RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1451/2000 **ATAS/398/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 27 mai 2004

3ème chambre

En la cause

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

contre

Monsieur V_____, — Défendeurs

Monsieur

VN_____,

Anciens organes de la société XSA (faillie)

tous deux comparant par Me Roger MOCK en l'Etude duquel ils élisent domicile.

HOIRIE DE FEU MONSIEUR L_____, route de Saconnex-

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,

Mesdames Juliana BALDE et Maya CRAMER, Juges

d'Arve 275, 1228 PLAN-LES-OUATES

EN FAIT

1. XSA (ci-après la société) était inscrite au registre du commerce de Genève (RC) depuis le 21 août 1986. Son but était la reliure artisanale et industrielle, les travaux d'héliographie ainsi que tout ce qui se rapportait aux arts graphiques. Elle était affiliée auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après CCGC ; pièce 107 CCGC).

2. Dès le 16 décembre 1986, Messieurs V_____ ont été nommés directeurs-fondés de pouvoir, avec signature collective à deux. Le 1er janvier 1990, Monsieur L_____ est devenu administrateur unique avec signature individuelle. Il a remplacé à ce poste Messieurs M_____ et C_____ ainsi que Madame M_____, auparavant tous administrateurs (pièce 107 CCGC et pièces 2 et 3 chargé L_____).

3. La société a régulièrement connu d'importants retards dans le paiement des cotisations paritaires de l'assurance-vieillesse et survivants et de l'assurance-invalidité (ci-après : cotisations AVS/AI) (pièce 1 CCGC).

4. Le 27 juin 1997, la CCGC a accepté que les cotisations AVS/AI dues au 31 décembre 1996 (soit Fr. 85'013.70) fassent l'objet d'un plan de paiement : moyennant le paiement d'une première mensualité de Fr. 5'005.70 le 25 juillet 1997, la somme due serait ensuite remboursée en seize mensualités de Fr. 5'000.50 chacune, dès août 1997 et jusqu'à l'extinction totale de la dette. La société a commencé ses versements dès le 20 juin 1997 (pièces 1 et 21 CCGC).

5. Nonobstant ses paiements réguliers, elle a cependant eu des difficultés à procéder au règlement des cotisations concernant les périodes ultérieures (pièce 1 CCGC). Par quatre commandements de payer du 3 août 1998, la CCGC a réclamé un montant total de Fr. 28'912.—, correspondant aux cotisations impayées de novembre 1997 à mars 1998 (pièces 73, 79, 86 et 90 CCGC).

6. Le 3 septembre 1998, la société a informé la CCGC qu'elle rencontrait des problèmes avec le Crédit Suisse, qui avait suspendu toute possibilité de dépassement sur l'ensemble de ses comptes, raison pour laquelle elle n'avait pas honoré le plan de paiement convenu. Afin d'obtenir une ouverture de crédit auprès d'une autre banque - ouverture conditionnée par un certificat vierge de l'Office des poursuites - la société a sollicité de la CCGC qu'elle accepte de reprendre aux mêmes conditions le plan de paiement suspendu, d'augmenter les cotisations dues pour l'année 1998 et de suspendre les poursuites engagées. La CCGC n'a pas donné suite à cette requête (pièce 18 CCGC).

7. Par trois nouveaux commandements de payer du 17 septembre 1998, la CCGC a réclamé paiement de Fr. 19'366.15, montant correspondant aux cotisations AVS/AI

impayées pour les mois d'avril à juin 1998 et frais de poursuite y relatifs (pièces 52, 59 et 66 CCGC).

8. Par fac-similé du 19 octobre 1998, la société a informé la CCGC qu'elle avait effectué un virement de Fr. 20'000.--, à affecter à la part pénale 1998, et que les chances de sauver l'entreprise étaient désormais compromises dans la mesure où les banquiers se révélaient « frileux » et où une saisie devait encore intervenir (pièce 17 CCGC).

9. Par courriers du 27 octobre 1998, la CCGC a attiré l'attention de Messieurs L_____, et V_____ sur le fait que le montant de la dette de cotisations AVS/AI atteignait environ Fr. 80'000.-- et ne cessait d'augmenter, à raison de Fr. 5'000.-- par mois (pièces 14 à 16 CCGC).

10. Par trois commandements de payer du 3 novembre 1998, la CCGC a réclamé la somme de Fr. 17'201.70, correspondant aux cotisations AVS/AI impayées pour les mois de juillet et août 1998 (pièces 39, 45 et 99 CCGC).

11. Dans le cadre des diverses poursuites en cours, la société a finalement versé les sommes de Fr. 2'500.--, Fr. 1'875.-- et Fr. 1'500.-- (pièces 38, 44, 57, 58, 64, 65, 71, 72, 77, 78, 84 et 85 CCGC).

12. A la fin de l'année 1998, elle a totalement mis fin à ses activités, après avoir résilié son bail et les divers contrats de travail de ses collaborateurs (pièce 11 chargé L_____).

13. Le 12 janvier 1999, la société a encore versé Fr. 4'291.85 à l'Office des poursuites (pièce 98 CCGC).

14. Une requête de sursis concordataire a été déposée le 27 novembre 1998. Par jugement du 23 février 1999, le Tribunal de première instance (TPI) a octroyé à la société un sursis concordataire jusqu'au 23 août 1999. Le concordat proposé était un concordat par abandon d'actifs. Monsieur R_____, expert-comptable, a été nommé commissaire au sursis. Ces détails ont été publiés dans la Feuille d'avis officielle (FAO) du 21 avril 1999 (pièce 9 chargé L_____ et pièce 12 CCGC).

15. Par décision du 24 février 1999, la CCGC a encore réclamé à la société un montant de Fr. 6'571.10, correspondant aux cotisations impayées pour la période de novembre et décembre 1998 (pièce 28 CCGC).

16. Le 7 mai 1999, la CCGC a produit un montant provisoire de Fr. 45'000.-- auprès du commissaire au sursis (pièce 10 CCGC).

17. Par courrier du 15 juillet 1999, le commissaire au sursis a informé la CCGC qu'il avait demandé une prolongation du sursis, raison pour laquelle l'assemblée des

créanciers prévue le 29 juillet 1999 avait été annulée. Une nouvelle assemblée des créanciers aurait lieu le 27 janvier 2000 (pièce 7 CCGC et pièce 13 chargé L_____).

18. Par jugement du 30 septembre 1999, le TPI a prolongé le sursis concordataire de six mois, jusqu'au 23 février 2000 (pièce 16 chargé L_____).

19. Le 13 décembre 1999, la CCGC a produit une créance finale de Fr. 42'856.95 (pièce 4 CCGC et pièce 14 chargé L_____).

20. Le 20 janvier 2000, le commissaire au sursis a informé la CCGC que seul un dividende insignifiant pourrait être distribué aux créanciers de troisième classe et que ce dividende serait le même en cas de faillite. Le maintien du sursis concordataire ne se justifiant plus, il en demandait la révocation (pièce 3 CCGC et pièce 15 chargé L_____).

21. Par jugement du 29 février 2000, le TPI a prononcé la faillite de la société, publiée dans la FAO du 31 mars 2000 (pièce 16 chargé L_____ et pièce 106 CCGC).

22. Le 29 mai 2000, la CCGC a produit une créance de Fr. 45'292.60 (pièce 104 CCGC).

23. Par trois décisions séparées du 30 octobre 2000, elle a en outre réclamé à Messieurs V_____ et L_____ le montant de Fr. 45'292.60, correspondant aux cotisations dues pour 1997 et 1998.

24. Par courriers séparés du 9 novembre 2000, Messieurs V_____ et L_____, par l'entremise de leur conseil commun, ont formé opposition contre ces décisions. Les deux premiers ont souligné qu'ils n'avaient pas été administrateur mais directeurs avec signature collective à deux. Tous trois ont fait valoir qu'ils ne devaient pas la totalité de la somme réclamée, mais seulement la différence entre le montant qui serait versé par l'Office et celui de la créance de la CCGC.

25. Par courrier du 13 novembre 2000, Monsieur L_____ a allégué que l'Office aurait confirmé à son conseil que l'administration de la faillite détenait déjà en compte une somme suffisante pour le règlement total de la créance.

26. De l'inventaire et de l'état de collocation du 22 novembre 2000, il ressort que les liquidités de la société s'élevaient à Fr. 49'325.47 alors que les créances, toutes classes confondues, atteignaient Fr. 650'032.55 (Fr. 630'032.55 pour la troisième classe et Fr. 19'130.45 pour la première classe ; cf. pièce 21 chargé L_____).

27. Le 8 décembre 2000, la CCGC a requis de la Commission cantonale de recours en matière d'AVS la mainlevée des oppositions. Elle a expliqué qu'elle n'avait eu connaissance du dommage que le 31 mars 2000, lors de la publication de la faillite

de la société, et qu'il était ressorti de la procédure concordataire qui avait précédé que seul un dividende insignifiant pourrait être versé aux créanciers de troisième classe, raison pour laquelle le commissaire au sursis avait renoncé à poursuivre cette procédure. Elle a rappelé que la société ne payait pas les cotisations dues dans les délais depuis plusieurs années. Elle avait bénéficié d'une masse salariale importante, mais les acomptes de cotisations étaient demeurés insuffisants et les décomptes annuels récapitulatifs avaient contraint la CCGC à réclamer des compléments de cotisations relativement importants qui s'étaient accumulés régulièrement. La CCGC a souligné que c'était l'attitude négligente des organes de la société qui avait causé le dommage dont elle demandait réparation.

28. Dans leur réponse, Messieurs V_____ ont réaffirmé que, relieurs de métier, ils n'avaient exercé qu'un rôle de directeurs techniques au sein de la société. Ils ont souligné que la CCGC savait, le 21 avril 1999, que la société avait obtenu un sursis concordataire par abandon d'actifs, ce qui lui avait confirmé qu'elle avait cessé toute activité et que, dès cet instant, elle pouvait penser que sa créance serait susceptible de rester impayée. Elle aurait alors dû réagir.

29. Monsieur L_____ a expliqué que les V_____ étaient devenus propriétaires économiques de la société en 1989, après avoir repris le manteau d'actions. Etant de nationalité étrangère, ils ne pouvaient cependant être administrateurs, raison pour laquelle ils l'avaient désigné. Leur choix s'était porté sur lui parce qu'il était alors directeur de l'Office Genevois de Cautionnement Mutuel pour Commerçants et Artisans, lequel gérait d'importants crédits cautionnés dont la société était titulaire. Le défendeur allègue ainsi n'avoir pas été un « réel administrateur », puisque V_____ détenaient le pouvoir effectif. Son rôle consistait essentiellement à conseiller les actionnaires et à représenter et veiller aux droits des créanciers et donneurs de cautions. Il a encore souligné que c'était la faillite d'un client important dans le courant de l'année 1997, YSA, qui avait entraîné la chute de la société. Celle-ci avait en effet alors perdu non seulement Fr. 105'000.—, montant correspondant aux factures impayées par l'imprimerie, mais aussi un chiffre d'affaire potentiel de l'ordre de Fr. 250'000.-- par année. Il en était résulté un manque total de trésorerie de Fr. 176'517.38, rien que pour 1996 et 1997. Les organes avait alors rapidement pris la décision de « liquider » la société et avaient adressé le 27 novembre 1998 une requête en sursis concordataire afin d'obtenir un concordat par abandon d'actifs. En parallèle, ils avaient résilié tous les engagements de la société (contrats de travail, de bail, assurances etc.). Monsieur L_____ a encore fait valoir que la CCGC avait agi tardivement dès lors qu'elle connaissait déjà son dommage avant d'en être informée par le commissaire au sursis. La CCGC avait en effet suivi de près la situation de la société et engagé plusieurs poursuites avec prises d'inventaires depuis 1998, ce qui aurait dû lui permettre de se faire une idée de l'étendue et de la consistance des actifs de la société. En outre, la nature du concordat proposé, le fait que la société ait mis totalement fin à ses activités, relations de travail et contrat de bail ainsi que le fait

que les travaux entrepris par le commissaire au sursis ne permettaient toujours pas, au 15 juillet 1999, de proposer de solutions acceptables aux créanciers, indiquaient que la CCGC pouvait déjà considérer comme certain que sa créance, ou du moins une partie, ne serait pas récupérée.

30. La CCGC a répliqué que ce n'était que lors de la réception de la circulaire du 21 janvier 2000 du commissaire au sursis qu'elle a eu connaissance du dommage : cette information lui avait permis d'établir le dommage et de le considérer comme certain. Elle soutient que la responsabilité des organes est pleine et entière, d'autant plus que la faillite d'un débiteur important est intervenue en avril 1997 déjà et que la requête de sursis concordataire n'a été déposée qu'en novembre 1998.

31. Le 24 avril 2002, Monsieur L_____ est décédé, raison pour laquelle la Commission cantonale de recours a suspendu l'instruction de la cause par jugement incident du 31 mai 2002.

32. Par courrier du 28 août 2002, le conseil de feu Monsieur L_____ a informé l'autorité de recours que les héritiers avaient fait élection de domicile en son étude et souhaitaient poursuivre la procédure en faisant leurs les motifs invoqués par leur défunt parent. Ils persistaient dans toutes ses conclusions.

33. Par courrier du 8 janvier 2003, le conseil des héritiers de feu Monsieur L_____ a indiqué qu'il cessait d'occuper et que tout courrier devait être adressé directement à l'hoirie.

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

EN DROIT

1. a) 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 (TCAS ; art. 1 let. r LOJ).

   Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après TA) a constaté d'office la nullité de l'art. 1 let. r LOJ, considérant que le TCAS avait été créé en violation de l'art. 131 de la Constitution genevoise (Cst GE).

   b) Force est de constater que cette conclusion ne saurait lier le tribunal de céans, aux motifs suivants :

   - elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, non ses motifs. L'autorité de la chose jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ; KNAPP, Précis de droit administratif, 4ème édition, 1991, p. 248ss ; HABSCHEID, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313ss.) ;

   - l'autorité de la chose jugée ne vaut quoi qu'il en soit que pour les moyens que le tribunal pouvait examiner (cf. KNAPP, op. cit., p. 251). Or, il apparaît en l'espèce douteux que le TA devait - et même pouvait - à l'occasion d'un recours interjeté pour violation des droits politiques contre un arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de l'élection des juges assesseurs au TCAS, contrôler la constitutionnalité de la loi instituant cette juridiction ;

   - une loi inconstitutionnelle ne saurait être déclarée nulle. Seul, l'acte pris en application de celle-ci est annulable (cf. Jean-François AUBERT, Bundesstaatsrecht der Schweiz, vol. I, 1991, p. 178, note 430). Il convient au surplus de relever qu'un tribunal se doit en règle générale d'agir avec retenue, plus particulièrement lorsque les conséquences de l'annulation bouleverseraient tout un régime juridique (ATF 112 Ia 313). Tel est manifestement le cas ici, dès lors que le considérant topique de l'arrêt du TA revient à nier l'existence d'une juridiction qui fonctionne depuis le 1er août 2003 déjà, et dont les juges titulaires, ainsi que les juges suppléants, ont été régulièrement élus.

c) Le TCAS examine d'office sa compétence ; vu l'arrêt du TA du 30 mars 2004 niant jusqu'à son existence, il a également à vérifier la conformité à l'art. 131 Cst GE de la loi l'instituant.

Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales – LPGA -, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

Selon l'art. 131 al. 1 Cst GE, « la loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales ; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence ». Lors de la création du TA en 1971, cette disposition constitutionnelle a été complétée par un second alinéa, libellé comme suit : «Un tribunal administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit ».

La Constitution s'interprète selon les mêmes principes que les lois ordinaires. Les règles d'interprétation permettant au juge de dégager le sens d'une disposition sont connues : ce dernier peut recourir à une interprétation littérale, historique, téléologique ou systématique de la norme. Le juge devra partir prioritairement du texte clair de la loi. Le TA, dans son arrêt du 30 mars 2004, a considéré que le texte de l'art. 131 al. 2 Cst GE ne laissait pas de place pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif ; il a interprété « un tribunal » comme signifiant « un seul tribunal ». Or, l'art. 131 al. 2 Cst GE précise que ce tribunal administratif est institué « dans les cas où la loi le prévoit ». C'est dire que, nécessairement, le reste du contentieux administratif relève d'autres juridictions. Ainsi l'interprétation littérale permet-elle à elle seule de conclure que le terme « un » doit être qualifié, grammaticalement, d'article indéterminé.

Une telle analyse est du reste confirmée par les interprétations historique et téléologique. Il résulte des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil – MGC - 1970, p. 554 ss.) que le législateur, en 1970, entendait créer, aux côtés des juridictions civiles et pénales existantes prévues à l'art. 131 al. 1 Cst GE, un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif. Ce tribunal était destiné à remplacer les autres autorités – Conseil d'Etat, commissions de recours, etc. - qui avaient à connaître des recours contre les décisions des départements. Il n'était cependant pas question que ce remplacement soit général, raison pour laquelle ce tribunal s'était vu doté de compétences d'attribution. Il était évident que certaines

commissions spéciales devaient subsister, notamment en raison de leur composition particulière (composition paritaire, experts…). Selon le Mémorial du Grand Conseil (p. 557), « dans le système envisagé, le TA, le Conseil d'Etat et les commissions spécialisées dont le maintien aura été décidé, constitueront autant de juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

Dès le 1er janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d'une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de ces juridictions n'a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d'assurances sociales, jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l'occurrence.

Si l'on devait suivre l'interprétation du TA dans son arrêt du 30 mars 2004, non seulement le TCAS, mais également toutes les autres commissions de recours spéciales - y compris celles rattachées au TA lui-même - seraient inconstitutionnels. Tel n'a manifestement pas été le but visé par le législateur.

Au vu de ce qui précède, la création du TCAS en application de la LPGA est conforme à la Constitution genevoise.

L'élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004, le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire permettant au TCAS de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

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

3. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'article 52 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS). Désormais, la responsabilité de l'employeur y est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les articles 81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (ci-

après RAVS) ont été abrogés. Le cas d'espèce reste toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminant se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). Les dispositions légales seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.

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

5. a. 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 128 V 12,consid. 5a ; 17 consid. 2a, 126 V 451 consid. 2a, 121 III 388 consid. 3b). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a « rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer » (cf. FRITSCHE : « Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd., page 112) d'où résulte la perte de la créance de la caisse.

   Selon la jurisprudence, en cas de faillite, le dommage est en règle générale déjà suffisamment connu lorsque la collocation des créances est publiée, respectivement lorsque l'état de collocation (et l'inventaire) est déposé pour être consulté (ATF 126 V 444 consid. 3a, 121 V 236 consid. 4a, 119 V 92 consid. 3 et les références citées). La partie lésée peut toutefois, en raisons de circonstances spéciales, acquérir la connaissance nécessaire avant le dépôt de l'état de collocation. Ainsi, selon la jurisprudence, on peut exiger d'une caisse qu'elle se fasse représenter à la première assemblée des créanciers, dès lors que son devoir de diligence lui commande de suivre l'évolution de la procédure de faillite (ATF 121 V 240 consid. 3c/aa et les références). S'il apparaît à ce moment-là déjà qu'elle subira un dommage, le délai d'une année commencera à courir. Même la connaissance d'un dommage partiel est suffisante pour faire partir le délai prévu par l'art. 82 al. RAVS (ATF 121 V 243 consid. 3c/bb). Le fait d'assister à la première assemblée des créanciers ou de s'y faire représenter est une incombance (ATF 126 V 450).

   La procédure de sursis concordataire peut avoir des conséquences quant à la connaissance du dommage. Le Tribunal fédéral des assurances a jugé que 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 d'homologation est publié. En particulier, dans de telles circonstances, il incombe à l'administration de requérir sans délai l'édition du jugement, ce qui lui permettra de se faire une idée précise des risques qu'elle encourt, et de rendre au besoin une décision fondée sur l'art. 81 al. 1 RAVS afin de sauvegarder ses droits, quitte à réclamer au responsable la totalité du montant des cotisations restées impayées, moyennant cession de son droit à un dividende éventuel dans la faillite (VSI 1995 p. 172ss consid. 4c et arrêt cité). Il n'existe pas de motif sérieux de traiter différemment la situation où un sursis concordataire est révoqué et celle où l'homologation d'un concordat est refusée. En effet, ces procédures qui mettent en œuvre un appel aux créanciers et dans lesquelles les décisions sont rendues publiques, font apparaître un risque élevé de pertes pour la caisse de compensation en révélant l'existence à tout le moins possible d'une insolvabilité. Dans ces conditions, il se justifie d'exiger de la caisse qu'elle se montre active, cherche à obtenir les renseignements pour se faire une idée des risques menaçant sa créance et prenne les mesures ou décisions qui s'imposent pour sauvegarder ses droits (ATF 128 V 15 consid. 3b).

b. En l'espèce, les défendeurs font valoir que la CCGC aurait tardé à faire valoir sa créance et qu'elle aurait dû savoir, à tout le moins en juillet 1999, que ladite créance deviendrait irrécupérable puisque, aux dires du commissaire au sursis, aucune solution acceptable ne pouvait encore être proposée aux créanciers. La CCGC relève pour sa part avoir notifié ses décisions en réparation du dommage dans les temps et se réfère à la circulaire du commissaire au sursis du 21 janvier 2000 (pièce 3 CCGC et pièce 15 chargé L_____). Celle-ci indiquait que seul un dividende insignifiant pourrait être offert aux créanciers de troisième classe, raison pour laquelle le maintien du sursis concordataire ne se justifiait plus.

Force est de constater que ce point de vue est exact. Au vu de la jurisprudence susmentionnée, il apparaît que la CCGC s'est effectivement montrée suffisamment active en prenant rapidement les décisions qui s'imposaient eu égard aux circonstances. Elle n'a évidemment pas pu se rendre à la première assemblée des créanciers puisque cette dernière a tout d'abord été reportée puis annulée par la circulaire du commissaire au sursis du 21 janvier 2000. Dès cette date, la caisse a su qu'elle ne récupérerait pas sa créance, si ce n'est qu'une partie insignifiante, raison pour laquelle elle a agi en réparation le 30 octobre 2000, soit neuf mois plus tard. Il est erroné de prétendre comme le font les défendeurs que le choix même du concordat suffisait à conclure que la demanderesse ne récupérerait pas sa créance puisque le but d'un concordat par abandon d'actifs est d'aboutir à une liquidation

totale ou partielle du patrimoine du débiteur dont se satisferont les créanciers (P.-R. GILLIERON, « Poursuite pour dettes, faillite et concordat », 3ème éd., Lausanne 1993, p. 446). Or, la société se trouvait dans la phase du sursis concordataire, soit la phase qui consiste à préparer l'homologation du concordat, dès lors que le but du sursis concordataire est d'obtenir un délai légal pendant lequel les démarches nécessaires à l'élaboration d'un concordat pourront être accomplies officiellement, dans des conditions déterminées par la loi et pendant lequel le débiteur bénéficie d'une suspension des poursuites (GILLIERON, op. cit., p. 429). Ce n'est donc qu'au moment où la CCGC a su que le concordat ne serait pas homologué, soit le 21 janvier 2000, qu'elle a eu connaissance du dommage. En notifiant ses décisions en réparation du dommage le 30 octobre 2000 à Messieurs V_____ et L_____, elle a donc respecté le délai d'une année prescrit par l'art. 82 al. 1 RAVS.

c. Par ailleurs, les oppositions, formées le 9 novembre 2000 auprès de la CCGC, sont également intervenues dans le délai prescrit par la loi (art. 81 al. 2 RAVS).

Enfin, la CCGC a déposé son action en mainlevée le 8 décembre 2000 et ainsi respecté le délai de 30 jours prévu par l'art. 81 al. 3 RAVS.

d. Il sied de relever par ailleurs que les éventuelles obligations d'une partie tombent dans la masse successorale en cas de décès de cette partie. En ce sens, la transmission d'une éventuelle dette du défunt est soumise aux règles du Code civil. En l'espèce, l'acceptation de la succession de feu Monsieur L_____ par son hoirie entraîne automatiquement une substitution des parties au procès (art. 560ss du Code civil).

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

a. L'art. 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34ss RAVS, prescrit que l'employeur doit déduire, lors de chaque paie, la cotisation du salarié et verser celle-ci à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation. Les employeurs doivent remettre périodiquement aux caisses les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs employés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a déclaré, à réitérées reprises, que celui qui néglige de l'accomplir enfreint

les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 195 consid. 2a et les réf. citées ; ATF non publié H 320/01 et H 333/01 du 8 octobre 2003 consid. 4).

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

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

Un administrateur ne peut se libérer de sa responsabilité de veiller personnellement à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés soient payées à la caisse en soutenant qu'il faisait confiance à ses collègues chargés de l'administration du personnel de l'entreprise et du versement desdites cotisations à la caisse de compensation. Il a au contraire le devoir d'exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données (art. 716a al. 1 ch. 5 CO). Si les membres du conseil d'administration qui ne sont pas chargés de la gestion ne sont certes pas tenus de surveiller chaque affaire des personnes chargées de la gestion et de la représentation mais peuvent se limiter au contrôle de la direction et de la marche des affaires, ils doivent cependant, entre autres obligations, se mettre régulièrement au courant de la marche des affaires, exiger des rapports et les étudier minutieusement et, au besoin, demander des renseignements complémentaires et essayer de tirer au clair d'éventuelles erreurs (ATF 114 V 223 consid. 4a ; ATF non publié H 265/02 du 3 juillet 2003).

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

c. En l'espèce, il s'agit de déterminer la responsabilité des défendeurs en ce qui concerne le non-paiement des cotisations paritaires arriérées de la société pour les années 1997 et 1998.

Monsieur L_____ a expliqué qu'il avait été choisi en tant qu'administrateur par Messieurs V_____ en raison de sa nationalité suisse et de sa position de directeur de l'Office genevois de cautionnement mutuel pour commerçants et artisans. Il soutient avoir rempli ses obligations, dans la mesure où il a conseillé les actionnaires, les a représentés et a veillé aux droits des créanciers et des donneurs de cautions. Force est cependant de constater que ce point de vue ne saurait être suivi. En effet, le défendeur oublie que la loi attache certains effets à la fonction d'administrateur d'une société anonyme, notamment la responsabilité de veiller personnellement à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés soient payées à la caisse. Ce devoir de surveillance implique notamment que l'administrateur doit se mettre régulièrement au courant de la marche des affaires et exiger des rapports, les étudier minutieusement et, au besoin, demander des renseignements supplémentaires. On rappellera par ailleurs que la jurisprudence s'est toujours montrée sévère lorsqu'il s'est agi d'apprécier la responsabilité d'administrateurs qui alléguaient avoir été exclus de la gestion d'une société et qui s'étaient accommodés de ce fait (RCC 1992 p. 268s. consid. 7b).

Le Tribunal de céans constate que la société accusait effectivement d'importants retards dans le paiement des cotisations chaque année. A titre exemplatif, il suffit de se référer à l'édition des comptes paritaires de la société qui note un retard de l'ordre de Fr. 48'761.-- au 1er février 1995 déjà, retard qui s'est aggravé au point d'atteindre le montant de Fr. 85'917.70 au 13 novembre 1995 (pièce 1 CCGC). Certes, la société est parvenue à l'endiguer et il est effectivement plausible que la faillite d'YSA ait grandement contribué à sa chute. Il n'en demeure pas moins que, au vu des pièces produites par le défendeur lui-même, la société présentait déjà un surendettement à la fin de l'année 1993 et à la fin de l'année 1996, ainsi que cela ressort des rapports de l'organe de révision des 29 novembre 1994 et 28

octobre 1997 précisant que la moitié du capital-actions n'était plus couverte et que les conditions de l'art. 725 al. 1 CO étaient de ce fait remplies (pièces 4 et 7 chargé LIPPUNNER). Si, en 1997, la perte au bilan a été ramenée à Fr. 74'740.62, grâce au bénéfice de Fr. 27'546 fr. 32 réalisé cette année-là, la situation est néanmoins restée aléatoire dans la mesure où le surendettement n'était évité qu'à quelques Fr. 260.— près (capital-actions de 150'000.-- ; pièce 8 chargé LIPPUNNER). Après la faillite d'YSA le 29 avril 1997 (pièce 6 chargé L_____) et vu la situation délicate de la société depuis plusieurs années ainsi que les nombreux retards dans le paiement des cotisations, ses organes auraient dû prendre immédiatement les mesures qui s'imposaient.

La passivité du défendeur est en outre en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi par la CCGC dès lors que, s'il avait correctement exécuté son mandat d'administrateur, il aurait dû veiller aux paiement des cotisations arriérées et non laisser la société péricliter jusqu'à la faillite. En conséquence, son comportement tombe sous le coup de l'art. 52 LAVS.

Quant à Messieurs V_____, ils ont fait valoir qu'ils s'étaient bornés à exercer un rôle de directeurs techniques. Cette explication n'est pas convaincante à deux égards. En premier lieu, on constate à la lecture des pièces figurant au dossier que tous deux s'occupaient du paiement des cotisations sociales ainsi qu'en attestent les divers courriers et fax envoyés à la CCGC à propos des cotisations sociales en souffrance et signés tantôt par les deux directeurs tantôt par un seul (courrier du 18 mai 1993 : pièce 2 CCGC ; courrier du 25 février 1998 : pièce 19 CCGC ; fax du 19 octobre 1998 : pièce 17 CCGC etc.). Il est dès lors logique d'en déduire que le paiement des cotisations sociales relevait de leur domaine de compétence, contrairement à leurs allégations. En second lieu, tous deux étaient au bénéfice de la signature collective à deux, ce qui leur permettait tant d'engager la société que d'effectuer des paiements (cf. pièce 107 CCGC). De plus, ils étaient les propriétaires économiques de l'entreprise. Ils disposaient ainsi des pouvoirs nécessaires leur permettant d'intervenir et d'empêcher la survenance du dommage.

En conséquence, à la lumière de la jurisprudence rappelée supra relative aux devoirs et obligations des organes d'une société, le comportement des défendeurs ne saurait être excusé et tombe également sous le coup de l'art. 52 LAVS.

Pour le surplus, le montant du dommage n'est ni contesté ni sujet à discussion et représente les cotisations d'assurances sociales impayées des années 1997 et 1998, sous déduction des montants déjà payés par les défendeurs, dont la CCGC a d'ores et déjà tenu compte dans sa requête en mainlevée.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ

A la forme :

1. Reprend l'instance ;

2. Déclare recevable la demande en mainlevée déposée le 8 décembre 2000 par la CCGC dirigée contre Messieurs V_____ et L_____;

Au fond :

3. Lève les oppositions formées par Messieurs V_____ et L_____ en date du 9 novembre 2000;

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

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

La greffière : La Présidente :

Janine BOFFI Karine STECK

La secrétaire-juriste : Flore PRIMAULT

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