RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1756/95 **ATAS/448/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

4ème chambre

du 9 juin 2004

En la cause

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, Route de Chêne 54, à Genève	Demanderesse en mainlevée d'opposition
contre	
Madame D_____,	Défendeurs
Madame CL_____,	
Madame L_____,	Ex-administrateurs de la société XSA (en faillie)
Monsieur R_____,	

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente, Mmes Isabelle DUBOIS et Nicole DOURNOW, juges.

EN FAIT

1. La société XSA (ci-après Y SA) a été créée en décembre 1982. Elle avait pour but la pré-fabrication d'éléments en béton pour le génie-civil et pour la construction d'immeubles comprenant entre autres, l'étude et la fabrication d'éléments pré-fabriqués; Y SA avait été exploitée jusqu'à cette date sous le nom de "X C_____, R_____ & Cie", société en nom collectif à Russin. Dès sa constitution, la société avait pour administrateur-président Monsieur R_____, disposant de la signature individuelle, et Madame CL_____ dite DE_____, administratrice avec signature collective à deux. Ces deux personnes étaient en fonction jusqu'à la dissolution de la société. Etaient également administratrices, dès le 7 juillet 1987, Mesdames D_____, avec signature individuelle et L_____, avec signature collective à deux, ainsi que Monsieur R_____, disposant de la signature collective à deux, lequel a quitté la société le 6 novembre 1992 (cf. pièce 1 Caisse).

2. Au vu des difficultés financières de Y SA, une audience d'information a réuni le 4 mars 1993 les administrateurs de la société dans les bureaux de Monsieur C_____, juge au Tribunal de première instance. Il a été décidé de mandater Monsieur K_____, expert comptable diplômé, afin d'examiner l'éventualité d'un sursis concordataire (cf. pièce 29 chargé défendeurs).

3. Dans un courrier du 25 mars 1993 adressé à Monsieur C_____, Monsieur K_____ a indiqué qu'il n'avait pas été à même de réunir la documentation nécessaire en vue de l'établissement d'une demande formelle de sursis concordataire. Il a conclu en demandant au Tribunal de première instance de prendre les mesures qui s'imposaient en raison du surendettement de la société (cf. pièce 30 chargé défendeurs).

4. Au 14 avril 1993, l'édition des comptes paritaires de la Caisse présentait un montant de 95'066 fr. encore dû par Y SA à la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la Caisse ; cf. pièces 7 à 70 Caisse).

5. Le 26 avril 1993, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de la société qui comptait encore 14 employés (cf. pièces 1 à 4 Caisse).

6. Au moment de la faillite, Y SA avait une dette de 107'953 fr. 45 correspondant à un solde de cotisations AVS impayées de l'année 1992, aux cotisations impayées de 1993, ainsi qu'un complément de cotisations établi suite à un contrôle d'employeur effectué le 29 septembre 1993, portant sur les années 1990 à 1993, à l'égard de la Caisse (cf. pièces 7 à 70 ; 78 et 79 Caisse).

7. Par courrier du 19 novembre 1993, la Caisse a produit dans la faillite à titre définitif pour un montant de 107'953 fr. 45 (c.f. pièce 7 Caisse).

8. L'état de collocation, déposé le 2 mars 1994, a révélé que la créance de la Caisse ne serait pas entièrement couverte. Il était notamment indiqué que les employés de la société avaient une créance en paiement de leurs salaires, colloquée en première classe, à concurrence de 101'020 fr. et que la créance de la Caisse en paiement des cotisations sociales s'élevait à 107'953 fr. 45 (cf. pièces 116 à 120 Caisse).

9. Le 20 février 1995, la Caisse a notifié cinq décisions valant actions en réparation du dommage à l'encontre de Mesdames L_____, D_____, et C_____- DE _____, ainsi que Monsieur R_____. La Caisse leur a réclamé le paiement de 106'505 fr. 85 à titre de réparation du dommage subi par le non paiement des cotisations encore dues au 31 mars 1993, soit échues avant la faillite de Y SA. La Caisse a également réclamé à Monsieur R_____ un montant de 62'559 fr. 70 correspondant aux cotisations dues au 30 septembre 1992, soit échues avant sa sortie de Y SA. Les demandes en réparation du dommage du 20 février 1995 décomposaient comme suit le dommage :

Pour 1992 : salaires versés : 1'076'445 fr. 90

AVS/AI/APG 10, 10% sur 1'076'445 fr. 90	Fr. 108'721, 05
AC 0,4% sur 1'065'045 fr. 90	Fr. 4'260, 20
Frais adm. (FAD) 2,4% sur 1'065'045 fr. 90	Fr. 2'583, 50
	Fr. 115'564, 75
Frais de poursuites	Fr. 959, 25
Intérêts moratoires au 31 mars 1993	Fr. 6'520, 60
	Fr. 123'044, 60
A déduire versements enregistrés	Fr. 46'202, 90
Solde impayé	**Fr. 76'841, 70**

Pour 1993 : salaires versés : 210'660 fr. 15

AVS/AI/APG 10,10% sur 210'660 fr. 15	Fr. 21'276, 70
AC 2% sur 210'660 fr. 15	Fr. 4'213, 30
FAD 2,4% sur 210'660, 15	Fr. 505, 60
	Fr. 25'995, 60
Intérêts moratoires au 31 mars 1993	Fr. 121, 25
	Fr. 26'116, 85
A déduire versements enregistrés	Fr. ----------

Solde impayé Fr. 26'116, 85

Dont sont échus au 30 mars 1993
Janvier-mars (selon décisions des 19 février,
23 mars et 16 avril 1993) Fr. 24'669, 15

Cotisations 1990-1993

Selon contrôle d'employeur	Fr. 4'623, 35
Intérêts moratoires	Fr. 371, 65
	Fr. 4'995, 95

TOTAL DU Fr. 106'505, 85

10. Les ex-administrateurs de Y SA, représentés par Me Jean-Marie FAIVRE, ont formé opposition par acte du 23 mars 1995.

11. Par acte du 25 avril 1995, la Caisse a porté le cas devant la Commission cantonale de recours en matière d'AVS-AI (ci-après la Commission). En cours de procédure, la Caisse a réduit ses conclusions à 13'692 fr. 25 (recte : 13'690,25), après avoir touché un dividende de 92'815 fr. 60 dans la faillite de Y SA.

12. Dans leur réponse du 2 juillet 1996, les ex-administrateurs ont contesté tant le principe que la quotité du dommage. Ils ont allégué que le dividende en 92'815 fr. 60 touché par la Caisse couvrait le montant du dommage estimé à 90'809 fr. 20. De plus, ils ont fait valoir que toutes les prétentions de la Caisse antérieures au mois de février 1990 étaient prescrites, ce qui concernait un arriéré de cotisations remontant à 1989, voire 1988, le décompte du solde de cotisations impayées ayant été établi au 1er février 1990.

13. Par courrier du 31 août 1998, les ex-administrateurs ont encore allégué qu'ils ne pouvaient être tenus responsables d'éventuels arriérés de cotisations accumulés après qu'ils aient averti le juge du tribunal de première instance du surendettement de Y SA.

    Ils ont fait valoir que ces cotisations procédaient en réalité de la responsabilité du juge ou des tiers mis en œuvre par lui et agissant au titre de curateurs de fait, dans la mesure où les dettes accumulées durant une période de sursis concordataire constituaient des dettes de la masse dont les administrateurs n'avaient plus à répondre.

    Les ex-administrateurs ont également relevé que l'arriéré de cotisations s'élevait au 1er mars 1993 à 101'395 fr. 95, dont à déduire les versements opérés par la société ou par l'office des poursuites pour un total de 26'250 fr. 40, représentant un solde dû, du chef de l'ancienne gestion, de 75'145 fr. 15 (recte : 75'145,55), soit un montant inférieur au dividende versé par la masse en faillite.

    Les ex-administrateurs ont allégué également que les taxes pour intérêts moratoires et frais de poursuites accumulés d'octobre à novembre 1993 pour un montant de 5'909 fr. 05 n'étaient pas justifiés dans la mesure où l'ouverture de la faillite interrompait le cours des intérêts moratoires.

Ils ont également soutenu qu'ils n'avaient pas à répondre des cotisations débitées en 1993 pour un montant de 6'442 fr. 60, suite au contrôle effectué le 29 septembre 1993, soit cinq mois après l'ouverture de la faillite, du fait qu'ils n'avaient pas été en mesure de se prononcer à ce propos, ni ne pouvaient le contester, faute de qualité pour agir.

De plus, les ex-administrateurs ont relevé que les salariés avaient produit dans la faillite une créance en première classe d'un montant de 101'020 fr., dont s'était totalement acquitté la masse en faillite. Pour cette raison, selon les ex-administrateurs, il appartenait à ces mêmes salariés, à la masse en faillite, ou encore à l'office cantonal de l'emploi d'acquitter les cotisations sociales relatives aux salaires impayés dus avant l'ouverture de la faillite. Ils ont noté à cet égard que l'état de collocation mentionnait expressément que les charges sociales seraient déduites du règlement définitif, ce qui n'a pas été le cas. Ils ont avancé pour explication que ces cotisations avaient éventuellement été perçues par une autre caisse de compensation que la demanderesse.

14. Le 22 octobre 1998, la Caisse a rappeler que le montant du dommage faisant l'objet de son action en réparation dirigée contre Monsieur R_____ et Mesdames D_____, C_____ -DE_____ et L_____ était réduit à 13'692 fr. 25. Par ailleurs, la Caisse a indiqué que le montant de 62'559 fr. 70 réclamé à Monsieur R_____ était entièrement couvert par le dividende.

15. Par jugement du 21 janvier 1999, la Commission a constaté que l'action en responsabilité dirigée contre Monsieur R_____ était devenue sans objet. Par ailleurs, elle a débouté la Caisse de ses conclusions concernant les quatre autres défendeurs au motif que leur faute ne pouvait être qualifiée de négligence grave et qu'ils ne pouvaient donc être recherchés en responsabilité.

16. La Caisse a interjeté recours de droit administratif le 14 avril 1999. Elle a conclu à l'annulation du jugement de la CRAVS du 21 janvier 1999 et à la confirmation des décisions du 20 février 1995.

17. Dans un Arrêt du 20 décembre 1999, le Tribunal fédéral des assurances (ci-après TFA) a estimé que les défendeurs avaient engagé leur responsabilité personnelle à l'égard de la Caisse pour le non paiement des cotisations paritaires des employés de Y SA. Toutefois, le TFA a relevé que la CRAVS n'avait pas statué sur les griefs précis soulevés par les défendeurs concernant l'étendue du dommage qui leur était imputé. Or, si le montant du dommage réclamé dans la demande en réparation du 25 avril 1995 se révélait supérieur au dividende de 92'815 fr. 60 obtenu par la Caisse dans la faillite de Y SA, celle-ci devait être admise, alors qu'elle devenait sans objet si le dommage était inférieur. Le TFA a ainsi admis le recours de la Caisse et a renvoyé la cause à la CRAVS pour instruction complémentaire et nouveau jugement.

18. Par courrier du 28 janvier 2000 à la CRAVS, la Caisse a justifié ainsi le montant du dommage :

    - lors de la faillite prononcée le 26 avril 1993, des cotisations au 30 avril 1993 étaient encore dues, mais seules les cotisations au 31 mars 1993 étaient échues. Dès lors, les cotisations impayées du mois d'avril 1993 n'étaient pas incluses dans le montant du dommage ;

    - les solde des cotisations impayées de 1992 s'élevaient à 76'841 fr. 70, et les cotisations au 31 mars 1993 s'élevaient à 24'669 fr. 15, selon les montants communiqués par Y SA ainsi que selon les attestations de salaires ;

    - En raison de la faillite, un contrôle d'employeur avait été effectué et il était apparu que des salaires n'avaient pas été correctement déclarés pour la période de janvier 1991 à mars 1993. Le complément de cotisations et frais dus à ce titre s'élevait à 4'931 fr. 65. La Caisse avait notifié le 13 janvier 1995 à l'office des faillites sa décision de décompte complémentaire, soit postérieurement à la faillite. La Caisse a fait remarqué que le bien-fondé de cette décision pouvait être examinée dans le cadre du litige en réparation du dommage ;

    - Des salaires étaient encore dus lors de la faillite et une partie d'entre eux avait été prise en charge par l'assurance-chômage, au titre des indemnités en cas d'insolvabilité, qui avait versé à la Caisse la part salariés et employeurs des cotisations.

    - Les salaires non couverts par l'assurance-chômage avaient fait l'objet d'une production en 1ère classe. La Caisse avait reçu un dividende de 1'892 fr. sur ces montants, correspondant aux déductions de cotisations effectuées par l'office des faillites et qui ne concernait que la part salariale des cotisations, la part employeur n'étant pas comprise dans la décision en réparation du dommage.

    - Le total des cotisations impayées au 26 avril 1993, lors de la faillite, atteignait donc 107'953 fr. 45 et comprenait les cotisations d'avril 1993. Les cotisations échues au 31 mars 1993 s'élevaient par contre à 106'505 fr. 85 et représentaient le montant réclamé à titre de réparation du dommage. Le dividende versé par l'office des faillites à hauteur de 92'815 fr. 60 permettait de ramener le dommage à 13'692 fr. 25.

    La Caisse a persisté dans son action en réparation du 25 avril 1995 à concurrence de la somme de 13'692 fr. 25.

19. Invités à se déterminer par courriers des 1er février 2000 et 9 octobre 2001 leur impartissant respectivement un délai à cette fin au 24 février 2000 et 30 octobre 2001, les défendeurs ont renoncé à répondre.

20. La cause a été enregistrée sous le N° A/1756/95 par le Tribunal cantonal des assurances sociales (ci-après TCAS) auquel la cause a été transmise d'office.

21. Les autres faits pertinents et allégués des parties seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit du présent jugement.

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 (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, et 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. 248 ss ; Habscheid, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313 et ss.).

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

3. Dans le cas particulier, conformément aux instructions du TFA contenues dans son Arrêt du 20 décembre 1999, le Tribunal de céans doit statuer sur les griefs soulevés par les défendeurs concernant l'étendue du dommage que leur impute la Caisse. Les différentes allégations des défendeurs, telles que formulées dans leur opposition du 23 mars 1995 et leur courrier du 31 août 1998, seront donc examinées une à une.

5. Il y a lieu tout d'abord de s'arrêter sur l'exception de prescription soulevée par les défendeurs :

a) Aux termes de l'art. 82 al. 1 RAVS, le droit de demander la réparation d'un dommage se prescrit lorsque la caisse de compensation ne le fait pas valoir par une décision de réparation dans l'année après qu'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 113 V 181 = RCC 1987 p. 607 ; ATF V 8, consid. 4 c = RCC 1986 p. 493). Lorsque ce droit dérive d'un acte punissable par le code pénal à un délai de prescription de plus longue durée, ce délai est applicable (cf. art. 82 al. 2 RAVS).

Le Tribunal fédéral des assurances sociales (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, 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 » (FRITSCHE, Schuldbetreibung und Kondurs II, 2ème édition, 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 (ATF 199 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 19990 p. 415).

Les termes « en règle ordinaire » signifient qu'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 ; T. NUSSBAUMER, Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure en réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS, RCC 1991 p. 456).

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 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), 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).

S'agissant du délai de péremption de cinq ans prévu par l'art. 82 al. 1 in fine RAVS, le TFA a jugé qu'il débute au moment où survient le dommage, soit dès que l'on peut admettre que les cotisations dues ne peuvent plus être recouvrées pour des motifs juridiques ou des motifs de fait (ATF 126 V 444 consid. 3a = VSI 2001 p. 195 ; ATF 121 III 384 consid. 3bb, 388 consid. 3a). Ainsi, en cas de faillite, en raison de l'impossibilité pour la caisse de récupérer les cotisations dans la procédure ordinaire de recouvrement, le dommage subi par la caisse est réputé être survenu le jour de la faillite ; le jour de la survenance du dommage marque celui de la naissance de la créance en réparation (ATF 123 V 16 consid. 5c = VSI 1997 p. 219 s.) et la date à partir de laquelle court le délai de cinq ans de l'art. 82 al. 1 in fine RAVS (fait dommageable) (Arrêt du TFA du 4 avril 2003 en la cause Y. M. ; VSI 6/2003 p. 435).

b) Dans le cas d'espèce, la condition d'application de l'art. 82 al. 1 *ab initio* RAVS, concernant le délai relatif d'une année dès la connaissance du dommage pour intenter une action en réparation, a déjà été tranchée dans le jugement de la CRAVS du 21 janvier 1999, de sorte qu'elle n'a pas à être à nouveau examinée.

Concernant le délai de péremption de cinq ans prévu par l'art. 82 al. 1 in fine RAVS, les défendeurs ont allégué le 23 mars 1995 que les prétentions de la Caisse antérieures au mois de février 1990 étaient prescrites, du fait que le solde de cotisations impayées avait été établi au 1er février 1990 et concernait un arriéré de cotisations remontant à 1989, voire à 1988.

La faillite de Y SA a été prononcée le 26 avril 1993, moment de la survenance du dommage et de la naissance de la créance de la caisse, faisant courir dès cette date le délai absolu de cinq ans pendant lequel la Caisse devait intenter ses actions en réparation du dommage à l'encontre des ex-administrateurs de Y SA. Celles-ci ayant été notifiées le 20 février 1995, il y a lieu de constater que le délai prévu par l'art. 82 al. 1 in fine RAVS a été respecté. A cet égard, les allégations des défendeurs concernant une prétendue péremption des créances de la Caisse en paiement des arriérés de cotisations remontant à 1988 ou 1989 s'avèrent sans fondement.

6. a) Les défendeurs ont allégué que le montant du dommage estimé par la Caisse à 106'505 fr. 85 dans ses demandes en réparation du 20 février 1995 s'élevait en réalité à 90'809 fr. 20, soit à un montant inférieur au dividende de 92'815 fr. 60 perçu par Y SA, de sorte que le dommage de la Caisse était couvert et que sa demande en réparation devenait sans objet. Selon les défendeurs, il aurait fallu retrancher du montant du dommage les frais d'administration, les retenues de chômage, les frais de poursuites et autres accessoires qui n'étaient pas visés par l'action en réparation du dommage et ne sauraient être réclamées sur la base de l'art. 52 LAVS.

   b) S'agissant des cotisations à l'assurance-chômage, il y a lieu de rappeler que l'employeur retient la part des cotisations des travailleurs et les verse avec sa propre cotisation à la caisse de compensation de l'AVS dont il dépend (cf. art. 5 de la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 – LACI – RS 837.0 ; chiffres 2003 et 5009 des Directives de l'OFAS sur la perception des cotisations – DP). D'autre part, en matière de cotisations, ce sont les dispositions de la LAVS qui s'appliquent par analogie (cf. art. 6 LACI). Il s'en suit que pour leur recouvrement, les dispositions de la LAVS sont déterminantes ; les cotisations d'assurance chômage font dès lors partie du dommage au sens de l'article 52 LAVS qui peut être réclamé aux anciens organes d'une société faillie. Les allégués des défendeurs sur ce point doivent être ainsi écartés. Il en va de même pour les frais administratifs et frais de poursuite, qui font partie du dommage.

7. a) Par courrier du 31 août 1998, les ex-administrateurs ont allégué qu'ils ne pouvaient être tenus responsables d'éventuels arriérés de cotisations accumulés après qu'ils aient averti le juge du tribunal de première instance du surendettement de Y SA, dans la mesure où les dettes accumulées durant une période de sursis concordataire constituaient des dettes de la masse dont les administrateurs n'avaient plus à répondre.

   b) L'art. 725 du Code suisse des obligations (ci-après CO) prévoit que s'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte, le conseil d'administration convoque immédiatement une assemblée

générale et lui propose des mesures d'assainissement (alinéa 1). S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est dressé et soumis à la vérification de l'organe de révision. S'il résulte de ce bilan que les dettes sociales ne sont couvertes ni lorsque les biens sont estimés à leur valeur de liquidation, ni lorsqu'ils le sont à leur valeur de réalisation, le conseil d'administration en avise le juge, à moins que des créanciers de la société n'acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de cette insuffisance de l'actif (alinéa 2).

Selon l'art. 725a alinéa 1 CO, le juge déclare la faillite au vu de l'avis. Il peut l'ajourner, à la requête du conseil d'administration ou d'un créancier, si l'assainissement de la société paraît possible ; dans ce cas, il prend les mesures propres à la conservation de l'actif social.

c) Dans le cas d'espèce, les défendeurs ont perdu de vue que la faillite de la société a été prononcée le 26 avril 1993 sans qu'aucun ajournement de la faillite ou sursis concordataire n'ait été accordé au préalable. Tout au plus, le juge de la faillite avait-t-il demandé le 4 mars 1996 à Monsieur K_____, expert comptable diplômé, d'examiner si les conditions d'un éventuel sursis concordataire étaient réunies. Celui-ci avait répondu par la négative le 25 mars 1996.

Dès lors, l'argumentation des défendeurs sur ce point est sans fondement et doit être rejetée.

8. a) Les ex-administrateurs ont soutenu que l'arriéré de cotisations s'élevait au 1er mars 1993 à 101'395 fr. 95, dont à déduire les versements opérés par la société ou par l'office des poursuites pour un total de 26'250 fr. 40, représentant un solde dû, du chef de l'ancienne gestion, de 75'145 fr. 15, soit un montant inférieur au dividende versé par la masse en faillite.

b) Il semble que les défendeurs fassent référence aux salaires versés par Y SA durant l'année 1992 à hauteur de 1'076'445 fr. 90, laissant un solde impayé de cotisations de 76'841 fr. 70. A cet égard, il y a lieu de relever que les versements enregistrés par la Caisse pour cette période s'élevaient à 46'202 fr. 90, et non pas à 26'250 fr. 40 ainsi qu'allégué par les défendeurs, lesquels ont omis de comptabiliser dans l'arriéré de cotisations les montants relevant des cotisations d'assurance-chômage impayées, des frais administratifs et de poursuite, qui font pourtant partie du dommage, ainsi qu'examiné *supra*. Les défendeurs n'ont pas non plus tenu compte des cotisations dues pour 1993 ni de celles établies suite au contrôle d'employeur du 29 septembre 1993 et concernant les années 1990 à 1993.

Dès lors, les montants retenus dans la demande en réparation du 20 février 1995 doivent être confirmés et l'argumentation des défendeurs rejetée sur ce point.

9. a) Les ex-administrateurs ont allégué que les taxes, intérêts moratoires et frais de poursuites accumulés d'octobre à novembre 1993 pour un montant de 5'909 fr. 05 n'étaient pas justifiés dans la mesure où l'ouverture de la faillite interrompait le cours des intérêts moratoires.

   b) Selon l'art 209 alinéa 1 de la loi sur la poursuite pour dettes et faillite (ci-après LP), l'ouverture de la faillite arrête, à l'égard du failli, le cours des intérêts.

   L'art. 175 alinéa 1 LP précise que la faillite est ouverte au moment où le jugement la prononce.

   c) En l'espèce, il faut relever que la « faillie » au sens de l'art. 209 LP est Y SA et que ses ex-administrateurs peuvent en tous les cas être recherchés en tant qu'organes pris individuellement en application de l'art. 52 LAVS. De plus, la faillite ayant été prononcée le 26 avril 1993, aucun frais de poursuite n'a été comptabilisé postérieurement au 31 mars 1993. Quant aux intérêts moratoires, ils ont également été arrêtés au 31 mars 1993, de sorte que l'argumentation des défendeurs est à nouveau sans fondement et doit être rejetée.

10. a) Les défendeurs ont soutenu qu'ils n'avaient pas à répondre des cotisations débitées en 1993 pour un montant de 6'442 fr. 60, suite au contrôle effectué le 29 septembre 1993, soit cinq mois après l'ouverture de la faillite, du fait qu'ils n'avaient pas été en mesure de se prononcer à ce propos, ni ne pouvaient le contester, faute de qualité pour agir.

    b) Le Tribunal de céans constate bien au contraire que les défendeurs ont été invités à se déterminer par courriers des 1er février 2000 et 9 octobre 2001 leur impartissant respectivement un délai à cette fin au 24 février 2000 et 30 octobre 2001, mais qu'ils ont renoncé à répondre. Leur droit d'être entendu a donc été respecté et ils ne sauraient se plaindre de sa violation. De plus, les défendeurs étaient parfaitement informés du non-paiement des cotisations en question, car, d'une part, elle portaient sur une période (1990 à 1993) où ils étaient administrateurs de la société (c.f. pièce N° 74 de la Caisse), et d'autre part parce qu'il s'agissait en l'occurrence des cotisations prélevées sur leurs propres salaires (pièce N° 70 de la Caisse).

    Dès lors, l'argumentation des défendeurs ne saurait être suivie.

11. a) Les ex-administrateurs ont encore relevé que les salariés avaient produit dans la faillite une créance en première classe d'un montant de 101'020 fr., dont s'était totalement acquittée la masse en faillite. Pour cette raison, il aurait appartenu à ces mêmes salariés, à la masse en faillite, ou encore à l'office cantonal de l'emploi d'acquitter les cotisations sociales relatives aux salaires impayés dus avant l'ouverture de la faillite. Ils ont noté à cet égard que l'état de collocation mentionnait expressément que les charges sociales seraient déduites du règlement définitif, ce qui n'a pas été le cas. Les défendeurs ont avancé pour explication que

ces cotisations avaient éventuellement été perçues par une autre caisse de compensation que la demanderesse.

Les défendeurs se fourvoient à nouveau. En effet, les créances salariales des employés de Y SA, telles que produites dans l'état de collocation du 2 mars 1994, portent essentiellement sur les salaires impayés du mois d'avril 1993, et ne sont donc pas comprises dans le dommage réclamé par la Caisse, lequel ne concerne que les cotisations sociales impayées jusqu'au 31 mars 1993. Par ailleurs, la créance des employés de Y SA en paiement de leurs salaires est distincte de la créance de la Caisse en paiement des cotisations sociales pour un montant de 107'953 fr. 45, de sorte qu'elles ne sauraient se compenser entre elles, comme le soutiennent à tort les défendeurs.

12. Au vu de ce qui précède, force est de constater que le montant du dommage subi par la Caisse dans la faillite de Y SA s'élève bien à 13'690 fr. 25 et que son action en réparation doit être admise à hauteur de ce montant.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

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

A la forme :

1. Déclare recevable la demande en mainlevée déposée le 25 avril 1995 par la Caisse contre les défendeurs ;

Au fond :

2. L'admet et accorde à la Caisse la mainlevée de l'opposition formée par Mesdames D_____, CL_____, L_____ et Monsieur R_____ à hauteur de 13'690 fr. 25 ;

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:	La Présidente :
Walid BEN AMER	Juliana BALDE

Le secrétaire-juriste : Alain ACHER

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