



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1447/2000-4-AVS

ATAS/242/2004

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

4^{ème} chambre

du mercredi 14 avril 2004

En la cause

**CAISSE DE COMPENSATION DE LA SOCIETE SUISSE
DES ENTREPRENEURS**, agence de Genève, rue Malatrex 14 à
Genève mais comparant par Me Pierre VUILLE, avocat, en
l'Etude duquel elle élit domicile,

Demanderesse en
mainlevée
d'opposition

contre

Monsieur R_____, comparant par Me Christian
BUONOMO, avocat, en l'Etude duquel il élit domicile.

Défendeur, ex-
administrateur de la
société J.-M.
R_____ SA,
faillie

**Siégeant : Mme Juliana BALDE, Présidente, Mmes Maya CRAMER et Isabelle
DUBOIS, juges.**

EN FAIT

1. La société J.-M. R_____ SA a été inscrite au Registre du commerce en dès sa constitution le 22 mars 1979. Elle avait pour but social l'étude, la direction, l'exécution de travaux publics et de constructions de toutes natures. Elle avait pour administrateur unique Monsieur R_____, au bénéfice d'une signature individuelle (cf. pièce n° 1 caisse).
 2. La société J.-M. R_____ SA (ci-après la société) était affiliée pour son personnel salarié auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation jusqu'au 31 décembre 1997 ; dès le 1^{er} janvier 1998, elle a été transférée à la Caisse de compensation de la société suisse des entrepreneurs (ci-après la caisse).
 3. En raison de problèmes financiers, la société n'a pas reversé à la caisse, les cotisations prélevées sur les salaire de ses employés. Après plusieurs sommations, la caisse a adressé un courrier à Monsieur R_____ en date du 31 août 1998, le mettant en garde quant aux conséquences de la violation des prescriptions légales en matière d'AVS et à l'engagement de ses responsabilités pénale et civile (cf. pièce n° 2 caisse).
 4. Une première plainte pénale a été déposée à l'encontre de l'administrateur en date du 16 juin 1999, pour le non-versement des cotisations sociales dues pour la période de décembre 1998 à mars 1999 (cf. pièce n° 3 caisse).
 5. Par jugement du 30 juin 1999, le Tribunal de Première Instance de la République et Canton de Genève (ci-après TPI) a accordé à la société un sursis concordataire de six mois et désigné Messieurs J_____ et S_____ en qualité de commissaires au sursis.
 6. La caisse a produit dans le cadre du sursis concordataire une créance totale de 710'226 fr. 60, soit 299'730 fr. 75 de créances privilégiées de première classe et 410'495 fr. 85 comprenant, notamment, les cotisations AVS, AI et APG (cf. pièce n° 5 caisse).
 7. Après avoir pris connaissance du rapport des commissaires au sursis, le TPI a, par jugement du 14 février 2000, révoqué le sursis concordataire et prononcé la faillite de la société J.-M. R_____ SA.
 8. Le 13 avril 2000, la caisse a déposé une nouvelle plainte pénale à l'encontre de l'administrateur pour le non-versement des cotisations des mois d'avril et mai 1999. Le 24 mai 2000, la caisse a produit auprès de l'Office des faillites une créance totale de 645'199 fr. 95, dont un montant de 409'247 fr. 25 dû au titre, notamment, des cotisations AVS, AI et APG (cf. pièce n° 8 caisse).
-

9. Par courrier du 23 août 2000, l'Office des faillites a avisé la caisse que l'état de collocation était déposé et que sa créance de 235'872 fr. 70 était admise en 1ère classe et celle de 409'247 fr. 25 en 3ème classe. L'Office des faillites indiquait qu'aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers chirographaires (cf. pièce n° 9 caisse).
10. Par décision du 31 octobre 2000, la caisse a réclamé à Monsieur R_____, en sa qualité d'administrateur, la réparation d'un dommage de 239'488 fr. 65, représentant les cotisations paritaires impayées pour la période de juin 1998 à mai 1999, et décembre 1999 (cf. pièce n° 10 caisse).

L'intéressé, par l'intermédiaire de son mandataire, a formé opposition en date du 28 novembre 2002, considérant qu'il n'était en aucune manière personnellement responsable du découvert en question.

11. Par acte du 19 décembre 2000, la caisse a requis de la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants (ci-après la CRAVS) la main-levée de l'opposition formée par l'ex-administrateur de la société faillie, considérant qu'il avait gravement failli aux devoirs que lui imposait sa fonction d'administrateur unique de la société. Elle rappelait que le non-paiement des cotisations s'est étendu sur une période de treize mois.

Par mémoire-réponse du 6 avril 2001, le défendeur a contesté sa responsabilité, estimant qu'il n'avait agi ni intentionnellement, ni par négligence grave. Il a allégué qu'en tant qu'employeur il ne disposait pas des moyens nécessaires au paiement des charges sociales et qu'il a versé les salaires en priorité. Il a contesté le montant du dommage et sollicité la suspension de la cause jusqu'à la liquidation de la faillite.

12. Au cours de la procédure, le Tribunal de céans, auquel la cause a été transmise d'office, a requis du TPI copie de ses jugements octroyant le sursis concordataire et de révocation du sursis et prononcé de la faillite. Ces documents ont été communiqués aux parties.
 13. Dans ses conclusions du 19 décembre 2003, la caisse relève qu'au vu des rapports des commissaires au sursis du 22 décembre 1999, il n'était pas possible d'espérer le paiement intégral des créanciers de première classe dans le cadre du concordat et qu'aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers ordinaires de troisième classe. Dans ces conditions, les commissaires ont requis la révocation du sursis. D'autre part, la caisse a produit copie d'un jugement rendu par le Tribunal de police en date du 8 février 2001, condamnant l'ex-administrateur de la société faillie à une peine de deux mois d'emprisonnement avec sursis, pour détournement des cotisations durant la période de décembre
-

1998 à mai 1999. Elle a déposé à la procédure des actes de défaut de biens établis par l'Office des faillites en date du 7 mai 2002, l'un de 125'371 fr. 05 pour sa créance de 1ère classe et l'autre de 409'247 fr. 25 pour sa créance de 3ème classe.

14. Dans ses conclusions du 30 janvier 2004, le défendeur a fait valoir que pendant la période du sursis concordataire, tous les paiements devaient être effectués moyennant signatures conjointes avec les commissaires au sursis. Il a allégué avoir liquidé au mieux les actifs pour favoriser les créanciers, de sorte que l'on ne saurait lui reprocher d'avoir commis une négligence grave. Enfin, quelques semaines avant le sursis concordataire, il a effectué deux paiements importants en faveur de la caisse. Il estime aussi qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de la condamnation pénale pour la période des cotisations impayées de décembre 1998 à mai 1999.
15. Pour le surplus, les divers allégués des parties seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

1. Préalablement, il y a lieu de préciser que la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ) 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 1986 (cf. art. 1 let. r et 56 V al. 1 let. a ch. 1 LOJ). Selon l'art. 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.

Il sied de rappeler d'autre part que la loi fédérale sur la partie générale des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'art. 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (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 (RAVS) 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 déterminant se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). Les dispositions légales pertinentes seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.

- 2a. Aux termes de l'article 82, alinéa 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).

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, p. 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a "rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer" (cf. Fritsche : "Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd. p. 112), d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

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; 118 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).

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'art. 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 sa classe. 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).

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).

En l'espèce, il résulte des pièces du dossier qu'en date du 30 juin 1999, la société faillie avait obtenu un sursis concordataire de six mois. Toutefois, le 14 février 2000, le TPI a révoqué le sursis concordataire et prononcé la faillite de la société J.-M. R_____ SA. En effet, selon le rapport des commissaires au sursis du 22 décembre 1999, la situation de la société ne permettait même pas de payer les créanciers de 1^{ère} classe dans le cadre d'un concordat et aucun dividende n'était envisageable pour les créanciers ordinaires de la 3^{ème} classe (cf. jugement du TPI, pièces Tribunal). En l'occurrence, c'est lors de la publication du jugement du Tribunal de première instance du 14 février 2000 révoquant le sursis concordataire et prononçant la faillite de la société, que la caisse a eu connaissance du dommage, étant rappelé que même la connaissance d'un dommage partiel est suffisante pour faire courir le délai (cf. ATF 121 V 243 consid. 3c/bb). Force est de constater qu'en notifiant son action en réparation du dommage en date du 31 octobre 2000 la caisse a agi dans le délai de péremption d'une année prévu à l'art. 82 al. 1 RAVS.

- b. Le défendeur a formé opposition dans les 30 jours, conformément à l'art. 81 al. 2 RAVS et la caisse a saisi l'autorité de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants dans le délai légal de 30 jours à compter de ladite opposition. Il
-

s'ensuit que tant l'opposition que la requête en mainlevée sont recevables en la forme.

- 3a. Aux termes de l'art. 52 LAVS, l'employeur doit couvrir le dommage qu'il a causé en violant les prescriptions intentionnellement ou par négligence grave. Il sied de rappeler que l'art. 52 LAVS est une disposition spéciale (cf. RCC 1989 p. 117).

En l'espèce, le dommage consiste en la perte de la créance de cotisations subie par la caisse, en raison de la faillite de la société J.-M R_____ SA, pour un montant de 239'488 fr. 65, représentant les cotisations sociales impayées pour la période de juin 1998 à mai 1999, ainsi que le mois de décembre 1999 (cf. pièces n° 8 à 10, 14 caisse).

- b. 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 employés, 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; 180 V 186, consid. 1a, 192 consid. 2a; RCC 1985, page 646, consid. 3a).

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, 1^{er} alinéa, en corrélation avec l'article 759, 1^{er} 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, 2^{ème} éd., pages 209 et ss).

4. En l'espèce, le défendeur était inscrit au registre du commerce en qualité d'administrateur unique, au bénéfice d'une signature individuelle, dès la constitution de la société le 22 mars 1979 (cf. pièce n° 1 caisse). Il avait ainsi indiscutablement la qualité d'organe de la société faillie, ce qu'il ne conteste au demeurant pas (art. 754 al. 1 CO).

De jurisprudence constante, le TFA a reconnu qu'il y a négligence grave lorsque l'employeur ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement, dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (cf. RCC 1972 p. 690). La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard doit donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité et de gestion, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé. Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (cf. ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985 p. 51 consid. 2a et p. 648 consid. 3b). Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme on peut, par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions (cf. RCC 1972 p. 690; RCC 1978 p. 261).

Il n'y a obligation de réparer le dommage, dans un cas concret, que s'il n'existe aucune circonstance justifiant le comportement fautif de l'employeur ou excluant l'intention et la négligence grave. A cet égard, on peut envisager qu'un employeur cause un dommage à la caisse de compensation en violant intentionnellement les

prescriptions en matière d'AVS, sans que cela entraîne pour autant une obligation de réparer le préjudice. Tel est le cas lorsque l'inobservation des prescriptions apparaît, au vu des circonstances, comme légitime et non fautive (ATF 108 V 186 consid. 1b, 193 consid. 2b ; RCC 1985 p. 603 consid. 2, 647 consid. 3a). Ainsi, il peut arriver qu'en retardant le paiement des cotisations, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie, par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie. Mais il faut alors, pour qu'un tel comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l'art. 52 LAVS, que l'on puisse admettre que l'employeur avait, au moment où il a pris sa décision, des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter des cotisations dues dans un délai raisonnable (ATF 108 V 188 ; RCC 1992 p. 261 consid. 4b).

En l'espèce, la demanderesse considère que le défendeur a commis une faute, dans la mesure où pratiquement dès son affiliation en 1998, la société s'est trouvée débitrice des cotisations paritaires. Elle a été ainsi contrainte d'envoyer de multiples sommations ; le 31 août 1998, elle a adressé un courrier au défendeur, le mettant expressément en garde sur les conséquences des violations des prescriptions légales en matière d'AVS, ainsi que sur l'engagement de sa responsabilité, tant pénale que civile (cf. pièce n° 2 caisse). Puis une première plainte pénale a été déposée à l'encontre du défendeur en date du 16 juin 1999, pour le non-versement des cotisations de décembre 1998 à mars 1999. Enfin, le 13 avril 2000, la caisse a déposé une nouvelle plainte pénale contre le défendeur pour non-versement des cotisations d'avril 1999 à mai 1999, qui a abouti à la condamnation du défendeur à la peine de deux mois d'emprisonnement pour infraction à l'art. 87 LAVS (cf. jugement du Tribunal de police du 8 février 2001, pièce n° 12 caisse). La caisse maintient que le défendeur n'a pas pris les mesures adéquates pour que les versements des cotisations sociales soient effectués et qu'il n'a fait état d'aucun motif de nature à dégager sa responsabilité.

Le défendeur conteste avoir commis une faute intentionnelle au sens de l'art. 52 LAVS. S'il admet avoir agi par négligence, il soutient qu'elle ne saurait être qualifiée de grave au sens de la loi. La société n'avait en effet pas les moyens de verser les cotisations à la caisse ; il estime avoir fait de son mieux avec les moyens dont il disposait. Ainsi, au printemps 1999, soit quelques semaines avant l'octroi du sursis concordataire, la société a versé des montants importants en mains de la caisse (cf. pièce 1 défendeur). Il s'est de surcroît toujours fait un point d'honneur de payer les salaires en priorité. Il affirme n'avoir jamais spéculé avec les cotisations des employés de la société, ni privilégié certains créanciers au détriment de la caisse. Pour sortir la société de l'impasse économique dans laquelle elle se trouvait, il avait demandé un sursis concordataire, qui avait été accordé par le juge. Cette démarche avait pour but de permettre à la société de répondre dans les meilleures conditions possibles et sans favoritisme aucun à l'ensemble des créanciers, eu égard aux moyens disponibles. Enfin, lors de l'octroi du sursis concordataire, le tribunal avait prévu que pour toute utilisation

de liquidités, la société devait préalablement obtenir les signatures conjointes de l'administrateur unique et des deux commissaires au sursis nommés par le TPI. Dans ces conditions, on ne saurait lui reprocher d'avoir fait preuve d'une négligence quelconque au cours de cette période, alors même qu'il se trouvait sous la surveillance directe des commissaires au sursis. Malgré tout le travail des commissaires au sursis et de lui-même, les prévisions optimiste établies lors de l'octroi du sursis concordataire n'ont pu se concrétiser. Il soutient encore que le fait que la société se soit engagée à liquider au mieux ses actifs en faveur de ses créanciers avant de cesser toute activité n'impliquait pas une obligation de réussite, mais uniquement de moyens. D'autre part, sa condamnation par le Tribunal de police le 8 février 2001, ne saurait être considérée comme propre à emporter la conviction du Tribunal de céans quant à l'existence d'une volonté dolosive de sa part.

5. Le Tribunal de céans constate que les cotisations paritaires ont été impayées pratiquement dès l'affiliation de la société faillie auprès de la caisse. En effet, dans son courrier adressé au défendeur en date du 31 août 1998, la demanderesse attirait son attention sur le fait que malgré plusieurs sommations, l'entreprise n'avait pas payé les cotisations sociales depuis plusieurs mois (cf. pièce n° 2 caisse). D'autre part, le défendeur avait été expressément rendu attentif à la responsabilité pénale qu'il encourait du fait du non paiement des cotisations retenues sur les salaires des employés de la société. Force est de constater que le défendeur n'a pas pris de dispositions à cet égard, puisqu'il a été condamné par le Tribunal de police pour infraction à l'article 87 LAVS, soit le détournement des cotisations retenues aux salariés pour la période d'octobre 1998 à mai 1999. Les juges ont rappelé que si l'on peut admettre que durant de courtes périodes et à titre exceptionnel l'employeur, confronté à un problème de liquidités, accorde une priorité au paiement des salaires au détriment temporaire d'autres obligations, on ne saurait déduire de la jurisprudence parue aux ATF 117 IV 78 qu'il n'encourt aucune responsabilité pénale lorsqu'il s'abstient durablement de verser à la caisse de compensation les contributions prévues par la loi. Or, le Tribunal de police a constaté que le défendeur avait continué d'exploiter l'entreprise d'une façon qui n'était plus viable et avait fait le choix d'affecter les fonds disponibles à d'autres fins, en sachant pertinemment ou en devant savoir que les charges sociales ne pourraient pas être acquittées dans les délais prescrits. La condition subjective de l'infraction était ainsi réalisée. Au vu de ces circonstances, le défendeur ne saurait valablement soutenir que l'inobservation des prescriptions apparaît comme légitime et non fautive.

Le défendeur soutient encore que l'on ne saurait lui reprocher le non-versement des cotisations sociales, dès lors que durant la période du sursis concordataire, il ne pouvait donner d'ordres de paiements sans la signature conjointe des commissaires au sursis. Cet argument est irrelevante ; en effet, le dommage dont la caisse lui réclame aujourd'hui le paiement ne couvre pas la période du sursis

concordataire, mais bien les mois précédant le sursis ainsi que le mois de décembre 1999, soit postérieurement au dépôt du rapport des commissaires.

Au vu de ce qui précède, le Tribunal de céans considère que le défendeur a violé gravement les obligations que sa fonction d'administrateur unique lui conféraient, causant un dommage à la caisse, de sorte qu'il répond entièrement du préjudice que cette dernière a subi.

Pour le surplus, les conclusions de la caisse tendant à la condamnation du défendeur aux dépens seront rejetées, dès lors que seul l'assuré peut obtenir des dépens s'il obtient gain de cause (cf. VSI 1994, p. 188, RCC 1991, p. 400ss ; RCC 1983 p. 181 ; ATF 118 V 169 consid. 7 ; 117 V 349 consid. 8).

**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 recevable la requête en mainlevée déposée par la Caisse de compensation de la Société suisse des entrepreneurs le 19 décembre 2000 ;

Au fond :

2. Lève l'opposition formée par Monsieur R_____ à la demande en réparation du dommage du 31 octobre 2000, à concurrence de Fr. 239'488,65 ;
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 quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

Le greffier:

Walid BEN AMER

La Présidente :

Juliana BALDE

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