



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1423/1996

ATAS/264/2003

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 26 NOVEMBRE 2003

4^{ème} Chambre

En la cause

CAISSE DE COMPENSATION DE LA SOCIÉTÉ SUISSE

DES ENTREPRENEURS, comparant par Maître Pierre VUILLE

Rue Bellot 9, 1206 G E N E V E

DEMANDERESSE EN
MAINLEVÉE
D'OPPOSITION

contre

Monsieur R _____, Ex-administrateur des
sociétés **X** _____ **SA** et **Y** _____ **SA**, faillies

DÉFENDEUR

Siégeants : **Juliana BALDE, Présidente, M. et Mme R. LOZERON et F. BRUTSCH,**
JUGE ASSESSEURS

EN FAIT

1. La société X_____ SA a été constituée à Genève et inscrite au Registre du commerce en date du 7 mars 1980. Elle avait pour but social l'établissement d'études ou de conseils, l'achat et la vente de tous produits ainsi que l'exécution de tous travaux y relatifs, notamment dans les domaines de l'isolation thermique et phonique. Monsieur R_____ en était l'administrateur, dès sa création, au bénéfice d'une signature individuelle (cf. extrait du Registre du commerce, pièce N° 1, chargé Maître WEBER-CAFLISCH). La société avait également une succursale à Lausanne.

2. La société Y_____ SA a été créée à Genève et inscrite au Registre du commerce le 18 septembre 1992. Elle avait pour but l'exploitation d'une entreprise du bâtiment, notamment dans le second œuvre. Monsieur R_____ en était l'administrateur, au bénéfice d'une signature individuelle, dès sa constitution (cf. pièce N° 5, chargé Maître WEBER-CAFLISCH).

3. Le 30 juin 1993, Monsieur R_____, pour le compte des sociétés Y_____ SA et X_____ SA, représenté par Maître Olivier WEBER-CAFLISCH, a adressé au président du Tribunal de première instance de la République et canton de Genève, un avis obligatoire en cas d'insolvabilité, sollicitant la faillite des sociétés précitées (cf. pièces N° 20 et 21, chargé Maître WEBER-CAFLISCH).

4. Par jugement du 5 juillet 1993, le Tribunal de première instance de la République et canton de Genève a prononcé la faillite des sociétés X_____ SA et Y_____ SA. Une administration spéciale provisoire a été ordonnée jusqu'à la première assemblée des créanciers et le juge a désigné Messieurs S_____ et T_____, en qualité d'administrateurs provisoires (cf. pièce N° 1 ; rapport de l'administration spéciale provisoire à l'assemblée des créanciers du 29 novembre 1993 de Y_____ SA, pièce N° 2a, dossier administration de la faillite).

5. La Caisse de compensation de la société suisse des entrepreneurs (ci-après la Caisse), auprès de laquelle les sociétés précitées étaient affiliées en qualité d'employeurs, a produit, en date des 29 et 30 novembre 1993, une créance dans la

faillite de Y_____ SA, d'un montant de Fr. 174'152.90, représentant les cotisations paritaires et conventionnelles impayées de février 1993 à juin 1993, plus un complément pour les années 1991 et 1992, ainsi que dans la faillite de X_____ SA pour un montant total de Fr. 80'223.20, représentant les cotisations paritaires et conventionnelles impayées de février à juin 1993, plus un complément pour les années 1991 et 1992 (cf. pièces N° 4 et 5, chargé Caisse).

6. L'état de collocation a été déposé le 19 juillet 1995 et le 16 novembre 1995, la Caisse a notifié à Monsieur R_____, en sa qualité d'administrateur des sociétés faillies, deux actions en réparation d'un dommage, soit Fr. 44'849.10 résultant du dommage subi dans la faillite de X_____ SA et Fr. 73'962.50 résultant du dommage subi dans la faillite de Y_____ SA.
7. Le 18 décembre 1995, Monsieur R_____, représenté par Maître Olivier WEBER-CAFLISCH, a formé opposition auprès de la Caisse ; il a contesté sa responsabilité et exposé que la faillite des sociétés sont intervenues en raison de la crise dans le domaine de la construction. Il a allégué avoir engagé tous ses avoirs pour tenter d'assurer la survie de la société ainsi que les emplois. Au début de l'année 1993, les sociétés se sont trouvées confrontées à une crise de liquidités. Il relevait qu'une analyse effectuée par Z_____ SA démontrait que la crise de liquidités pouvait être surmontée. Les banques ont cependant refusé les financements. Le défendeur a rappelé qu'il avait averti la Caisse des difficultés que rencontraient les sociétés et que celle-ci leur avait accordé des délais. Le 30 juin 1993, il s'est trouvé contraint de déposer le bilan des sociétés. Il a exposé que les cotisations avaient été payées jusqu'en janvier 1993, et s'est référé au jugement du Tribunal de police le libérant des fins de la poursuite. L'intéressé a été déclaré en faillite personnelle le 23 mai 1995, laquelle a été suspendue pour défaut d'actifs le 19 juillet 1995 et clôturée le 25 août 1995 par le Président du Tribunal du district de Nyon.
8. D'autre part, selon l'intéressé, la Caisse n'indiquait pas la date à laquelle elle a eu connaissance du dommage ; mais il soutenait qu'elle en a eu connaissance en tous les cas avant novembre 1994. Pour le surplus, il a contesté avoir commis une négligence grave, considérant que son comportement était excusable.

-
9. Par acte du 18 janvier 1996, la Caisse a requis de la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants la mainlevée des oppositions formées par Monsieur R_____, sollicitant à titre préalable la vérification de la validité desdites oppositions. Elle expose qu'elle a eu connaissance du dommage lors du dépôt de l'état de collocation le 19 juillet 1995 et sur le fond, conclut à la mainlevée des oppositions, considérant que la responsabilité du défendeur est engagée.
10. Dans sa réponse du 16 février 1996, le défendeur relève que X_____ SA avait écrit en date du 12 mai 1993 à la Caisse pour l'informer que des négociations étaient en cours avec les banques en vue de la restructuration des entreprises X_____ et Y_____. Le 24 mai 1993, la Caisse avait accordé à X_____ SA un dernier délai au 1^{er} juin pour acquitter les cotisations du mois de février 1993, et, le 14 juin 1993, elle écrivait à Monsieur R_____ pour attirer son attention sur sa responsabilité personnelle du fait du non-paiement des cotisations de l'entreprise Y_____ SA. La Caisse connaissait ainsi les difficultés des entreprises concernées. Le défendeur souligne que nonobstant ces difficultés, les sociétés ont réussi à payer leurs cotisations sociales jusqu'au mois de janvier 1993, date à laquelle elles n'ont plus disposé d'assez de liquidités. Il rappelle d'autre part que les entreprises étaient viables, selon l'analyse positive effectuée par Z_____ SA, raison pour laquelle le défendeur a poursuivi les discussions avec les banques jusqu'au 11 juin 1993, date à laquelle il tentait un dernier effort auprès du Crédit Suisse. Tirant les conséquences du refus des banques d'assurer le financement des sociétés, le défendeur a déposé les bilans. Il rappelle également que dès le mois de mars 1993, les salaires n'ont pu être payés qu'au coup par coup et que les salaires de la deuxième quinzaine de mai et du mois de juin ont été payés par la Caisse de chômage. Il relève enfin que le Tribunal de police, dans son jugement du 22 février 1995, l'a libéré des fins de la poursuite, considérant qu'il n'avait pas disposé des sommes nécessaires ou des moyens correspondants permettant le versement des cotisations à la Caisse de compensation, de sorte que l'infraction pénale n'était pas réalisée. Il conteste sa responsabilité, arguant avoir fait tout ce qui était en son pouvoir pour tenter de sauver les entreprises. En cours de procédure, Maître WEBER-CAFLISCH a cessé d'occuper.
-

-
11. L'autorité de recours a sollicité l'apport du dossier des administrateurs de la faillite et procédé à l'audition des parties, ainsi que de l'ex-directeur de X_____ SA en tant que témoin.
 12. Dans leurs dernières écritures, chacune des parties a persisté dans l'intégralité de ses conclusions. Pour le surplus, leurs divers allégués ainsi que les éléments pertinents résultant du dossier et de l'instruction seront repris, en tant que de besoin, dans la partie « en droit » ci-après.

EN DROIT

A la forme :

1. Préalablement, il y a lieu de préciser que la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ 2 05) a été modifiée par la loi du 14 novembre 2002, et qu'un Tribunal cantonal des assurances sociales a été institué dès le 1^{er} août 2003, statuant en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (cf. articles 1, lettre r, et 56 V, al. 1, lettre a, chiffre 1 LOJ). Selon l'article 3, al. 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi précitée et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance vieillesse et survivants ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales. La compétence du Tribunal de céans est dès lors établie pour juger du présent litige.
2. D'autre part, la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA – RS 830.1) est entrée en vigueur le premier janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'article 52 de la loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants (LAVS – RS 831.10). Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'article 52 LAVS, et les articles 81 et 82 du règlement sur l'assurance vieillesse et survivants (RAVS – RS 831.101) ont été abrogés. Le cas d'espèce reste néanmoins régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au

principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1).

3. Aux termes de l'article 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 l'année après qu'elle a eu connaissance du dommage. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit en l'occurrence d'un délai de péremption à considérer d'office (ATF 113 V 181 = RCC 1987, p. 607, ATF 112 V 8, consid. 4 c = RCC 1986, p. 493). Lorsque ce droit dérive d'un acte punissable soumis par le code pénal à un délai de prescription de plus longue durée, ce délai est applicable (cf. article 82, alinéa 2 RAVS).
4. Le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a posé le principe qu'une caisse de compensation a « connaissance du dommage » au sens de la disposition précitée, à partir du moment où elle doit reconnaître, en y prêtant l'attention qu'on est en droit d'attendre d'elle et en tenant compte de la pratique, que les circonstances ne lui permettent plus de recouvrer les cotisations, mais pourraient justifier une obligation de réparer le dommage (ATF 116 V 75, consid. 3b ; 113 V 181, consid. 2 ; 112 V 8 consid. 4d, 158 ; 108 V 52, consid. 5 ; RCC 1983, p. 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a « rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer » (cf. Fritsche : « Schuldbetreibung und Konkurs II, 2^{ème} éd. p. 112), d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.
5. En cas de faillite ou de concordat par abandon d'actifs, la caisse n'a pas nécessairement connaissance du dommage au moment seulement où elle peut consulter le tableau de distribution et le compte final établis par l'Office des faillites ou le liquidateur, ou à la date à laquelle elle reçoit un acte de défaut de biens. En effet, celui qui subit une perte dans une faillite ou dans une procédure concordataire et veut intenter une action en dommages-intérêts a, en général, selon la pratique des tribunaux, déjà suffisamment connaissance du dommage, au moment où la collocation des créances lui est notifiée, ou à celui où l'état de collocation et l'inventaire ont été déposés et peuvent être consultés. A ce moment-là, le créancier est, ou devrait être en général, en mesure de connaître l'état des actifs, la collocation de sa créance et le dividende probable (cf. ATF 119 V 92 consid. 3 ; 108 V 196 consid. 3a ; VSI 1995, p. 169-170, consid. 2 ; ATF 116 II 161, consid. 4a ; 116 V 75, consid. 3b = RCC 1990, p. 415).
6. Les termes « en règle ordinaire » signifient que, en principe, la caisse de compensation est en mesure d'estimer suffisamment l'étendue de son dommage au moment du dépôt de l'état de collocation. Il se peut toutefois que cette estimation ne soit possible que dans une phase ultérieure de la liquidation, par exemple parce que le montant des actifs dépend du produit de la vente de biens immobiliers et que l'administration de la faillite ne peut fournir aucune indication à propos du dividende prévisible (RCC 1992, p. 266, consid. 5c ; Nussbaumer, les caisses de

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

7. Par ailleurs, s'il faut, à juste titre, se montrer sévère dans l'appréciation de la responsabilité d'un employeur – et, par extension, de celle de ses organes s'il s'agit d'une personne morale – qui occasionne un dommage à la caisse de compensation en n'observant pas, intentionnellement ou par négligence grave, des prescriptions de la LAVS (ATF 114 V 220 sv.), il faut de même se montrer exigeant à l'égard de l'administration en ce qui concerne le respect des conditions formelles de l'action en responsabilité fondée sur l'art. 52 LAVS (ATF 119 V 96 = VSI 1993 p. 110).
8. La Caisse allègue avoir eu connaissance du dommage au plus tôt lors du dépôt de l'état de collocation le 5 juillet 1995, alors que le défendeur considère que la demanderesse en a eu connaissance en 1994 déjà.
9. Il résulte des pièces du dossier que par jugement du 5 juillet 1993, le Tribunal de première instance de la République et canton de Genève a prononcé la faillite des sociétés Y_____ SA et X_____ SA et nommé une administration spéciale provisoire formée de Messieurs S_____ et T_____ (cf. pièces N° 1, 2 et 2a, dossier administration de la faillite).
10. L'administration spéciale provisoire a établi un rapport à l'attention de l'assemblée des créanciers des sociétés X_____ SA et Y_____ SA. Dans ce rapport du 29 novembre 1993, l'administration spéciale provisoire a relevé préalablement qu'elle avait rencontré des difficultés à faire le point de la situation par affaires et d'obtenir une liste d'inventaire. L'inventaire des actifs de X_____ SA, plus particulièrement des objets mobiliers, s'élevait à Fr. 418'901.86, les débiteurs ouverts à Fr. 2'893'000.-, étant relevé que la récupération des créances ouvertes pose naturellement certains problèmes liés à la situation de la société et que certaines créances ont été cédées à des banques. Les liquidités s'élevaient à Fr. 168'000.- et les travaux en cours représentaient une réserve difficilement chiffrable, mais assurément suffisante pour mériter d'être traitée. Quant au passif, sur la base des productions, il représentait une somme de Fr. 5'371'167.43, soit Fr. 960'832.73 pour les créanciers de la première classe, Fr. 33'493.60 pour les créanciers de la deuxième classe (charges sociales) et Fr. 4'376'841.10 pour les créanciers de la cinquième classe (cf. pièce N° 2, dossier administration de la faillite). Dans ses

conclusions, l'administration spéciale provisoire de la faillite déclarait qu'il n'était pas possible de prévoir le montant du dividende présumé qui pourrait revenir aux créanciers ; toutefois, il apparaissait que celui de cinquième classe sera inexistant.

11. Quant à la société Y_____ SA, le rapport établi à l'attention de l'assemblée des créanciers du 29 novembre 1993 mentionnait que les objets mobiliers s'élevaient à Fr. 438'102.65, les débiteurs à Fr. 1'287'000.- et les liquidités à Fr. 161'000.-. Les travaux en cours représentaient une réserve difficilement chiffrable, mais assurément suffisante pour mériter d'être traités, et avaient été portés pour Fr. 75'000.- à l'inventaire. Quand aux passifs, ils s'élevaient à Fr. 3'360'381.27, dont un créancier gagiste pour Fr. 61'286.10, les créanciers de première classe pour Fr. 1'209'048.92, les créanciers de deuxième classe (charges sociales pour Fr. 56'055.- et ceux de cinquième classe pour Fr. 2'033'991.25 (cf. pièce N° 2a, dossier administration de la faillite). L'administration spéciale concluait également qu'il n'était pas possible de prévoir le montant du dividende présumé qui pourrait revenir aux créanciers, mais qu'il apparaissait que celui de cinquième classe sera inexistant.
12. Il résulte toutefois du procès-verbal de la première assemblée des créanciers des sociétés X_____ SA et Y_____ SA, tenues le lundi 29 novembre 1993, auxquelles la demanderesse était représentée, que les assemblées n'ont pu être valablement constituées, le quorum nécessaire n'ayant pas été atteint (cf. pièces N° 3 et 3a, dossier administration de la faillite). La deuxième assemblée des créanciers, prévue au courant du premier semestre 1994, n'a finalement été tenue qu'en date du 10 novembre 1998 (cf. pièces n° 4 et 4a, dossier administration de la faillite).
13. Au vu de ce qui précède, force est de constater que lors de la première assemblée des créanciers, par ailleurs non valablement constituée, la connaissance du dommage était encore incertaine, eu égard aux constatations faites par l'administration spéciale provisoire. En revanche, lors du dépôt de l'état de collocation le 19 juillet 1995, publié le même jour, la Caisse a su qu'elle subirait un dommage (cf. pièces N° 4 et 4a, 6 et 7, administration de la faillite). C'est à ce moment-là, eu égard aux montants inventoriés et au total des collocations, que la Caisse demanderesse a pu se rendre compte qu'elle subirait incontestablement un dommage.
14. En notifiant son action en réparation du dommage à l'encontre du défendeur en date du 16 novembre 1995, la Caisse a agi dans le délai péremptoire d'un an prescrit par l'article 82 al.1 RAVS.
15. Le défendeur a formé opposition par acte du 18 décembre 1995, reçu par la Caisse le 19 décembre 1995 (cf. pièce N° 1 Caisse). Il y a lieu de retenir que le défendeur n'a pu prendre connaissance de la demande qu'au plus tôt le 17 novembre 1995, de sorte que le délai de recours a commencé à courir le 18 novembre 1995. Les délais

de recours ne courant point durant les fêtes du 18 décembre au 1^{er} janvier inclus (cf. article 22a PA), l'opposition a été interjetée en temps utile. La Caisse a requis la mainlevée de l'opposition formée par le défendeur en date du 18 janvier 1996 ; il s'ensuit que tant l'opposition que la requête en mainlevée sont recevables en la forme (cf. articles 81, al. 3 et 82, al. 2 RAVS).

Au fond :

1. Aux termes de l'article 52 LAVS, l'employeur doit couvrir le dommage qu'il a causé en violant les prescriptions intentionnellement ou par négligence grave. Il sied de rappeler que l'article 52 LAVS est une disposition spéciale (cf. RCC 1989, PAGE 117).
2. En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la Caisse en raison de la faillite des sociétés X_____ SA, pour un montant de Fr. 44'849.10, et Y_____ SA, pour un montant de Fr. 73'962.50 (cf. pièces N° 6 et 7 Caisse).
3. L'article 14, alinéa 1 LAVS en corrélation avec les articles 34 et suivants RAVS, prescrit l'obligation pour l'employeur de déduire sur chaque salaire la cotisation du salarié et de verser celle-ci à la caisse de compensation avec sa propre cotisation. Les employeurs doivent envoyer aux caisses, périodiquement, les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs salariés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions.

L'obligation de payer les cotisations et de fournir les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances a déclaré, à réitérées reprises, que la responsabilité de l'employeur au sens de l'article 52 LAVS est liée au statut de droit public (ATF 112 V 155, consid. 5; RCC 1987, page 220). L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'article 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (ATF 111 V 173, consid. 2; 108 V 186, consid. 1a, 192 consid. 2a; RCC 1985, page 646, consid. 3a).

4. Le TFA a affirmé expressément que l'obligation légale de réparer le dommage ne doit être reconnue que dans les cas où le dommage est dû à une violation intentionnelle ou par négligence grave, par l'employeur, des prescriptions régissant l'AVS (RCC 1978, page 259; RCC 1972, page 687). La caisse de compensation qui constate qu'elle a subi un dommage par suite de la non-observation de prescriptions peut admettre que l'employeur a violé celles-ci

intentionnellement ou du moins par négligence grave, dans la mesure où il n'existe pas d'indice faisant croire à la légitimité de son comportement ou à l'absence d'une faute (cf. ATFA du 28 juin 1982, RCC 1983, page 101).

Lorsque l'employeur est une personne morale, ses organes répondent solidairement, à titre subsidiaire, du dommage causé par celui-ci, 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.).

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).

5. En l'espèce, le défendeur était inscrit au Registre du commerce en qualité d'administrateur des sociétés faillies, au bénéfice d'une signature individuelle dès le 7 mars 1980 pour X_____ SA et dès le 18 septembre 1992 pour Y_____ SA (cf. pièces N°1, 2 et 5 chargé Maître WEBER-CAFLISCH, défendeur). Il avait ainsi indiscutablement la qualité d'organe de la société faillie, ce qu'il ne conteste au demeurant pas.

La demanderesse considère que le défendeur n'a pas rempli ses obligations d'administrateur, dès lors qu'il n'a pas versé les cotisations malgré les injonctions qui lui ont été faites et malgré son engagement donné aux autorités de police lors de son audition. Elle estime qu'il n'a pas pris les mesures adéquates pour que ces versements soient effectués. D'autre part, l'absence de ressources financières de la société ne constitue pas à elle seule un motif suffisant pour disculper le défendeur ; ce dernier se contente d'alléguer qu'il a fait tout son possible pour éviter la faillite des sociétés X_____ et

Y _____, notamment en engageant toute sa fortune personnelle pour verser les salaires à ses employés et en tentant d'assurer la survie de ses sociétés. Ces motifs ne permettent toutefois pas d'exclure sa faute au sens de l'article 52 LAVS.

6. Le défendeur conteste sa responsabilité, alléguant n'avoir pas eu la possibilité de respecter ses obligations en matière d'AVS, sans faute de sa part. Il rappelle que le Tribunal de police a reconnu qu'il était dans l'impossibilité de déduire les cotisations, raison pour laquelle il a été acquitté du chef de détournement des cotisations AVS (cf. pièce N° 22, chargé Maître WEBER-CAFLISCH, défendeur). Le Tribunal de police a en effet constaté qu'aucune pièce de la procédure ne permettait d'affirmer que durant la période en cause l'assuré avait disposé des sommes nécessaires ou des moyens correspondants permettant le versement des cotisations à la Caisse de compensation. Le Tribunal s'est dit convaincu que, sous réserve des sommes qui lui ont permis de payer complètement, voire partiellement les salaires nets, les sociétés ne disposaient pas d'autres liquidités. Le défendeur rappelle que le secteur du bâtiment a connu une grave crise dans les années 1990 – 1993. Malgré tout, jusqu'en janvier 1993, les cotisations ont été acquittées. Ce n'est que dès février 1993 que le défendeur n'a plus été en mesure de payer les cotisations AVS, les sociétés traversant une crise de liquidités.
7. Le défendeur se réfère aussi à une analyse de Y _____ SA effectuée par Z _____ SA, aux termes de laquelle la société, convenablement gérée, pourrait atteindre le seuil de rentabilité, moyennant refinancement et apport de fonds propres complémentaires, tout en poursuivant une gestion rigoureuse (cf. pièce N° 3, chargé Maître WEBER-CAFLISCH, pièce défendeur). Il allègue avoir tout entrepris pour tenter de sauver la société et les emplois des 50 travailleurs. Il rappelle également que dès le début de l'année 1993, les sociétés X _____ SA et Y _____ SA dépendaient des banques pour effectuer les paiements, ces dernières étant cessionnaires des créances des sociétés en garantie de leur financement. Ainsi, le 7 avril 1993, le Crédit Suisse, principal créancier de Y _____ SA, a refusé d'accorder de nouveaux financements à la société et d'assurer le paiement des ordres en suspens tant que la situation ne serait pas mise à jour (cf. pièce N° 6, Maître WEBER-CAFLISCH, défendeur). Toutefois, fort des analyses positives de Z _____ SA, le défendeur a poursuivi les discussions avec les banques. Ainsi, le 24 mai 1993, il a eu un entretien avec des représentants du Crédit Suisse et de la Société de Banques Suisses. Selon le procès-verbal de réunion, le défendeur effectuait des recherches pour trouver un partenaire financier et procédait à la vente de ses biens immobiliers pour assurer les liquidités des entreprises. Le Crédit Suisse et la Société de Banques Suisses ont confirmé qu'ils ne participeraient pas à la mise de fonds demandée, mais en revanche affirmaient qu'ils étaient prêts à

maintenir les limites de crédit utilisées à la fin-mars 1993, et d'amortir progressivement ses limites (cf. pièce N° 11, chargé Maître WEBER-CAFLISCH, pièce défendeur). Par la suite, l'Union de Banques Suisse demandait au défendeur de lui communiquer un plan de remboursement d'ici au 30 mai 1993 (cf. pièce N° 12 chargé Maître WEBER-CAFLISCH, pièce défendeur). Le 11 juin 1993, le défendeur tentait un dernier effort auprès du Crédit Suisse qui n'a pas abouti.

8. Le défendeur invoque aussi avoir dûment averti la Caisse des difficultés rencontrées par les sociétés X_____ et Y_____, et cette dernière lui a accordé des délais de paiement (cf. pièces N° 9b et 15 chargé Maître WEBER-CAFLISCH, pièces défendeur). Malgré les mesures prises, le défendeur a dû déposer le bilan des sociétés X_____ SA et Y_____ SA le 30 juin 1993. Il rappelle que nonobstant les difficultés, les entreprises ont réussi à payer les cotisations sociales jusqu'au mois de janvier 1993 ; après cette date, elles n'ont plus disposé d'assez de liquidités pour acquitter les charges sociales, étant rappelé qu'elles dépendaient des banques créancières, à qui leurs créances avaient été cédées. Il estime n'avoir commis aucune négligence grave, rappelant qu'il a englouti l'entier de ses avoirs personnels pour tenter d'assurer la survie des sociétés, que sa faillite privée a été prononcée par le Tribunal de district de Nyon en date du 25 mai 1995, suspendue faute d'actif le 19 juillet 1995 et clôturée par prononcé du Président du Tribunal du district de Nyon en date du 25 août 1995 (cf. pièce N° 23, chargé Maître WEBER-CAFLISCH, défendeur). Il considère dès lors n'avoir commis aucune faute au sens de l'article 52 LAVS, rappelant que la Caisse lui avait accordé, par courrier du 24 mai 1993, un délai au 1^{er} juin pour s'acquitter des cotisations de février dues par X_____ SA.
9. Selon les pièces du dossier, la société Y_____ était constituée en raison individuelle sous le propre nom de Monsieur R_____ et a été transformée en société anonyme à l'initiative du Crédit Suisse en octobre 1992 ; le capital-actions de Fr. 300'000.- était détenu par la banque (cf. procès-verbal de comparution personnelle du 2 mai 2000). Or, la société Y_____, raison individuelle, présentait un découvert de Fr. 979'227.00 à son bilan arrêté au 30 juin 1992 (cf. pièce N° 9, chargé Maître WEBER-CAFLISCH, défendeur). Le Tribunal de céans constate au surplus que la raison individuelle Y_____ – R_____ accusait déjà au bilan du 31 décembre 1990 un découvert de Fr. 734'838.35, la perte de l'exercice se soldant par Fr. 13'027.54 (cf. rapport société fiduciaire ZZ_____ SA, pièce N° 1, chargé Maître WEBER-CAFLISCH, défendeur). Pour l'exercice 1991, la raison individuelle Y_____ – R_____ présentait un découvert de Fr. 742'948.95, pour un bénéfice de l'exercice de Fr. 28'704.40 (cf. bilan et comptes au 31 décembre 2001 établis par la société fiduciaire ZZ_____ SA, pièce N° 2, chargé Maître WEBER-CAFLISCH, défendeur). Or, ce découvert de Fr. 979'227.- était la conséquence,
-

de l'aveu même du défendeur, de ses prélèvements personnels qui avaient été réinvestis dans des biens immobiliers cédés par la suite au Crédit Suisse lors de la transformation de la raison individuelle en Y_____ SA. Cette restructuration a d'ailleurs été initiée par le Crédit Suisse, qui a accepté d'octroyer une première tranche de fonds de l'ordre de Fr. 700'000.- dont Fr. 300'000.- pour le capital-actions de la société Y_____ (cf. procès-verbal de comparution personnelle du 2 mai 2000, pages 1 et 2, pièce Tribunal). Or, la ligne de crédit accordée par le Crédit Suisse à Y_____ SA en date du 21 septembre 1992, de Fr. 700'000.-, était garantie par le nantissement en faveur de la banque d'un cautionnement solidaire de Fr. 500'000.- du défendeur ainsi que par des polices d'assurances risque-pur (cf. pièce N° 1b, chargé Maître WEBER-CAFLISCH, défendeur). D'autre part, Y_____ SA a cédé au Crédit Suisse au titre de garantie toutes ses créances présentes et futures résultant de ses relations d'affaire avec ses débiteurs, ce en date du 2). 9 septembre 1992 (cf. pièce annexe 1b, chargé Maître WEBER-CAFLISCH

10. Certes, des efforts importants de restructuration avaient-ils été effectués depuis l'automne 1992 ; force est toutefois de constater, ainsi que l'a relevé la Z_____ SA dans son rapport d'analyse du 8 janvier 1993, que le refinancement n'a pas atteint les objectifs qu'il aurait dû, le fond de roulement n'étant toujours pas à la hauteur des besoins et les prêts bancaires ayant été réduits prématurément (cf. analyse succincte de Y_____ SA, pièce N° 3, page 1 chargé Maître WEBER-CAFLISCH, défendeur). Dans son rapport d'analyse, Z_____ a relevé qu'un apport complémentaire de fonds propres semblait nécessaire, tout en poursuivant une gestion rigoureuse. Il soulignait également que d'une façon générale, il était indispensable pour la survie du groupe que les problèmes de liquidités soient totalement solutionnés sans aucun délai. Tout retard en compromettrait l'avenir et les fournisseurs devaient être réglés à temps. Il est vrai que Y_____ SA avait réussi, malgré la situation maussade du marché immobilier en général à Genève, à éviter les travaux déficitaires ou des prix-dumping trop souvent pratiqués. Le plan de restructuration et de développement préparé au début de l'année 1992 prévoyait diverses actions de pénétration et développement du marché ; toutefois, il semblait que le marché avait encore du potentiel non atteint par Y_____ SA. LA Z_____ mentionnait également que bien qu'il soit fréquemment fait mention du groupe YY_____, dont Y_____ SA faisait partie, ce groupe n'avait ni holding, ni société mère, de sorte que, juridiquement, le seul lien entre les diverses sociétés était leur actionnaire unique, Monsieur R_____ (cf. rapport précité, page 5 et 6). Z_____ soulignait encore que la transformation de la société simple Y_____ en société anonyme Y_____ SA et les mesures financières qui l'accompagnaient avaient certes permis d'améliorer considérablement la situation au niveau du fond de roulement ; toutefois, cette amélioration n'était pas suffisante par rapport aux

besoins du fond de roulement qui s'était d'ailleurs accru au 30 septembre 1992. Il était fait état d'un manque de trésorerie net qui devait être évidemment relié par les crédits bancaires qui semblaient avoir été prématurément réduits. Z_____ relevait que la solution du problème du découvert, si elle améliorait bien le fond de roulement, n'en réduisait pas pour autant le besoin en fond de roulement qui avait tendance à s'accroître en raison des retards du paiement des débiteurs, de la régularisation des arriérés fournisseurs et surtout de l'augmentation des travaux en cours qui immobilisaient plus d'un million de francs au 30 septembre. Z_____ relevait également que les activités immobilières déployées par Monsieur R_____ avaient immobilisé des fonds considérables et constituaient des postes débiteurs importants dans les diverses sociétés du groupe YY_____.

Dans son rapport relatif à l'exercice de Y_____ SA s'étendant du 1^{er} juillet 1992 au 31 décembre 1992, l'organe de contrôle, la société fiduciaire ZZ_____ SA, observait qu'une analyse récente des biens immobiliers de Monsieur R_____ laissait apparaître que la dette envers Y_____ SA était actuellement couverte par ses autres actifs, mais le priait cependant de veiller au remboursement de cette dette aussi rapidement que possible (cf. pièces N° 11, chargé Maître WEBER-CAFLISCH, pièce défendeur).

11. S'agissant de X_____ SA, le Tribunal de céans constate que le défendeur était l'actionnaire unique de la société (cf. procès-verbal de comparution personnelle du défendeur, du 2 mai 2000). Au 31 décembre 1991, le défendeur était débiteur de la société d'un montant de Fr. 565'878.65 : or, son attention avait été attirée sur le fait que ce montant dépassait les fonds propres et qu'il devait rembourser la société dès que possible (cf. procès-verbal de la 11^e assemblée générale ordinaire de X_____ SA du 6 mars 1992, pièce n° 7, chargé Maître WEBER-CAFLISCH, défendeur). Le Tribunal constate dès lors que dès 1992 déjà, le défendeur avait été averti qu'il devait rembourser le plus rapidement possible ses dettes envers les sociétés X_____ SA et Y_____ SA. Il se trouvait en effet totalement tributaire des banques, qui ne l'ont plus soutenu dès le début de l'année 1993. Les charges sociales de janvier 1993 ont été payées avec retard, soit en avril 1993, et dès février 1993, le défendeur n'a plus acquitté les charges sociales, les sociétés étant à court de liquidités. En effet, le Crédit Suisse a constaté, après étude de la société Y_____ SA ainsi que l'analyse du patrimoine immobilier du défendeur, que la comparaison de la valeur vénale des biens immobiliers du défendeur par rapport au financement bancaire faisait ressortir une substance de l'ordre de 17%, équivalent à ses fonds propres, ce qui était insuffisant. Le Crédit Suisse n'envisageait en conséquence aucune augmentation de ses financements, tant au nom du défendeur qu'au nom de Y_____ SA (cf. courrier du Crédit Suisse du 7 avril 1993, pièce N° 6, chargé Maître WEBER-CAFLISCH, défendeur). Le

Crédit Suisse attirait encore l'attention du défendeur que le compte courant de Y_____ SA accusait un solde débiteur de Fr. 1'379'555.40 face à une limite de crédit confirmée de Fr. 700'000.-. Le dépassement de Fr. 679'550.40 qui en découlait résulte en grande partie du fait qu'il n'avait pu respecter scrupuleusement le plan de trésorerie. Durant cette période, le défendeur a effectué diverses démarches auprès des banques pour les sociétés X_____ et Y_____ SA, en vain. S'agissant plus particulièrement des charges sociales, le défendeur a requis de la Caisse un délai supplémentaire, qui lui a été accordé au 1^{er} juin 1993, pour s'acquitter des cotisations du mois de février 1993 (cf. pièce N° 9b, chargé Maître WEBER-CAFLISCH, défendeur). Le défendeur recherchait un partenaire pour les sociétés Y_____ SA et X_____ SA. Cependant, il écrivait en date du 12 mai 1993 au Crédit Suisse l'informant que sans l'aide des banques, il ne pouvait plus faire face à la situation présente et serait contraint de déposer sous peu le bilan des sociétés Y_____ SA et X_____ SA (cf. pièce N° 10, chargé Maître WEBER-CAFLISCH, défendeur).

12. Force est de constater que les difficultés des sociétés étaient dues à un manque de liquidité depuis plus d'une année déjà, puisqu'un plan de restructuration de mars 1992, prévu initialement, n'avait pas pu être mis en place totalement (cf. procès-verbal de la réunion inter-bancaire du 24 mai 1993, pièce N° 11, chargé Maître WEBER-CAFLISCH, défendeur). Le défendeur tentait, certes, d'obtenir un prêt de Fr. 1'500'000.- sur garantie des actifs, de façon à mettre à zéro son compte débiteur (cf. procès-verbal précité, page 3). Mais la Société de Banques Suisses soulignait à cette occasion que les prélèvements de R_____ effectués dans les comptes de la société X_____ SA lors de l'exercice 1992 étaient contraires aux consignes données par la banque ; ces prélèvements avaient été réinvestis par le défendeur dans des opérations immobilières (cf. procès-verbal de la réunion inter-bancaire, page 5). D'autre part, le procès-verbal de l'assemblée générale ordinaire de X_____ SA, du 25 juin 1993, fait mention que dès 1992 l'organe de contrôle avait attiré particulièrement l'attention de la société sur le fait que le débiteur actionnaire se devait de rembourser la société. Depuis plus d'une année, les établissements bancaires qui accordaient des crédits avaient laissé entendre qu'ils mettaient sur pied un financement en faveur de l'actionnaire lui permettant de rembourser sa dette envers la société. Après une analyse approfondie du patrimoine de l'actionnaire, les banques ont décidé de ne plus soutenir la société et de ne pas mettre en place le crédit permettant à l'actionnaire de rembourser la société. Dans ces conditions, l'assemblée générale a décidé de faire l'annonce au juge (cf. pièce N° 19, chargé Maître WEBER-CAFLISCH, défendeur).

Le Tribunal considère dès lors que le manque de liquidités auquel a dû faire face le défendeur n'était pas dû à une situation passagère ; il perdurait en effet depuis

plus d'une année. D'autre part, le défendeur, en empruntant de l'argent aux sociétés précitées, pour des opérations immobilières qu'il ne conteste pas, s'est retrouvé dans l'incapacité de rembourser les sociétés faillies, raison pour laquelle notamment les banques ont refusé de soutenir X_____ et Y_____ SA. Dès l'automne 1992 déjà, le défendeur, en sa qualité d'administrateur et d'actionnaire de la société X_____ SA, dépendait totalement des banques, notamment pour le paiement des charges sociales des sociétés. Les cotisations de janvier 1993 ont été acquittées en avril 1993 seulement et plus aucune charge sociale n'a pu être payée dès février 1993. Dans les circonstances sus-évoquées il était illusoire de compter pouvoir sauver les sociétés. Le Tribunal considère dès lors que les agissements du défendeur doivent être qualifiés de négligence grave au sens de l'article 52 LAVS, de sorte qu'il répond du dommage.

13. Le montant du dommage s'élève à Fr. 73'962.50 pour la société Y_____ SA, représentant les cotisations impayées de février 1993 à juin 1993, sous déduction des versements de la Caisse cantonale de chômage (cf. tableau récapitulatif établi par la Caisse, pièce N° 13, chargé complémentaire du 7 juin 2000), et à Fr. 44'849.10 pour la société X_____ SA, représentant les cotisations impayées de février 1993 à mai 1993, plus un complément pour l'année 1991 et 1992, sous déduction des versements effectués par la Caisse cantonale de chômage (cf. tableau récapitulatif, pièce N° 13, chargé complémentaire pour X_____ SA du 7 juin 2000, demanderesse).

La demanderesse réclame, outre ces montants, le paiement d'intérêts calculés à 6% l'an dès le 1^{er} août 1993. A cet égard, le Tribunal de céans rappelle que les intérêts moratoires, s'ils font partie de la créance en réparation du dommage, sont dus jusqu'au moment de l'ouverture de la faillite et ne sont pas à payer sur la créance en réparation du dommage, faute de base juridique (cf. article 41 bis RAVS ; ATF 121 III 384 consid. 3bb, Thomas NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Artikel 52 AHVG, in aktuelle juristische Praxis, 9/9/96, page 1076, chiffre 8a et note N° 67). La demanderesse se verra déboutée sur ce point.

14. La Caisse conclut encore à la condamnation du défendeur aux dépens de l'instance. Or, l'article 85, al. 2, lettre f LAVS ne fonde une prétention aux dépens que pour la procédure de droit administratif (action) auprès de l'autorité cantonale de recours. Dans le cas des actions en réparation du dommage, l'assuré qui veut contester la décision de la Caisse doit d'abord former opposition auprès de cette dernière. Ce n'est qu'ensuite, si la Caisse maintient sa décision, qu'elle doit saisir l'autorité de recours. Il n'en demeure pas moins que seul l'intimé qui obtient gain de cause peut prétendre à des dépens au sens de l'article 85, al. 2, lettre f LAVS, disposition qui ne vise pas en effet les caisses

de compensation (cf. VSI 1994, page 188 ; RCC 1991, page 400 et suivantes ; RCC 1988, page 543). En conséquence, les conclusions de la Caisse demanderesse visant à condamner le défendeur aux dépens sont mal fondées.

* * *

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Reçoit les requêtes en mainlevée ;

Au fond :

1. Lève l'opposition formée par Monsieur R_____, en tant qu'ex-administrateur de la société X_____ SA, à concurrence de Fr. 44'849.10 ;
2. Lève l'opposition formée par Monsieur R_____, en tant qu'administrateur de la société Y_____ SA, à concurrence de Fr. 73'962.50 ;
3. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions ;
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement 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).

Le greffier :

Walid BEN AMER

La Présidente :

Juliana BALDE

Le présent arrêt est communiqué pour notification aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe