

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1260/1999

ATAS/1053/2010

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 1**

**du 12 octobre 2010**

En la cause

CAISSE DE COMPENSATION DE LA SOCIETE SUISSE DES  
ENTREPRENEURS, sise rue de Malatrex 14, GENEVE,  
comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Pierre  
VUILLE

demanderesse

contre

Monsieur A\_\_\_\_\_, domicilié à VÉSENAZ, comparant avec  
élection de domicile en l'étude de Maître Vincent JEANNERET

défendeur

**Siégeant : Doris GALEAZZI-WANGELER, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et  
Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs**

---

### EN FAIT

1. La société X\_\_\_\_\_ SA - était l'une des filiales du groupe Y\_\_\_\_\_ SA -. elle-même détenait diverses participations dans des sous-filiales. Ayant pour but l'exploitation d'une entreprise générale dans les domaines des constructions et ouvrage, elle a été inscrite au Registre du commerce de Genève en date du 28 juin 1989. Elle était affiliée à la CAISSE DE COMPENSATION DE LA SOCIETE SUISSE DES ENTREPRENEURS (ci-après la caisse SSE), pour les cotisations AVS/AI/AC. Elle avait également adhéré à la CAISSE DE COMPENSATION DU BATIMENT DES TRAVAUX PUBLICS ET DE LA GYPSERIE PEINTURE DU CANTON DE GENÈVE (ci-après la caisse du bâtiment ou CCB), pour les autres cotisations sociales.

Selon les statuts de la caisse du bâtiment, un dépôt de garantie effectué à titre de sécurité est exigé de chaque affilié. Il est calculé sur la base du taux fixé chaque année par le conseil de direction en pourcent des salaires payés par l'entrepreneur. Pour la part du dépôt de garantie dépassant 100'000 fr., le membre pouvait remplir son obligation à l'aide d'un acte de cautionnement établi par une banque ou une compagnie d'assurances, valable une année. En l'espèce, X\_\_\_\_\_ a conclu depuis plusieurs années avec la SOCIETE DE BANQUE SUISSE (SBS, devenue UNION DE BANQUE SUISSE, UBS), un contrat de cautionnement pour un montant maximum variable d'une année à l'autre destiné à couvrir le paiement des cotisations. Le cautionnement émis le 21 février 1997 portait sur un montant de 1'520'000 fr.

2. Dès 1994, X\_\_\_\_\_ a rencontré des difficultés financières importantes dues à la mauvaise conjoncture dans le bâtiment, de sorte que ses bilans dès cette date présentent des exercices déficitaires.
3. Le conseil d'administration de Y\_\_\_\_\_ a mandaté XA\_\_\_\_\_ & XB\_\_\_\_\_ SA en mai 1997 afin qu'un diagnostic organisationnel et fonctionnel de l'ensemble du groupe soit posé. Un projet d'assainissement a ainsi été établi le 14 septembre 1997. Il en ressort que Y\_\_\_\_\_ n'a pas de viabilité assurée ni à court ni à moyen terme sans la mise en place d'un plan d'assainissement drastique couvrant tous les domaines d'activité et intégrant toutes les sociétés du groupe, lesquelles sont en situation de surendettement au 31 décembre 1996. Un certain nombre de mesures a été proposé en différentes étapes. Il a été plus particulièrement envisagé la constitution d'un joint-venture avec la société XC\_\_\_\_\_ SA. Dans ce but Y\_\_\_\_\_ et XC\_\_\_\_\_ ont signé une lettre d'intention le 14 juillet 1997. Aucun accord n'est toutefois intervenu et le 11 mars 1998 XC\_\_\_\_\_ a mis fin aux négociations. Le conseil d'administration de X\_\_\_\_\_ s'est réuni le lendemain et a pris la décision de solliciter un sursis concordataire par abandon d'actifs.

- 
4. Un sursis concordataire de six mois a été accordé le 20 mars 1998 par le Tribunal de première instance de la République et Canton de Genève. La caisse SSE a produit les 17 avril et 13 mai 1998 dans le cadre du sursis concordataire une créance de 1'677'448 fr. 70, représentant les charges sociales non payées de janvier à mars 1998, soit des cotisations AVS/AI à hauteur de 1'110'067 fr. 65 et des cotisations conventionnelles à hauteur de 567'381 fr. 05. Le sursis a été prolongé jusqu'au 18 février 1999.
  5. Le 27 mars 1998, la caisse SSE, la caisse du bâtiment et la caisse syndicale ont fait appel au cautionnement de la SBS-UBS. Celle-ci a cependant refusé d'y donner suite, de sorte que les caisses ont introduit auprès du Tribunal de première instance le 28 avril 1998 une demande en paiement. La procédure y relative a été suspendue. Selon la SBS-UBS, ce cautionnement, de même que ceux qui l'avaient précédé du reste, est destiné à couvrir uniquement l'exercice de l'année pendant lequel il a été émis. La validité au 30 mars de l'année suivante, qui figure sur le document de cautionnement, sert uniquement à permettre le règlement des décomptes finaux ayant généralement lieu jusqu'en février de l'année concernée. Dès lors, pour la SBS-UBS, le cautionnement est devenu sans objet puisque tous les montants dus à la caisse pour 1997 ont été payés.

A noter que dans leur demande en paiement, les caisses rappellent que X\_\_\_\_\_ ne s'est pas acquittée des cotisations des mois de janvier, février et mars 1998, que son insolvabilité peut être considérée comme notoire puisqu'elle a obtenu un sursis concordataire, que le cautionnement est de 1'520'000 alors que la dette principale est de 1'668'508 fr. 15, qu'enfin le cautionnement devait prendre fin le 31 mars 1998.

6. Au 14 décembre 1998, le solde actif net de X\_\_\_\_\_ s'élevait à 13'620'796 fr., et les dettes en première classe à 4'297'842 fr., celles colloquées en troisième classe dépassant les 50 millions.
7. Par jugement du 22 juin 1999, le Tribunal de première instance a homologué le concordat par abandon d'actifs présenté aux créanciers. La caisse SSE, la caisse du bâtiment et la CAISSE SYNDICALE DES ENTREPRENEURS DE LA GYPSERIE-PEINTURE ET DECORATION DU CANTON DE GENEVE (ci-après la caisse syndicale) ont produit une créance, qui a été colloquée en troisième classe, pour un montant de 1'656'086 fr. représentant les « cotisations vacances, jours fériés, absences justifiées », ainsi que les « cotisations allocations familiales, cotisations AVS/AI/APG, frais d'administration AVS/AI/APG, cotisations assurance chômage, cotisations caisse maladie, cotisations contributions professionnelles, frais et intérêts » pour la période de janvier à mars 1998 et pour les années 1993 à 1997 (décisions complémentaires après contrôle).

- 
8. Par décisions du 29 octobre 1999, la caisse SSE a réclamé à Messieurs A\_\_\_\_\_, administrateur de X\_\_\_\_\_, B\_\_\_\_\_, directeur et C\_\_\_\_\_, fondé de pouvoir, le paiement d'un montant de 523'429 fr. 50 représentant le dommage subi en raison du non paiement des cotisations paritaires AVS/AI/APG dues par X\_\_\_\_\_ du 1<sup>er</sup> janvier au 31 mars 1998.
  9. Monsieur A\_\_\_\_\_ (ci-après le défendeur), représenté par Me Vincent JEANNERET, Monsieur B\_\_\_\_\_, représenté par Me Pierre de PREUX et Monsieur C\_\_\_\_\_, représenté par Me Jacques ROULET, ont formé opposition le 30 novembre 1999.
  10. L'état de collocation de X\_\_\_\_\_ en liquidation concordataire a été déposé le 26 novembre 1999, révélant un découvert pour les créances en troisième classe de 46'665'006 fr. 20.
  11. Le 23 décembre 1999, la caisse SSE a déposé auprès de la Commission cantonale de recours AVS/AI, alors compétente, une requête visant à la levée des oppositions.
  12. Par jugement du 16 avril 2003, la Commission de recours, après avoir joint les trois causes, a accordé à la caisse SSE la levée des oppositions formées par Messieurs A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ et refusé celle formée par Monsieur C\_\_\_\_\_.
  13. Par jugement du 25 novembre 2003, le Tribunal de céans a déclaré recevables les demandes d'interprétation du jugement de la Commission de recours déposées par Messieurs A\_\_\_\_\_ et B\_\_\_\_\_ et dit que le chiffre 1 du dispositif dudit jugement devait être complété comme suit : « renvoie la cause à la caisse SSE pour nouveau calcul dans le sens des considérants ».

Le 21 octobre 2004, il a rendu un nouveau jugement avec un dispositif identique à celui de son jugement du 25 novembre 2003, celui-ci ayant été annulé par le Tribunal fédéral pour composition irrégulière.

14. Par arrêt du 17 octobre 2006, le Tribunal fédéral a annulé le jugement de la Commission de recours du 16 avril 2003, ainsi que le jugement du Tribunal de céans du 21 octobre 2004. Cela fait, il lui a renvoyé la cause au motif que les faits n'avaient pas été constatés de manière complète notamment sur le montant du dommage dont la réparation était demandée. Il a à cet égard admis en substance :

- que le montant de 523'429 fr. 50 que fait valoir la caisse SSE à titre de dommage subi ne se rapporte pas seulement à des cotisations AVS/AI/APG dues pour la période de janvier à mars 1998, mais a également trait à la période subséquente d'avril à octobre 1998, ainsi qu'au mois de décembre 1993, décembre 1994, décembre 1995, décembre 1996 et novembre et décembre 1997.

- que ce montant comprend également des cotisations à hauteur de 29'261 fr. 25 concernant non pas X\_\_\_\_\_ mais la société X\_\_\_\_\_ SA en sursis concordataire (ci-après XD\_\_\_\_\_).

Le Tribunal fédéral a ainsi reproché au Tribunal de céans de ne pas s'être assuré que le dommage allégué ne se rapportait qu'à des cotisations d'assurances sociales dues par l'employeur dont les organes étaient recherchés et non par un tiers, XD\_\_\_\_\_ étant une personne morale distincte de X\_\_\_\_\_ avec des dettes de cotisations propres, à moins qu'il s'agisse des mêmes personnes et qu'elles soient recherchées alors par la caisse de compensation pour le dommage global. Il appartenait au Tribunal de céans de s'assurer que le dommage allégué par la caisse SSE ne se rapportait qu'à des cotisations d'assurance sociale dues par l'employeur dont les organes étaient recherchés et non par un tiers.

- qu'il y a lieu de déterminer si depuis l'octroi du sursis concordataire, soit depuis le 20 mars 1998, les décisions relatives au paiement des cotisations relevaient ou non de l'unique compétence des commissaires au sursis.
- qu'il n'y a a priori pas de raison d'appliquer à la caisse SSE les statuts des deux autres caisses auxquelles était affiliée X\_\_\_\_\_, s'agissant du dépôt de 100'000 fr. supposé garantir le paiement des cotisations AVS/AI.
- que le fait que la caisse SSE et la caisse du bâtiment sont apparemment administrées conjointement et que la seconde met ses services à disposition de la première - les comptabilités demeurant toutefois séparées - ne suffit pas à établir que le cautionnement émis par la SBS-UBS le 21 février 1997 se rapportait également aux dettes de cotisations de X\_\_\_\_\_ à l'égard de la caisse SSE. On ne saurait en conclure que le dépôt effectué visait à garantir les cotisations sociales prélevées par la caisse SSE, ni par conséquent qu'il puisse être déduit en partie du dommage allégué par celle-ci.
- Que X\_\_\_\_\_ avait le 19 mars 1998 versé la somme de 179'871 fr. 55 à la caisse SSE, mais constate que le virement du 20 mars 1998 pour une somme de 204'958 fr. 80 a été exécuté également en faveur de la caisse du bâtiment. Il y a dès lors lieu de procéder aux constatations nécessaires pour établir de quelle manière les montants versés par X\_\_\_\_\_ en faveur de la caisse SSE et de la caisse du bâtiment ont été répartis pour payer les dettes de cotisations (sociales et

conventionnelles) et si le décompte du 10 décembre 1999 a dûment pris en considération la part portée en compte auprès de la caisse SSE.

15. Le Tribunal de céans a repris l'instance, et par courrier du 31 mai 2007, a requis de la caisse SSE la production de ses statuts/règlements.

16. Les 11 juin 2007 et 29 février 2008, la caisse SSE a fait parvenir au Tribunal de céans les documents suivants :

- le règlement de l'agence 66.2 de Genève de la Caisse de compensation de la société suisse des entrepreneurs (5 décembre 1988),
- le règlement de la caisse de prévoyance sociale de la Chambre syndicale des entrepreneurs de gypserie, peinture et décoration du Canton de Genève (28 avril 1989),
- les statuts et règlement de la Caisse de compensation du bâtiment, des travaux publics et branches annexes du Canton de Genève, Edition 2000 (28 juin 1989),
- les statuts 2003 avec adaptations du 30 juin 2006 de la Société suisse des entrepreneurs (entrée en vigueur le 20 juin 2003 et remplaçant les statuts du 22 juillet 1987),
- les statuts suivant les décisions de l'assemblée générale du 30 mai 2007 de la société suisse des entrepreneurs, section de Genève, Edition 2007.

17. Les parties ont déposé leur liste de témoins le 31 mars 2008.

18. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties et l'audition de témoins le 7 octobre 2008, soit de Messieurs D\_\_\_\_\_, E\_\_\_\_\_, F\_\_\_\_\_ et G\_\_\_\_\_. Une seconde audience a été fixée au 14 octobre 2008, au cours de laquelle ont été entendus Messieurs H\_\_\_\_\_, I\_\_\_\_\_, J\_\_\_\_\_, K\_\_\_\_\_ et Madame L\_\_\_\_\_.

Par télécopie du 13 octobre 2008, Monsieur M\_\_\_\_\_, également cité à comparaître pour le 14 octobre 2008, à la demande des deux parties, s'est excusé. Le mandataire du défendeur a indiqué qu'il renonçait à l'audition de ce témoin, dans la mesure où il avait quitté le groupe X\_\_\_\_\_ à l'automne 1997 déjà. Le mandataire de la caisse SSE a au contraire souhaité qu'elle soit maintenue.

19. Par courrier du 23 novembre 2008, Monsieur N\_\_\_\_\_ a confirmé qu'il avait été désigné co-commissaire puis co-liquidateur des sociétés du groupe X\_\_\_\_\_ avec Monsieur O\_\_\_\_\_, que celui-ci s'occupait plus particulièrement de la comptabilité, des finances, des affaires sociales, des impôts etc..., alors que lui-même assumait les chantiers en cours, la technique et les machines.

20. Messieurs M\_\_\_\_\_ et O\_\_\_\_\_ ont été entendus le 11 novembre 2008.
21. La comparution personnelle des parties a été fixée le 18 novembre 2008, puis reportée au 10 mars 2009.
22. Les déclarations des parties et des témoins lors des audiences des 7 octobre et 11 décembre 2008 et 10 mars 2009 seront reprises dans la partie en droit qui suit en tant que de besoin, de même que les allégués des parties.
23. Par courrier du 6 mars 2009, la caisse SSE a informé le Tribunal de céans qu'elle entendait retirer la demande en paiement dirigée contre Monsieur B\_\_\_\_\_.
24. Par arrêt sur partie du 17 mars 2009, le Tribunal de céans en a pris acte.
25. Les délais initialement accordés aux parties pour les écritures après enquêtes ont été reportés, notamment au motif que les parties étaient en discussion, finalement au 2 décembre 2009 pour la demanderesse, et au 24 février 2010 pour le défendeur.
26. Les parties se sont déterminées dans ces délais.
27. L'audience de plaidoiries initialement prévue le 2 mars 2010 a eu lieu le 20 avril 2010. Par courrier du même jour, la caisse SSE a informé le Tribunal de céans qu'elle renonçait à plaider et ne serait ni présente ni représentée lors de l'audience, estimant avoir pu faire valoir tous ses moyens dans ses différentes écritures et plus particulièrement dans sa détermination du 2 décembre 2009.
28. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

### **EN DROIT**

1. Par arrêt du 17 octobre 2006, le Tribunal fédéral a renvoyé la cause au Tribunal de céans pour instruction complémentaire et nouveau jugement.
2. Le litige porte sur le droit de la caisse SSE de réclamer au défendeur le paiement de la somme de 523'429 fr. 50, à titre de réparation du dommage subi en raison du non paiement des cotisations paritaires AVS/AI dues par X\_\_\_\_\_. Il y a à cet égard lieu de rappeler que la caisse SSE a retiré la demande dirigée contre Monsieur B\_\_\_\_\_ (cf. ATAS du 17 mars 2009).
3. Aux termes de l'art. 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS ; RS 831.10), en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002,

"L'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse de compensation est tenu à réparation."

4. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'art. 52 LAVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur y est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les art. 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 demeure toutefois régi par les dispositions de l'AVS 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 juridiques ou déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1), la connaissance du dommage, les décisions à l'origine du litige et toute la procédure qui a suivi étant antérieures au 1<sup>er</sup> janvier 2003.
5. Aux termes de l'art. 82 RAVS ancienne teneur, 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 tous cas à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du fait dommageable.

La caisse SSE allègue que c'est au plus tôt le 14 décembre 1998, date à laquelle un concordat a été proposé par X\_\_\_\_\_, qu'elle a su qu'elle subirait un dommage, alors que le défendeur considère que la caisse savait dès la publication de l'octroi du sursis, soit dès le 27 mars 1998, qu'un concordat par abandon d'actifs allait suivre et que le dividende concordataire ne pourrait couvrir l'entier de sa créance. Il relève du reste que le même jour, la caisse fXD\_\_\_\_\_it appel au cautionnement de la SBS/UBS. A l'époque, les créances de cotisations AVS étaient colloquées en troisième classe. Or, selon la requête du 16 mars 1998 en sursis concordataire, le dividende de liquidation était estimé entre 10 et 15% en cas de concordat. La caisse SSE ne pouvait dès lors ignorer qu'elle subirait un dommage, et ce bien avant le 14 décembre 1998. Aussi le défendeur conclut-il à la péremption de l'action de la caisse SSE.

Dans son jugement du 16 avril 2003, la Commission de recours avait admis qu'en notifiant sa décision en réparation du dommage le 29 octobre 1999, la caisse SSE avait respecté le délai de péremption d'un an dès la connaissance du dommage.

Le Tribunal fédéral dans son arrêt du 17 octobre 2006 ne s'est pas prononcé sur la question de la péremption. Il a toutefois annulé le jugement du 16 avril 2003, de sorte qu'il convient d'examiner à nouveau si le délai annuel prévu à l'art. 81 al. 1 RAVS a été ou non respecté.



Par moment de la «connaissance du dommage» au sens de l'art. 82 al. 1 RAVS, il faut entendre, en règle générale, le moment où la caisse de compensation aurait dû se rendre compte, en fXD\_\_\_\_\_nt preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances effectives ne permettaient plus d'exiger le paiement des cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (ATF 129 V 195 consid. 2.1, 128 V 17 consid. 2a et les références).

En cas de faillite, le moment de la connaissance du dommage ne coïncide pas avec celui où la caisse connaît la répartition finale ou reçoit un acte de défaut de biens; la jurisprudence considère, en effet, que le créancier qui entend demander la réparation d'une perte qu'il subit dans une faillite connaît suffisamment son préjudice, en règle ordinaire, lorsqu'il est informé de sa collocation dans la liquidation; il connaît ou peut connaître à ce moment-là le montant de l'inventaire, sa propre collocation dans la liquidation, ainsi que le dividende prévisible. Les mêmes principes sont applicables en cas de concordat par abandon d'actifs (ATF 128 V 17 consid. 2a et les références). En cas de refus d'homologation d'un concordat ou de révocation d'un sursis concordataire, les procédures, qui mettent en oeuvre 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 circonstances, il se justifie d'exiger de la caisse qu'elle se montre active, cherche à obtenir des 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 19 consid. 3c). Elle doit s'inquiéter des motifs pour lesquels l'homologation du concordat est finalement refusée par le juge civil. Elle doit se montrer active et curieuse à tout le moins à partir du moment où le dispositif du jugement de refus de l'homologation du concordat a été publié. Le délai de péremption d'un an peut ainsi courir dès ce moment et non pas déjà lorsque l'octroi du sursis est publié (RCC 1995 p. 169).

Dans un arrêt non publié H 433/00, il a eu l'occasion de traiter un cas où le concordat n'avait pas été homologué alors que le commissaire au sursis avait recommandé d'accepter les propositions concordataires de la débitrice. Le TF a estimé que l'éventualité que la caisse de compensation subisse un dommage n'était ni certaine, ni même très vraisemblable et partant, admis qu'après la publication du dispositif du jugement refusant l'homologation, la caisse n'avait pas acquis une connaissance suffisante d'un dommage éventuel pour être en mesure de prendre une décision en réparation.

Dans les cas où il n'y a ni refus ni révocation du concordat, on peut également attendre de la caisse de compensation qu'elle prenne des renseignements après la conclusion du concordat, afin de décider de la marche à suivre. Ce fXD\_\_\_\_\_nt, il ne suffit pas que la caisse ait connaissance du concordat (éventuel); elle doit

pouvoir se faire une idée de l'ensemble des créances produites et des actifs à disposition (arrêt O. du 15 septembre 2004, H 34/04, consid. 5.1 ; ATF H 81/03).

En l'espèce, on ne saurait reprocher à la caisse de n'avoir pas agi dans le délai d'un an dès la publication de l'octroi du sursis. A cette date, elle n'était pas encore en mesure de connaître suffisamment le dommage éventuel pour notifier à ce moment-là déjà une décision fondée sur l'art. 52 LAVS. Il appert de la jurisprudence susmentionnée que le Tribunal fédéral n'exige au surplus pas de la caisse de compensation qu'elle s'inquiète de la situation et qu'elle se montre active à cet égard avant que le concordat soit proposé (cf. également ATF H 57/06).

Dès lors, la décision en réparation du 29 octobre 1999 a été rendue dans le délai d'un an dès la connaissance du dommage.

6. Le montant du dommage correspond à la perte subie par la caisse. Appartiennent à ce montant les cotisations paritaires (cotisations patronales et d'employés ou ouvriers) dues par l'employeur, les contributions aux frais d'administration, les intérêts moratoires, les taxes de sommation et les frais de poursuite (cf. Directives de l'Office fédéral des assurances sociales sur la perception des cotisations n° 6010).

En l'espèce, le dommage subi par la caisse SSE consiste en la perte de la créance qu'elle possédait contre X\_\_\_\_\_, créance représentant les cotisations paritaires AVS/AI restées impayées pour les mois de décembre 1993, 1994, 1995 et 1996, et de novembre et décembre 1997, ainsi que pour la période de janvier à octobre 1998 (cf. ATF du 17 octobre 2006 consid. 4.2.1).

7. Selon le défendeur, le montant du dommage allégué par la caisse SSE comprendrait également des cotisations, à hauteur de 29'261 fr. 25, y compris les frais administratifs AVS, dues par une autre société du groupe Y\_\_\_\_\_, la société XD\_\_\_\_\_. Dans son arrêt du 17 octobre 2006, le TF a relevé qu'il s'agissait-là d'une personne morale distincte de X\_\_\_\_\_, avec des dettes de cotisations propres dont le non-paiement ne saurait être imputé aux organes d'X\_\_\_\_\_, à moins qu'il s'agisse des mêmes personnes et qu'elles soient recherchées alors par la caisse de compensation pour le dommage global.

Madame BURNIER, collaboratrice de la caisse SSE a, lors de son audition du 10 mars 2009, confirmé que les cotisations de 29'261 fr. 25 concernaient bel et bien XD\_\_\_\_\_. Elle a à cet égard déclaré qu' "aucune autre cotisation restait due par la société XD\_\_\_\_\_ SA en dehors des 29'261 fr. 25, raison pour laquelle nous avons englobé ceux-ci dans le montant du dommage. Nous considérons que les deux sociétés étaient les mêmes, il y avait la même gestion. Du reste le paiement était parfois effectué par une société pour les cotisations dues par les deux sociétés."

Il n'est pas contesté que le défendeur est également administrateur d'XD\_\_\_\_\_. Il y a cependant lieu de relever qu'il n'a pas été recherché en tant que tel par la caisse SSE, celle-ci s'adressant à lui en sa qualité d'administrateur d'X\_\_\_\_\_ et en cette qualité seulement pour lui réclamer le 29 octobre 1999 la réparation du dommage qu'elle a fixé à 523'429 fr. 50 (cf. pièce 1, chargé caisse SSE).

On ne saurait dès lors inclure dans le montant du dommage dont la caisse SSE réclame la réparation, et fXD\_\_\_\_\_nt l'objet de la présente procédure, le montant de 29'261 fr. 25, puisqu'il ne représente pas des cotisations AVS/AI dues par X\_\_\_\_\_ (cf. pièce 1b, chargé caisse SSE).

8. a) Le TF a reproché au Tribunal de céans de n'avoir pas examiné de façon circonstanciée la date à laquelle les décisions de cotisations et de rattrapage pour les mois de décembre 1993 à 1997 et novembre 1997 avaient été notifiées à X\_\_\_\_\_ et celle à laquelle les créances étaient devenues exigibles (ATF du 17 octobre 2006 consid. 4.2.2). Le défendeur allègue en effet que dès la date de l'octroi du sursis concordataire, soit le 20 mars 1998, toute décision relative au paiement des cotisations relevait de l'unique compétence des commissaires au sursis. Aussi les cotisations réclamées à X\_\_\_\_\_ et exigibles après le 31 mars 2008 ne sauraient-elles être comprises dans le dommage dont la réparation est demandée au défendeur.

Il est vrai que l'administrateur ne peut plus être considéré comme responsable au sens de l'art. 52 LAVS lorsqu'il n'a plus aucune influence sur la marche des affaires (ATF 115 V 5). Il ne répond ainsi pas du dommage causé en raison du non-paiement des charges sociales dès ce moment, à moins qu'il n'ait provoqué, intentionnellement ou par négligence grave, l'insolvabilité de la société (RCC 1985, 607, consid. 5).

Il y a dès lors lieu d'examiner si les pouvoirs du défendeur ont ou non été restreints dès l'octroi du sursis concordataire.

b) Aux termes de l'art. 298 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP),

<sup>1</sup> Le débiteur peut poursuivre son activité sous la surveillance du commissaire. Le juge du concordat peut cependant prescrire que certains actes ne pourront être valablement accomplis qu'avec le concours du commissaire, ou autoriser le commissaire à poursuivre l'activité de l'entreprise à la place du débiteur.

<sup>2</sup> Sauf autorisation du juge du concordat, il est interdit, sous peine de nullité, d'aliéner ou de grever l'actif immobilisé, de constituer un gage, de se porter caution et de disposer à titre gratuit pendant la durée du sursis.

3 Si le débiteur contrevient à cette disposition ou aux injonctions du commissaire, le juge du concordat peut, sur le rapport de celui-ci, retirer au débiteur le pouvoir de disposer de ses biens ou révoquer le sursis. Le débiteur et les créanciers sont entendus. Les art. 307 à 309 sont applicables."

Le devoir de l'employeur de s'acquitter des cotisations sociales au sens de l'art. 14 LAVS n'est en principe pas modifié par le prononcé d'un sursis concordataire. Le versement des cotisations dues sur les salaires payés n'entre pas dans la catégorie des actes juridiques qui tombent sous le coup des actes prohibés par l'art. 298 al. 2 LP. Par ailleurs, selon la jurisprudence, les montants dus à des institutions de prévoyance sociale à partir de la date du sursis sont des dettes de la masse qui ne sont pas touchées par le concordat et qui peuvent, de ce fait, être immédiatement payées (ATF 100 III 30; RDAT 1999 I n° 71 p. 278; arrêts H 38/01 du 17 janvier 2002 et H 277/97 du 17 mars 1998). A moins que le juge n'en dispose autrement - en application de la seconde phrase de l'art. 298 al. 1 LP -, il appartient donc aux administrateurs de la société de verser les cotisations paritaires dans le cadre de la gestion des affaires courantes, et non au commissaire au sursis. Le fait que celui-ci soit chargé de la surveillance de l'activité de la société au sens de l'art. 298 al. 1 LP et puisse donner des instructions à la direction de la société concernant la priorité des paiements à effectuer ne libère pas les administrateurs, en leur qualité d'organe de la société, de leurs devoirs de surveillance et de contrôle en matière de paiement des cotisations sociales (ATF 9C\_69/2008 ; voir également arrêt H 183/01 du 5 février 2003, consid. 3.3 et les arrêts cités).

En l'espèce, le juge du concordat n'a pas restreint les pouvoirs du défendeur en sa qualité d'organe d'X\_\_\_\_\_.

S'agissant en revanche des instructions données par les commissaires au sursis aux organes de la société, dont le défendeur, sur les modalités de gestion de la société à compter du 20 mars 1998, Monsieur Frédéric O\_\_\_\_\_, commissaire au sursis chargé plus particulièrement des tâches administratives liées au sursis, a indiqué, lors de son audition du 11 novembre 2008 que

"*Le défendeur* a continué à s'occuper de la gestion courante, quotidienne de la société. Il ne pouvait en revanche assumer aucun paiement sans le consentement des commissaires. Nous avons un compte courant "masse" ouvert auprès de la BCG pour toutes les sociétés. La signature d'un des deux commissaires était indispensable. (...) Je me suis opposé au fait que la masse paye des créances antérieures au sursis. Je ne me serais bien évidemment pas opposé à un versement *du défendeur*, de la part pénale par exemple. (...) Je confirme que les cotisations sociales nées après l'octroi du sursis ont été acquittées par la masse au fur et à mesure."

Les commissaires au sursis ont également précisé qu' "aucune instruction spécifique relativement aux cotisations sociales et allocations familiales n'a été donnée."

Il appert de ce qui précède que, s'agissant de la gestion courante, les commissaires au sursis exigeaient des organes d'AGESA qu'ils obtiennent l'accord préalable de l'un d'entre eux avant d'effectuer un paiement. Ils ont à cet égard déclaré que les cotisations nées après le 20 mars 1998 ont été versées.

Ils ont confirmé les déclarations du défendeur selon lesquelles ils avaient donné pour instructions aux organes et employés de la société de ne plus payer aucune créance antérieure au sursis. Monsieur O\_\_\_\_\_ a précisé que "je me suis opposé au fait que la masse paye des créances antérieures au sursis". Il aurait en revanche accepté que le défendeur paye lui-même un éventuel arriéré de la part pénale.

Il n'a pas été établi, ni même allégué du reste, que le défendeur ait sollicité de l'un des commissaires au sursis la possibilité de payer les cotisations AVS/AI/APG/AC encore dues à la caisse SSE, avec les deniers de la société. Il y a cependant lieu de constater que la position arrêtée par les commissaires, selon laquelle la masse ne devait pas s'acquitter des créances antérieures au sursis, avait été clairement formulée. Aucune instruction, qui aurait pu prévoir une exception à ce principe, n'avait été donnée pour les cotisations sociales plus particulièrement. Il importe au surplus de rappeler que le défendeur, se fondant sur la note de service interne établi à sa demande par Messieurs F\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_ le 12 mars 1998, était convaincu de s'être acquitté des cotisations AVS/AI dues par X\_\_\_\_\_ à fin février 1998.

Le défendeur ne pouvant s'acquitter que des dettes sociales courantes de la société après le 20 mars 1998, ce avec l'autorisation d'un des commissaires, et pas des créances nées antérieurement, il y a dès lors lieu d'admettre que sa marge de manœuvre était restreinte. Il a été substitué dans ses attributions légales par les commissaires au sursis de ce point de vue. En conséquence, il faut partir du principe qu'il n'incombait plus au défendeur, durant la période où la faillite était ajournée, de verser les cotisations paritaires afférentes aux salaires payés avant l'octroi du sursis (cf. RDAT 1999 I no 71 p. 278), puisqu'il lui aurait été impossible d'y procéder (ATF H 224/06 ; cf. consid. 3 de l'arrêt M. du 17 janvier 2002, H 38/01).

c) Il importe ainsi de déterminer la date à laquelle les décisions de cotisations pour les mois de décembre 1993 à 1997 et novembre 1997 ont été notifiées à X\_\_\_\_\_ et la date à laquelle les créances sont devenues exigibles.

Il appert du dossier qu'ont été notifiées à X\_\_\_\_\_ des décisions de cotisations complémentaires portant sur les mois de décembre 1993, 1994, 1995, 1996 et 1997 les 24 mars 1998 et 14 avril 1998, soit après l'octroi du sursis, pour un montant de 155'964 fr. 75, des décisions portant sur les cotisations dues pour février

---

1998 pour un total de 77'544 fr. (recte 121'194 fr. 15) qui ne sont exigibles qu'après le 20 mars 1998, et des décisions portant sur les cotisations dues pour mars 1998 pour un total de 94'554 fr. 65 également.

Aussi le montant de 371'713 fr. 55, soit 155'964 fr. 75 + 121'194 fr. 15 + 94'554 fr. 65, doit être également déduit des 523'429 fr. 50.

9. Le TF a relevé qu'apparemment le dépôt de garantie de 100'000 fr. ne pouvait pas être déduit du dommage allégué par la caisse SSE, ce dépôt de garantie étant prévu par les statuts de deux autres caisses auxquelles était affiliée X\_\_\_\_\_ et non pas par ceux de la caisse SSE elle-même (cf. ATF du 17 octobre 2006 consid. 4.2.3).

Madame BURNIER a expliqué que les différentes caisses, soit la caisse SSE, la caisse AF, la caisse gypserie et la caisse bâtiment "ont des statuts et règlements différents, sauf la caisse SSE régie par la LAVS. Les statuts des caisses gypserie et bâtiment, s'agissant des cotisations conventionnelles, prévoient le système de dépôt de garantie. Tel n'est pas le cas de la caisse SSE et de la caisse AF. Ça a toujours été comme cela. Je ne sais pas pour quelle raison la demande en paiement déposée auprès du Tribunal de première instance le 28 avril 1998 l'a été au nom des trois caisses dont la caisse SSE" (PV de CP du 10 mars 2009).

Il apparaît du reste que le dépôt de garantie a été effectué conformément à l'art. 12 des statuts 1989 de la Caisse de compensation du bâtiment, des travaux publics et branches annexes du Canton de Genève (pièce 86 chargé caisse SSE du 2 décembre 2009), d'une part, et à l'art. 10 du règlement de la Caisse de prévoyance sociale établi par la Chambre syndicale des entrepreneurs de gypserie-peinture et décoration du Canton de Genève, d'autre part (pièce 75 chargé caisse SSE du 14 décembre 2001). Il ne l'a pas été en faveur de la caisse SSE. Les statuts de celle-ci ne prévoient pas de dépôt de garantie de la part des employeurs affiliés.

Force dès lors est de constater que le dépôt de garantie ne concerne pas la caisse SSE, de sorte que les cotisations AVS/AI/APG/AC ne sont aucunement couvertes par lui.

10. Le Tribunal fédéral, au vu du contrat de cautionnement sur lequel figure comme seule bénéficiaire la Caisse du bâtiment, a considéré que la caisse SSE ne pouvait en principe pas faire appel elle aussi à ce cautionnement et bénéficier de la garantie prévue. Selon le Tribunal fédéral, le fait que la caisse SSE et la caisse du bâtiment sont apparemment administrées conjointement et que la seconde met ses services à disposition de la première - les comptabilités demeurant toutefois séparées (cf. art. 10 des statuts de la caisse du bâtiment) - ne suffit pas à établir que le cautionnement en question se rapportait également aux dettes de cotisations d'X\_\_\_\_\_ à l'égard de la caisse SSE.

Madame BURNIER a à cet égard expliqué que "nous avons fait appel à la garantie bancaire auprès de la SBS le 27 mars 1998 déjà, dans le but de couvrir les cotisations conventionnelles."

Il appert de ce qui précède que le cautionnement ne couvrait pas les créances en cotisations AVS, la Caisse du bâtiment en faveur de laquelle il avait été établi n'étant pas compétente en matière de prélèvement des cotisations AVS.

On ne saurait dès lors en tenir compte pour le calcul du montant du dommage.

L'existence de ce cautionnement peut en revanche être prise en considération le cas échéant dans le cadre de l'examen de la faute ou de la négligence grave commise ou non par le défendeur. Celui-ci allègue en effet avoir cru que la garantie bancaire valait pour toutes les caisses, et plus particulièrement pour la caisse SSE. Il est vrai que la caisse SSE elle-même a déposé le 28 avril 1998 avec les autres caisses, une demande en paiement dirigée contre la SBS s'agissant du cautionnement.

11. Enfin, s'agissant du montant de 384'830 fr. 35 que le Tribunal de céans, dans son arrêt du 21 avril 2004, avait déduit du dommage, le Tribunal fédéral a considéré qu'il convenait préalablement d'établir de quelle manière les montants versés par X\_\_\_\_\_ en faveur de la caisse SSE et de la Caisse du bâtiment avaient été répartis pour payer les dettes de cotisations (sociales et conventionnelles) et de vérifier si le décompte du 10 décembre 1999 prenait dûment en considération la part portée en compte auprès de la caisse SSE (cf. détermination du 24 février 2010, p. 13).

La caisse SSE rappelle que le montant réclamé au défendeur à titre de réparation du dommage subi, soit 523'429 fr. 50, a été établi déduction faite de ces 384'830 fr. 35. Il n'y a dès lors pas lieu d'en tenir compte deux fois.

Elle a expliqué que le montant de 384'830 fr. 35 avait été réparti de la façon suivante :

<u>X_____</u> n° 2840	CHF 148'185.25
	CHF 28'902.45
	CHF 30'426.20
	CHF 126'588.95
<u>X_____</u> n° 4840	CHF 21'537.60
	CHF 21'215.55
<u>XD_____</u> n° 5840	CHF 6'655.55
	<u>CHF 1'318.80</u>
	CHF 384'830.35

Il y a lieu de constater qu'une somme de 7'974 fr. a été attribuée à XD\_\_\_\_\_.

Il résulte par ailleurs des tableaux répertoriés sous pièces 83, 84 et 85 du chargé caisse SSE que 154'936 fr. 20 ont été répartis entre d'autres caisses que la caisse SSE, de sorte que le versement affecté à celles-là a servi à payer des cotisations conventionnelles.

Il s'agit dès lors non pas de déduire deux fois le montant versé, comme le craignait la caisse SSE, mais de déterminer si celle-ci était fondée à répartir comme elle l'a fait la somme reçue.

Le défendeur allègue à cet égard avoir manifesté sa volonté d'affecter les 384'830 fr. 35 sur le compte de X\_\_\_\_\_ et pour la caisse SSE. Il ne comprend pas à cet égard pour quelle raison celle-ci a ventilé différemment ladite somme.

Madame BURNIER de la caisse SSE a expliqué, lors de son audition le 10 mars 2009, que "je répète que j'ai procédé à la ventilation des montants versés par les sociétés sur la base des instructions qu'elles m'ont données (...) Le compte figurant sur le BVR est le compte commun aux quatre caisses. Dès réception du montant, celui-ci est ventilé. Si le montant reçu est plus élevé, la différence couvre en premier lieu les cotisations conventionnelles et la LPP, à moins que nous ayons reçu des instructions précises de l'entreprise, plus particulièrement pour la part pénale. Si l'entreprise indique le nom d'une caisse, le versement ira à cette caisse (...). X\_\_\_\_\_ a versé 179'871 fr. 55 à la caisse du bâtiment le 20 mars 1998 (pièce 37 chargé du 11 mars 2002). Le montant de 177'087 fr. a été ventilé entre plusieurs caisses et entre X\_\_\_\_\_ et XD\_\_\_\_\_. Les instructions n'ont malheureusement pas été conservées, elles pouvaient être données par fax."

Il y a lieu de rappeler que la somme de 384'830 fr. 35 a été versée le 20 mars 1998 en deux temps, soit 179'871 fr. 50 représentant les cotisations dues pour le mois de janvier 1998 selon la note de service interne du 12 mars 1998 et 204'958 fr. 80 représentant les cotisations dues pour le mois de février 1998 selon la même note de service.

L'ordre de paiement du 19 mars 1998 concernant le montant de 179'871 fr. 50 a été donné par X\_\_\_\_\_, à valoir pour les cotisations du mois de janvier 1998, pour l'entreprise 2840, et adressé à la "Caisse de compensation Genève" (cf. pièce 25 chargé complémentaire du 7 février 2000 défendeur). De l'avis de débit daté du 20 mars 1998, il résulte que la somme de 204'958 fr. 80 a été versée aux "Caisses de compensation du bâtiment, des travaux publics et de la gypserie-peinture du Canton de Genève AVS/AI/APG" (cf. pièce 26 chargé complémentaire du 7 février 2000 défendeur).

Le Tribunal de céans constate en conséquence que la somme de 179'871 fr. 55 versée le 20 mars 1998 avec la mention "à valoir sur janvier 1998 (2840)" se réfère expressément à la note de service établie par Messieurs P\_\_\_\_\_ et H\_\_\_\_\_ le 12 mars 1998 de laquelle il ressort que reste précisément due, au titre des



---

cotisations AVS/AI, part salariale, pour janvier 1998, cette même somme. La caisse SSE ne pouvait ainsi manquer de comprendre que X\_\_\_\_\_ entendait s'acquitter de la part pénale des cotisations AVS, même s'il est indiqué sur l'ordre de paiement comme bénéficiaire "Caisse de compensation Genève".

A cet égard, le défendeur a expliqué que "la note de service du 12 mars 1998 a été établie à ma demande sur recommandation du conseil d'administration du Groupe. "Caisse de compensation" est indiqué au singulier. Je ne m'étais pas posé la question à l'époque de savoir s'il y avait plusieurs caisses. Ce que je savais c'est que la société recevait une décision avec un montant global à payer. Je n'ai pas contesté le montant indiqué sur la note de service, soit 585'743 fr. 95, dont 384'830 fr. 35 pour l'entier de la part pénale des cotisations AVS/AI."

Les 204'958 fr. 80 représentant les cotisations AVS/AI, part salariale, dues pour février 1998 selon le décompte interne du 12 mars 1998 ont été versés aux "Caisses de compensation du bâtiment, des travaux publics et de la gypserie-peinture du Canton de Genève AVS/AI/APG Genève". Là aussi, à réception du versement, la caisse SSE ne pouvait que comprendre que ce montant précis correspondait aux cotisations AVS, étant au surplus expressément mentionné "AVS/AI/APG".

Force dès lors est de constater que l'intégralité du montant versé n'a, à tort, pas été mise sur le compte de X\_\_\_\_\_ pour la caisse SSE, puisque 7'974 fr. ont été attribués à XD\_\_\_\_\_ d'une part, et 154'936 fr. 20 aux autres caisses d'autre part, et de déduire les 162'910 fr. 20 (154'936 fr. 20 + 7'974 fr.) du montant du dommage allégué par la caisse SSE.

12. Il y a lieu de procéder à la récapitulation de ce qui précède afin de recalculer le montant du dommage de 523'429 fr. 50. Du montant allégué par la caisse SSE, il convient de déduire :

29'261 fr. 25 (cf. consid. 7 ci-dessus)  
155'964 fr. 75 (cf. consid. 8c) ci-dessus)  
121'194 fr. 15 (cf. consid. 8c) ci-dessus)  
94'554 fr. 65 (cf. consid. 8c) ci-dessus)  
162'910 fr. 20 (cf. consid. 11 ci-dessus)  
563'885 fr. 00

Il résulte de ce récapitulatif un solde négatif, de sorte qu'il n'y a aucun dommage dont la caisse SSE puisse demander la réparation au défendeur.

Le défendeur obtenant gain de cause, une indemnité de 5'000 frs. lui sera accordée à titre de dépens (art. 89H al. 3 LPA).



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

**Statuant**

**A la forme :**

1. Déclare la demande recevable.

**Au fond :**

2. La rejette.
3. Condamne la demanderesse à verser au défendeur une indemnité de 5'000 fr. à titre de dépens.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Nathalie LOCHER

Doris GALEAZZI-  
WANGELER

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