiserie, a été créée à Genève en février 1993.

   Le 11 mars 1997, X_____ SA représentée par Maître Soli PARDO, a déposé auprès du Tribunal de première instance une requête visant à être mise au bénéfice d'un sursis concordataire afin de pouvoir effectuer toutes les démarches nécessaires à l'élaboration d'un concordat par abandon d'actifs. Elle allègue à l'appui de sa demande disposer d'un carnet de commandes rempli qui lui permet d'assurer du travail pour ses 45 employés. Elle explique que les difficultés financières qu'elle a rencontrées sont dues en grande partie à des créances qu'elle ne réussit pas à recouvrir pour un montant de plus de 1'000'000 fr. ; qu'elle a par ailleurs été contrainte de déposer plusieurs requêtes en inscription provisoire d'hypothèques légales d'entrepreneur pour des montants de 23'793 fr. 20 et de 154'696 fr. 45. Il est prévu que le dividende pourrait être situé entre 40 et 50%, pour autant qu'un repreneur rachète les actifs de la société.

2. Par jugement du 23 avril 1997, le sursis concordataire a été accordé à la société jusqu'au 23 octobre 1997. Monsieur L_____ a été nommé commissaire au sursis.

   Entendu par le juge du Tribunal de première instance le 8 décembre 1997, Monsieur L_____ a déclaré qu'un délai supplémentaire était nécessaire pour mener les négociations avec le repreneur. Il précise que :

   > « X_____ SA est surendettée au moment de demander le concordat. En cas de reprise, Monsieur N_____ démissionnera comme administrateur. L'assainissement de la société interviendra par le paiement du dividende revenant pour les créanciers à abandonner le 85% de leurs créances ».

   Le sursis a dès lors été prolongé jusqu'au 23 avril 1998 (jugement TPI du 7 janvier 1998).

   Les difficultés de trésorerie ont cependant augmenté à telle enseigne que Monsieur L_____ s'est résolu à demander la révocation du sursis en date du 20 mars 1998. L'administrateur a à cet égard déclaré que :

   > « La plupart des chantiers sont terminés ou en voie de l'être. Les difficultés sont nées de l'incertitude liée à la situation de X_____ SA dont il est résulté que la société n'a pas pu trouver de nouveaux chantiers, les entreprises ne voulant pas s'engager avec une société en sursis

concordataire. » (PV de comparution personnelle devant le TPI du 26 mars 1998).

Le Tribunal de première instance a constaté que la demande de révocation du sursis devenait ainsi sans objet et la faillite de X_____ SA a été prononcée le 31 mars 1998.

3. Par décision du 23 septembre 1998, la Caisse de compensation de la société suisse des entrepreneurs (ci-après la Caisse) a réclamé à Monsieur Jean-Pierre N_____, administrateur unique de X_____ SA, le paiement de la somme de 294'070 fr. 60, représentant le montant du dommage subi en raison du non-paiement des cotisations paritaires dues par la société de juin 1996 à avril 1997 et de novembre 1997 à février 1998, plus intérêts à 6% dès le 1er avril 1998.

4. L'intéressé, représenté par Maître Soli PARDO, a formé opposition à ladite décision le 23 octobre 1998.

5. Le 23 novembre 1998, la Caisse a déposé auprès de la Commission cantonale de recours en matière AVS (ci-après Commission de recours) une requête visant à la levée de l'opposition. Elle considère que la responsabilité du défendeur est engagée au sens de l'article 52 LAVS.

6. Le Tribunal de police a rendu un jugement en date du 16 juin 2000, aux termes duquel :

« Qu'en l'espèce il ressort des déclarations de l'accusé que les salaires nets des employés ont été payés jusqu'à la faillite de la société ;

Que manifestement la société disposait, en tout cas en 1994 et 1995 de montants équivalents aux sommes retenues sur les salaires puisque sa faillite n'est intervenue qu'en mars 1998 ;

Qu'il y a donc lieu d'admettre que la société a affecté lesdits montants au paiement d'autres créanciers tels les fournisseurs ;

Que ce choix ne serait admissible que si l'accusé avait eu des raisons objectives et sérieuses de penser qu'il sauvait ainsi sa société et serait à même de payer les montants dus à l'Administration fiscale et à la Caisse de compensation dans un délai raisonnable ;

Que le défendeur ne dit pas quels étaient les éléments concrets qui pouvaient en 1994 et 1995, lui faire croire qu'il éviterait la faillite de sa société en utilisant les sommes prélevées sur les salaires de ses employés et qu'il serait à même de régler par la suite les montants dus ;

Que si l'accusé a peut-être pu croire un certain temps à la reprise, il ne pouvait à l'évidence plus y croire à quelques mois du prononcé de la faillite de sa société ;

> Qu'il a pourtant continué à payer les salaires de ses employés tout en en prélevant les impôts et les charges sociales se rendant ainsi coupable d'infractions aux articles 27 LIS, 87 LAVS, 70 LAI, 25 LAPG, 5 et 6 LACI, 43 LAF et 76 LPP ».

7. Invité à se déterminer, le défendeur a fait valoir que la Caisse connaissait l'existence de la procédure concordataire, et que dès lors le délai d'une année (prévu à l'article 82 al. 1 RAVS) dès la connaissance du dommage courait dès le prononcé du sursis concordataire, soit dès le 23 avril 1997. Il considérait ainsi que la décision à lui notifiée le 23 septembre 1998 par la Caisse était tardive. Au fond, il a rappelé que la société souffrait de graves problèmes de trésorerie, qu'il s'était efforcé de maintenir l'entreprise en vie, qu'il avait de sérieuses raisons de penser qu'il pourrait ultérieurement payer les charges sociales, que du reste le juge du Tribunal de première instance lui avait octroyé un sursis, puis la prolongation de ce sursis.

   Par jugement du 20 novembre 2002, la Commission de recours a accordé à la Caisse la levée de l'opposition formée par le défendeur.

   Celui-ci ayant formé un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral des assurances, un arrêt a été rendu par la Haute Cour en date du 26 août 2003. Le recours a été admis et le jugement de la Commission de recours annulé, « la cause étant renvoyée à la juridiction cantonale » pour qu'elle donne suite à la demande du recourant d'organiser des débats publics et statue à nouveau.

   La cause a été renvoyée au Tribunal cantonal des assurances sociales institué en date du 1er août 2003.

8. Entendu le 27 janvier 2004 par le Tribunal de céans en qualité de témoin, Monsieur L_____ a confirmé avoir été désigné commissaire au sursis dans le cadre d'un sursis concordataire accordé à la société X_____ SA le 23 avril 1997. Il a déclaré avoir pris connaissance de la situation financière de la société et constaté qu'elle se trouvait dans un état de surendettement et d'insolvabilité. Il a confirmé avoir considéré que la demande de sursis était justifiée vu le nombre de mandats en cours. Il a précisé que :

   > « Il n'y a en effet pas eu de restriction du pouvoir des administrateurs. J'étais chargé de la surveillance pour la période du concordat, pour la mise en place de ce concordat. La gestion courante continuait d'être assumée par la direction en place. Je recevais régulièrement des rapports de la direction, je veillais à ce que les charges courantes soient payées. D'après les informations reçues, le paiement des charges sociales courantes était à jour. Je n'avais pas connaissance de retard. J'ai toujours insisté pour qu'avec les « entrées », la part salariale soit prioritairement versée. J'avais principalement des contacts avec le directeur de la société Monsieur E_____. C'était lui qui s'occupait des paiements courants, ainsi que de la gestion des mandats en cours. Je ne sais pas si Monsieur

N_____ lui donnait des instructions, je ne sais pas qu'elles étaient leurs relations. Je ne sais pas comment les responsabilités étaient partagées entre eux deux. Je n'avais de rapports qu'avec Monsieur E_____ pour ces questions là ».

Monsieur L_____ a ajouté que le défendeur s'était efforcé de rechercher un repreneur pour la société, en vain.

Lors de l'audience de comparution personnelle tenue le même jour, le défendeur a déclaré que

« Je confirme que les difficultés financières subies par la société X_____ SA sont liées à des créances que celle-ci n'a pu recouvrir en raison de l'insolvabilité des débiteurs.

Durant les belles années, soit les années 80 la société employait environ nonante ouvriers. Les difficultés ont commencé dès 1989. Nous avons réduit le nombre de salariés une dizaine environ par année. Au moment du sursis, la société en employait environ trente cinq, sauf erreur. J'avais en vue des mandats intéressants, les autorisations ont cependant tardé. Je sais que les travaux ont finalement été effectués il y a quatre ans environ pour un montant approximatif d'environ 17 millions.

J'ai hypothéqué ma maison pour 650'000 fr. pour rembourser le crédit de roulement de la société auprès de l'UBS, à hauteur de 350'000 fr. si mes souvenirs sont bons. Le reste a été injecté dans la société.

Dès que le sursis concordataire a été accordé je ne me suis plus occupé de la gestion courante. J'étais chargé de trouver un repreneur et de décrocher de nouveaux mandats. Je n'avais de relations qu'avec Monsieur L_____. Le fait que je ne doive plus m'occuper de la gestion courante était pour moi un fait acquis. Personne du reste ne m'a détrompé sur ce point. Je savais seulement par Monsieur L_____ que le paiement des charges sociales était à jour, mais je n'ai jamais vu les rapports qu'il recevait de Monsieur E_____.

Monsieur E_____ avait la signature bancaire depuis environ cinq à six ans avant le sursis. Je la lui avais accordée à l'époque où je lui faisais confiance. Il assumait depuis la gestion courante de la société, c'est lui qui s'occupait du paiement des cotisations AVS-AI et des relations avec la caisse. Je veillais néanmoins et lui demandais des renseignements régulièrement, en tout cas une fois par mois. J'ai moi-même rencontré une ou deux fois le directeur de la caisse ».

Monsieur E_____ a été entendu en qualité de témoin le 23 mars 2004. Il a confirmé que :

« La totalité des affaires comptables était sous la surveillance de Monsieur L_____. Il était au courant de tout. Nous parlions régulièrement de la question des charges sociales, mais nous accordions également la priorité aux fournisseurs pour garder la société viable. C'est Monsieur

> L_____ qui avait le dernier mot en sa qualité de commissaire au sursis pour décider de la répartition des paiements. Monsieur N_____ était présent. (…) Avant le sursis concordataire, des propositions étaient faites par la comptable et moi-même et Monsieur N_____ décidait quelles étaient les factures prioritaires. Je précise que je m'occupais effectivement du paiement des charges sociales et des relations avec la caisse, selon les instructions de Monsieur N_____. Selon les instructions de Monsieur L_____ durant le sursis concordataire ».

S'agissant plus particulièrement des charges sociales, il a souligné que :

> « Je savais que les charges sociales n'étaient pas payées, c'était un gros souci. J'en informais Monsieur N_____ qui s'efforçait de trouver des solutions. Il a par exemple pu à deux ou trois reprises dégager des fonds. Nous avions de grands espoirs durant le sursis concordataire que la société puisse être reprise, raison pour laquelle nous devions garder du personnel ».

9. Le 14 mai 2004, faisant suite à l'audience du 27 janvier 2004, Monsieur L_____ a notamment précisé que le sursis concordataire avait pour but de finaliser la cession des actifs à un repreneur intéressé et que de cette reprise dépendait l'octroi d'un dividende aux créanciers de troisième classe.

10. Des conclusions après enquêtes ont été déposées le 21 juin 2004 par les parties. Leurs allégués seront repris dans la partie en droit qui suit en tant que de besoin.

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.

   Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch.1 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 LPGA qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946.

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).

Se référant expressément à un arrêt rendu par le Tribunal administratif en date du 30 mars 2004, les parties considèrent que le Tribunal de céans ne saurait cependant valablement siéger puisque créé sans base constitutionnelle valable.

Il y a à cet égard lieu de rappeler que, statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral a dans un arrêt du 1er juillet 2004, confirmé la constitutionnalité du Tribunal de céans. Il a plus particulièrement 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 (ATF 130 I 226).

2. Le défendeur fait également valoir que selon l'art. 3 alinéa 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi modifiant la loi sur l'organisation judiciaire du 14 novembre 2002, et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'AVS, AI, APG, PCF ou PCC, de prestations RMCS et d'AMAT, ainsi que devant la Commission de recours AF, sont transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'assurances sociales (cf. article 56 V LOJ).

   Il en conclut que le Tribunal de céans n'a pu d'office hériter le 1er août 2003 que des causes alors pendantes devant les deux commissions mentionnées par la loi, à l'exclusion des causes pendantes devant d'autres juridictions. Or, la cause dont il est question ici était à cette date pendante devant le Tribunal fédéral des assurances. Il dit ainsi ne pas comprendre pour quelle raison le Tribunal de céans se retrouverait chargé de la présente cause dans la mesure où cette dernière ne lui a été transmise ni d'office par application de la loi, ni sur décision notamment du Tribunal fédéral des assurances. Selon lui, dès lors, à défaut de transmission régulière, l'instance est périmée.

   Le défendeur semble ignorer que le but visé par le législateur lorsqu'il a édicté l'article 3 al. 3 des dispositions transitoires était de prévoir le sort des causes pendantes au 1er août 2003 devant les Commissions de recours AVS-AI et AF amenées à disparaître et à être remplacées par le Tribunal de céans ; à l'inverse, les causes pendantes devant le Tribunal administratif par exemple, tribunal existant toujours à l'heure actuelle, restaient instruites et jugées par cette juridiction (art. 3 al. 2 des dispositions transitoires).

Soutenir que la présente cause, parce que pendante devant le Tribunal fédéral des assurances au moment de la création du Tribunal de céans, serait périmée, n'a ainsi aucun sens et dénote une mauvaise foi évidente.

Quoi qu'il en soit, le Tribunal fédéral des assurances a pris soin, dans son arrêt du 26 août 2003, au point 1 du dispositif, de renvoyer la cause à la juridiction cantonale, et au point 5 de communiquer l'arrêt aux parties, à l'Office fédéral des assurances sociales et au Tribunal cantonal des assurances sociales.

La juridiction cantonale compétente au moment du renvoi est bel et bien le Tribunal de céans institué le 1er août 2003.

3. La Caisse conteste à son tour la compétence du Tribunal de céans dans la mesure où lors des audiences de comparution personnelle et d'enquêtes, tenues les 27 janvier et 23 mars 2004, des juges assesseurs ont participé à la procédure. La Caisse rappelle à cet égard que par arrêt du 27 janvier 2004, le Tribunal fédéral avait annulé l'élection des 16 juges assesseurs et que notamment par arrêt du 15 mars 2004, le Tribunal fédéral des assurances avait annulé un jugement du Tribunal cantonal des assurances sociales au seul motif que les juges assesseurs dont l'élection avait été invalidée faisaient partie de la composition du tribunal.

   Si l'on peut comprendre l'intérêt du défendeur à contester la compétence du Tribunal de céans et à soutenir que la cause est périmée, il n'en est pas de même pour la Caisse, demanderesse dans la présente procédure. Son raisonnement paraît d'autant moins cohérent qu'au fond elle se réfère expressément auxdits procès-verbaux d'enquêtes et de comparution personnelle.

   Il y a lieu de rappeler que, dans la mesure où rien n'empêcherait la juge titulaire de siéger seule, en qualité de juge déléguée, lors des audiences d'instruction, le grief invoqué, au demeurant abusif, n'est pas pertinent.

   La compétence du Tribunal de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

4. 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.

   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).

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 effectives ne permettaient plus d'exiger le paiement des cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (ATF 126 V 444, 452, 121 III 388).

Lorsque le dommage résulte d'une faillite, le moment de « la connaissance du dommage » ne coïncide pas avec celui où la Caisse connaît la répartition finale ou reçoit un acte de défaut de biens ; la jurisprudence considère en effet que le créancier qui entend demander la réparation d'une perte qu'il subit dans une faillite, connaît suffisamment son préjudice en règle ordinaire lorsqu'il est informé de sa collocation dans la liquidation ; il connaît ou peut connaître à ce moment-là le montant de l'inventaire, sa propre collocation dans la liquidation, ainsi que le dividende prévisible. Les mêmes principes sont applicables en cas de concordat par abandon d'actifs (VSI 1995, p. 170).

La Caisse peut toutefois en raison de circonstances spéciales acquérir la connaissance nécessaire avant le dépôt de l'état de collocation. Aussi peut-on exiger d'une caisse qu'elle se fasse représenter à la première assemblée des créanciers ou qu'elle en demande le procès-verbal, dès lors que son devoir de diligence lui commande de suivre l'évolution de la procédure de faillite (ATF 121 V 240). S'il apparaît à ce moment-là déjà qu'elle subira un dommage, le délai d'une année commencera à courir.

5. Le défendeur allègue que la Caisse avait déjà connaissance du fait qu'elle subirait un dommage dans le cadre de la procédure concordataire. Selon le TFA, dans l'éventualité du refus de l'homologation d'un concordat par abandon d'actifs, on peut exiger d'une caisse de compensation créancière qu'elle se renseigne sur les motifs de ce refus et entreprenne s'il y a lieu les démarches nécessaires en vue de sauvegarder le délai de péremption. La caisse doit alors se montrer active et curieuse à tout le moins à partir du jour où le dispositif du jugement de refus de l'homologation du concordat est publié. Le TFA a jugé qu'il n'existait pas de motifs sérieux de traiter différemment la situation où un sursis concordataire est révoqué et celle où l'homologation d'un concordat est refusée (VSI 1975, p. 172 ; ATF V p. 15). Le délai prévu par l'article 82 RAVS court ainsi dès la révocation du sursis. En l'espèce, le Tribunal de première instance a constaté que la demande de révocation du sursis déposée le 20 mars 1998 devenait sans objet et a prononcé la faillite de la société le 31 mars 1998.

Force dès lors est de constater que par son action en réparation du dommage notifiée le 23 septembre 1998, la Caisse a respecté le délai de péremption d'un an dès la connaissance du dommage prévu à l'article 82 al. 1 RAVS.

6. Le défendeur a formé opposition le 23 octobre 1998, soit en temps utile (article 81 al. 2 RAVS).

7. La Caisse a déposé sa requête en mainlevée de l'opposition le 23 novembre, soit dans le délai de 30 jours, de sorte qu'elle est recevable à la forme (article 81 al. 3 RAVS).

8. Selon l'article 52 LAVS, l'employeur qui intentionnellement ou par négligence grave n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse de compensation est tenu à réparation.

9. Le montant du dommage correspond à la perte subie par la Caisse. Appartiennent à ce montant les cotisations paritaires (cotisations patronales et d'employés ou ouvriers) dues par l'employeur, les contributions aux frais d'administration, les intérêts moratoires, les taxes de sommation et les frais de poursuites (cf. directives sur la perception des cotisations No 6010; ATF 121 III 384).

   N'en font en revanche pas partie les intérêts à 6% dès le 1er avril 1998 dont la Caisse réclame le paiement. Le TFA a déjà eu l'occasion de dire, à réitérées reprises, que des intérêts moratoires calculés sur des créances en réparation du dommage au sens de l'article 52 LAVS n'étaient pas dus (ATF 119 V 78). En effet, les intérêts moratoires, s'ils font partie de la créance en réparation du dommage, ne peuvent être réclamés que jusqu'au moment de l'ouverture de la faillite (article 41bis RAVS ; Thomas NUSSBAUMER, die Hafnung des Verwaltungsrates nach art. 52 AHVG in Aktuelle juristische Praxis 9/96, p. 1076, ch. 8a et note n° 67).

   En l'espèce, le dommage subi par la Caisse consiste en la perte de la créance qu'elle possédait contre la société représentant les cotisations paritaires AVS-AI restées impayées pour un total de 294'070 fr. 60, soit les cotisations dues de juin 1996 à avril 1997 et de novembre 1997 à février 1998.

10. 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.).

11. Par "organe", il faut entendre toute personne physique qui représente la personne morale à l'extérieur ou qui peut exercer une influence décisive sur le comportement de celle-ci (cf. no 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le TFA s'est toujours référé à l'article 754, 1er alinéa, en corrélation avec l'article 759, 1er alinéa du CO. Conformément à ces articles, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle, répondent, à

l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elle leur cause en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Sont réputés chargés de l'administration ou de la gestion au sens de l'article 756 CO "non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels, mais également les personnes qui prennent effectivement des décisions relevant des organes, ou qui assument la gestion proprement dite et ont ainsi une part prépondérante à la formation de la volonté au sein de la société" (ATF 107 II 353, consid. 5a; ATF 112 II 1985 et l'arrêt du 21 avril 1988 en la cause A; *Forstmoser*, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., pages 209 et ss).

En l'espèce, selon l'extrait du Registre du commerce, le défendeur était l'administrateur unique de la société depuis sa création jusqu'au 23 avril 1997, date à laquelle le sursis concordataire a été accordé.

Dans son jugement du 23 avril 1997, le Tribunal de première instance n'a prévu aucune limitation de son pouvoir de gestion durant cette période. Il y a ainsi lieu de constater que le défendeur était censé continuer à assurer la fonction d'administrateur durant le sursis.

12. 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 d'une décision. 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 (TFA) a déclaré à réitérées reprises que celui qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'article 52 LAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (RCC 1985, p. 646, consid.3a).

    Le TFA affirme expressément que l'obligation légale de réparer le dommage ne doit être reconnue que dans les cas où il est dû à une violation intentionnelle ou par négligence grave, par l'employeur, des prescriptions régissant l'AVS (RCC 1978, p. 259). 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'indices faisant croire à la légitimité de son comportement ou à l'absence d'une faute (RCC 1983, p. 101).

13. Reste à déterminer si le défendeur a ou non commis une faute ou une négligence grave au sens de l'article 52 LAVS.

De jurisprudence constante, le Tribunal fédéral des assurances (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 (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. Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, on peut par principe poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'il doit accorder au respect des prescriptions (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 (RCC 1985, p. 51, consid. 2a et p. 648, consid. 3b).

Le défendeur allègue que la société avait subi de graves problèmes de trésorerie et manquait de liquidités. Ces difficultés étaient principalement dues à des créances que la société n'avait pu recouvrir (cf. également procès-verbal de comparution personnelle et d'enquêtes des 27 janvier et 23 mars 04). Il ne s'agit pourtant pas ici de déterminer la cause de la déconfiture de la société à proprement parler mais de définir qui répond du non-paiement des cotisations. Quoi qu'il en soit, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (TFA), l'absence de ressources ne justifie en principe pas de ne pas s'acquitter des cotisations AVS-AI (RCC 1985, p. 646).

Le défendeur souligne le fait qu'il avait de sérieuses raisons de penser qu'il pourrait ultérieurement payer sa dette; preuve en est selon lui, le fait que le juge du Tribunal de première instance lui ait octroyé un sursis, puis en ait accepté la prolongation (RCC 1985 p. 604). La Commission de céans constate cependant qu'en réalité, si la prolongation a été accordée, c'est uniquement au motif que le commissaire au sursis disait avoir besoin d'un délai supplémentaire pour mener à bien les négociations avec un éventuel repreneur. L'assainissement de la société tel que proposé dans la requête en sursis impliquait que les créanciers devaient abandonner 85% de leurs créances (cf. procès-verbal du 8 décembre 1997 devant le Tribunal de première instance). Dans ces conditions la Caisse aurait, quoi qu'il en soit, subi un dommage.

Selon la jurisprudence du TFA, l'administrateur ne saurait favoriser les autres créanciers ; or, en l'espèce, les actifs de la société ont servi à désintéresser les créanciers qui pouvaient être de potentiels repreneurs. Il peut certes 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. Ce n'est cependant pas le cas en l'espèce, la société étant surendettée au moment de demander le concordat (procès-verbal de comparution personnelle du 27 janvier 2004 ; RCC 1983, 102 ; RCC 1992, 261). Le défendeur considère à tort que le surendettement n'a pas d'importance; c'est au contraire un élément déterminant

pour l'application de l'article 52 LAVS que la société ait été déjà en état de dépôt de bilan avant l'octroi du sursis concordataire.

Dans le cadre de la première instruction, le défendeur a déclaré que d'autres organes de fait prenaient aussi des décisions. Il n'a indiqué cependant aucun nom en particulier. Il résulte des procès-verbaux des 27 janvier et 23 mars 2004 qu'il s'agissait de Messieurs L_____ et E_____. Ceux-ci assumaient, le premier la surveillance des affaires comptables (mais pendant la période de sursis concordataire seulement), le second la gestion courante.

Il ressort de la partie en fait qui précède que pour la période précédant l'octroi du sursis, le défendeur avait délégué un certain nombre de tâches à Monsieur E_____, tâches qu'il surveillait néanmoins de façon relativement étroite (cf. procès-verbal de comparution personnelle du 27 janvier 2004). Monsieur E_____ a clairement déclaré à cet égard qu'avant le sursis, des instructions lui étaient données par le défendeur, précisant que « des propositions étaient faites par la comptable et moi-même et Monsieur N_____ décidait quelles étaient les factures prioritaires » (cf. procès-verbal d'enquêtes du 23 mars 2004).

Il apparaît dès lors que le défendeur a bel et bien engagé sa responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS s'agissant de la période précédant l'octroi du sursis concordataire, et ce quand bien même il aurait délégué certaines tâches à Monsieur E_____ parce qu'il lui faisait entièrement confiance. En effet, l'obligation de surveiller avec diligence la gestion confiée à un tiers fait partie de la responsabilité des administrateurs (ATFA non publié M.L. du 9 décembre 1997).

Il reste encore à examiner si le défendeur a également commis une faute ou une négligence grave lors du sursis concordataire.

Le Tribunal de céans rappelle que le juge du Tribunal de première instance n'a prévu aucune restriction des pouvoirs de l'administrateur en faveur du commissaire au sursis, ce qu'a confirmé Monsieur L_____ (cf. procès-verbal d'enquêtes du 27 janvier 2004). Il incombait ainsi au défendeur de continuer à assumer la gestion de la société aux côtés de Monsieur L_____. Or, il apparaît qu'il a au contraire agi comme s'il n'avait plus de pouvoir de décision, se consacrant à la recherche de repreneurs et de nouveaux mandats (cf. procès-verbal de comparution personnelle du 27 janvier 2004 et procès-verbal d'enquêtes du 23 mars 2004, Monsieur E_____). Il affirme du reste que durant la période de sursis, il ne s'est plus occupé de la gestion, puisqu'il était en la matière remplacé par le commissaire au sursis (cf. procès-verbal de comparution personnelle du 27 janvier 2004). Force est de constater qu'il n'a dans les faits pas été détrompé par le comportement de Messieurs E_____ et L_____. Selon Monsieur E_____ en effet, « la totalité des affaires comptables était sous la surveillance de Monsieur

L_____. Il était au courant de tout. Nous parlions régulièrement de la question des charges sociales, mais nous accordions également la priorité aux fournisseurs pour garder la société viable. C'est Monsieur L_____ qui avait le dernier mot en sa qualité de commissaire au sursis pour décider de la répartition des paiements » (cf. procès-verbal d'enquêtes du 23 mars 2004). Il a également précisé qu'il recevait ses instructions de Monsieur L_____ durant le sursis. Monsieur L_____ a certes déclaré que « la gestion courante continuait d'être assumée par la direction en place » (cf. procès-verbal d'enquêtes du 27 janvier 2004). Il a cependant ajouté que « je ne sais pas si Monsieur N_____ lui donnait des instruction (à Monsieur E_____). Je ne sais pas quelles étaient leurs relations. Je ne sais pas comment les responsabilités étaient partagées entre eux deux. Je n'avais de rapports qu'avec Monsieur E_____ pour ces questions-là ». On comprend ainsi que pour Monsieur L_____, la « direction en place » était principalement, voire exclusivement, représentée par Monsieur E_____.

Il y a également lieu d'observer que le comportement adopté par le défendeur dès l'octroi du sursis est radicalement opposé à celui qui était le sien avant l'intervention de Monsieur L_____.

Durant le première période, il a étroitement veillé à la gestion de la société, même s'il a confié à Monsieur E_____ les tâches administratives courantes. Il se déplaçait pour des entretiens avec la caisse de compensation. Dûment informé par Monsieur E_____ du non-paiement des charges sociales, il s'est efforcé de trouver des solutions. Monsieur E_____ agissait selon ses instructions (cf. procès-verbal d'enquêtes Monsieur E_____ du 23 mars 2004).

Durant la seconde période, soit après le 23 avril 1997, date du jugement du Tribunal de première instance, il n'est plus du tout intervenu dans la gestion.

Cette différence de comportement confirme clairement que le défendeur a cru n'être plus investi d'aucun pouvoir de décision, en cela conforté par l'attitude de Messieurs L_____ et E_____. On ne saurait non plus lui reprocher de s'être désintéressé de la société, puisqu'il était occupé à rechercher activement un repreneur, ainsi que de nouveaux mandats. Il était au surplus présent lors des discussions sur la répartition des paiements notamment (cf. procès-verbal de comparution personnelle du 23 mars 2004).

En conséquence, si la responsabilité du défendeur est clairement engagée pour la première période, il s'avère qu'il n'a commis ni faute ni négligence grave durant la seconde. Il ne répond ainsi du dommage subi par la Caisse, soit des cotisations échues que jusqu'à fin mars 1997.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

conformément à la disposition transitoire de l'article 162 LOJ

A la forme :

1. Déclare la requête en mainlevée d'opposition recevable.

Au fond :

2. L'admet.

3. Renvoie la cause à la Caisse afin qu'elle calcule le montant du dommage qui doit être réparé correspondant aux cotisations échues jusqu'à fin mars 1997.

4. Rejette la requête en mainlevée pour le surplus.

5. Condamne la demanderesse à verser au défendeur la somme de 500 fr., à titre de participation à ses frais et dépens.

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. Ce mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs le recourant estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter la signature du recourant ou 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 au mémoire s'il s'agit de pièces en possession du recourant. Seront également jointes au mémoire 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