

# **BGE 119 V 401**

Bundesgericht (BGE), 1993-09-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_119 V 401](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_119_V_401)

FR: ATF 119 V 401

IT: DTF 119 V 401

## **Regeste**

Regeste Art. 52 AHVG: Adäquater Kausalzusammenhang: Verhältnis zwischen der grobfahrlässigen Verletzung der Vorschriften und dem Eintritt des Schadens. Rechtsanwalt, der Geschäftsführer einer bereits insolventen Aktiengesellschaft wird. Keine Ersatzpflicht aus Art. 52 AHVG für den Schaden, der der Ausgleichskasse vor dem Eintritt des Anwalts in den Verwaltungsrat entstanden ist, weil der Schaden bereits eingetreten war und der Geschäftsführer daran nichts ändern konnte. Hingegen Schadenersatzpflicht bejaht für den Schaden ab Eintritt in den Verwaltungsrat.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

(Pouvoir d'examen)

### **E. 2**

En vertu de l' art. 52 LAVS , 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. Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom ( ATF 118 V 195 consid. 2a et les références).

### **E. 3**

Les premiers juges se sont fondés sur le rapport d'expertise sollicité par le juge du sursis concordataire pour conclure à une négligence grave de J. A. et de W. V., lesquels ne pouvaient plus espérer un redressement quelconque de K. S.A. Selon la juridiction cantonale, J. A. avait le devoir fondamental de veiller à ce que l'entreprise détînt et conservât des actifs qui fussent disponibles ou réalisables dans des délais dépendant de la nature des passifs. Que tout ou partie de la créance de la caisse eût pris naissance à une époque où celui-ci n'était pas encore en fonction importait peu, attendu qu'il avait lui-même l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour éviter la survenance d'un dommage. Aussi les premiers juges ont-ils retenu une responsabilité solidaire de chacun des deux administrateurs susmentionnés, notamment parce qu'ils avaient tardé à faire constater que K. S.A. n'était plus en mesure de poursuivre ses activités.

### **E. 4**

Il est établi que J. A. et W. V. ne pouvaient plus espérer un redressement quelconque de la situation dans laquelle se trouvait K. S.A. Cela résulte du rapport d'expertise précité, sur lequel se fonde le jugement entrepris. A cet égard, les premiers juges mentionnent que, selon l'expert, la société avait enregistré des pertes d'exploitation continues depuis 1986, que sa situation financière imposait dès cette époque l'application de l' art. 725 CO , que les

pertes comptables s'élevaient en 1989 à 4'500'000 francs, et que la situation BGE 119 V 401 S. 406 établie au 31 juillet 1990 faisait ressortir un passif privilégié (2e classe) de 1'400'000 francs environ. Pour autant, cela ne signifie pas que le recourant a commis une négligence grave en relation de causalité adéquate avec l'intégralité du dommage retenu par les premiers juges, d'un montant de 40'680 fr. 20. a) La responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS suppose un rapport de causalité adéquate entre la violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions et la survenance du dommage (MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, vol. II, p. 70 ad let. f; KNUS, Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV, thèse Zurich 1989, p. 58/59; FRÉSARD, La responsabilité de l'employeur pour le non-paiement de cotisations d'assurances sociales selon l'art. 52 LAVS, in Revue Suisse d'Assurances, 1987 p. 11). Selon la jurisprudence, la causalité est adéquate si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance (ATF 118 V 290 consid. 1c et les références). b) Lorsque, le 16 juillet 1990, le recourant fut inscrit au registre du commerce comme administrateur de K. S.A., il ne pouvait éviter la survenance d'un dommage déjà existant au sens de l'art. 52 LAVS. Qu'il eût, en sa qualité de nouvel administrateur de K. S.A., le devoir fondamental de veiller à ce que l'entreprise défînt et conservât des actifs qui fussent disponibles ou réalisables dans des délais dépendant de la nature des passifs, ne change rien au fait qu'un dommage, susceptible de s'aggraver, préexistait. En effet, il ressort du rapport de l'organe de contrôle, du 5 juin 1990, que l'endettement de K. S.A. était tel qu'un bilan intérimaire devait être dressé immédiatement et qu'il y avait lieu, le cas échéant, d'informer le juge que l'actif ne couvrait plus les dettes. C'est là un indice que ladite entreprise était déjà insolvable à cette époque-là. Bien plus, pareille situation n'était pas susceptible de s'améliorer: parmi les quatre chèques de 40'000 francs tirés sur la banque C., trois furent refusés par cet institut bancaire, lequel était, avec la banque U., l'un des principaux créanciers de K. S.A. Du reste, l'ultime solution envisagée par le conseil d'administration de la société, lors de sa séance du 5 septembre 1990 et consistant dans une demande de crédit sous la forme d'un leasing de 1'700'000 francs, échoua, faute BGE 119 V 401 S. 407 de garanties bancaires. Cela amena ladite société à se déclarer insolvable le 10 septembre 1990. Or, lorsque le recourant est entré au conseil d'administration de K. S.A., l'arriéré de cotisations AVS/AI/APG/AC était important. Le solde de 98'456 fr. 55 dû pour 1989, selon décompte du 2 mars 1990, avait fait l'objet d'un commandement de payer, du 2 avril 1990, auquel la société avait fait opposition totale. L'encaissement du forfait de 28'000 francs pour janvier 1990 avait donné lieu à la réquisition de poursuite no 9505 et au commandement de payer du 26 avril 1990, frappé d'opposition totale. Le plan de paiement du 2 mai 1990, relatif aux cotisations dues jusqu'à avril 1990, n'avait pu être respecté, la débitrice s'étant bornée à verser 28'000 francs le 21 mai 1990 et à envoyer à l'intimée, par courrier du 8 juin 1990, quatre chèques bancaires postdatés d'un montant de 40'000 francs chacun, dont seul le premier, daté du 30 juin 1990, fut honoré le 9 juillet 1990 par la banque C. Il est ainsi établi que lorsque le recourant est devenu administrateur de K. S.A., celle-ci était insolvable et qu'un dommage au sens de l'art. 52 LAVS avait déjà été causé à l'intimée. Ce qu'il pouvait uniquement tenter d'éviter, c'est que ce dommage ne s'aggrave encore jusqu'au moment de la faillite. Pour ce faire, il aurait dû immédiatement provoquer celle-ci, en raison de la situation financière désespérée de la société. c) On ne saurait dès lors tenir le recourant pour responsable du dommage préexistant à son arrivée au sein du conseil d'administration de K.

S.A., qu'il n'a pas contribué à causer (KNUS, op.cit., p. 18, et note no 43). Que le recourant soit devenu administrateur de K. S.A. n'est pas, en effet, en relation de causalité adéquate avec le fait que cette entreprise était insolvable et qu'un dommage au sens de l'art. 52 LAVS avait déjà été causé à l'intimée. A cet égard, le présent cas doit être distingué de ceux, plus fréquents, qui concernent la responsabilité solidaire des membres du conseil d'administration d'une entreprise, lesquels répondent solidairement non seulement des cotisations d'assurances sociales courantes, mais également de la dette de cotisations échue pendant la période antérieure à l'entrée d'un nouveau membre dans le conseil d'administration. En effet, selon la jurisprudence, le nouvel administrateur a le devoir de veiller tant au versement des cotisations courantes qu'à l'acquittement des cotisations arriérées, qui sont dues pour la période où il ne faisait pas encore partie du conseil BGE 119 V 401 S. 408 d'administration, car il y a dans les deux cas un lien de cause à effet entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations (RCC 1992 p. 269 ad consid. 7b). Toutefois, la question du lien de causalité entre l'inaction d'un administrateur et le non-paiement de cotisations arriérées ne se pose pas, lorsque, comme en l'espèce, un dommage au sens de l'art. 52 LAVS préexiste, parce que la société était déjà insolvable avant l'entrée du nouveau membre au conseil d'administration. d) En revanche, le recourant a commis une négligence grave, en acceptant de devenir administrateur de K. S.A. à ce moment-là, et cela indépendamment du point de savoir s'il avait ou non connaissance du rapport de l'organe de contrôle du 5 juin 1990. Sa négligence est d'autant plus grave qu'il était censé, en tant qu'avocat d'affaires, connaître le régime de la responsabilité de l'employeur pour le non-paiement des cotisations d'assurances sociales et de la responsabilité subsidiaire de l'organe qui agit en son nom, ce qui aurait dû l'inciter à n'accepter le mandat d'administrateur qu'avec la plus grande circonspection, vu les circonstances et notamment la démission de l'administrateur P. G., représentant de la banque U. La négligence grave du recourant est en relation de causalité adéquate avec l'aggravation, à partir du 16 juillet 1990, du dommage préexistant (KNUS, op.cit., p. 59). A cet égard, ce dommage s'est aggravé du fait que les cotisations ont continué de courir au-delà de cette date, de même que les intérêts moratoires. En revanche, la créance de cotisations de l'intimée pour les salaires non déclarés en 1988 et 1989 était un élément du dommage préexistant, ladite créance étant irrécouvrable en raison de l'insolvabilité de K. S.A. Que le contrôle d'employeur des 19 et 31 octobre 1990 et la décision y relative, du 10 décembre 1990, aient eu lieu après que le recourant fut devenu membre du conseil d'administration de cette entreprise, n'y change rien, car la créance était déjà irrécouvrable auparavant. Cela vaut également pour les cotisations dues sur les salaires non déclarés jusqu'au 16 juillet 1990. e) Il s'ensuit que le recourant ne porte pas la responsabilité de la totalité du dommage fixé par les premiers juges à 40'680 fr. 20. En effet, selon l'intimée, cette somme correspond aux créances de cotisations pour juillet 1990 et les mois suivants, aux créances d'intérêts moratoires et aux créances de cotisations sur les salaires non déclarés, qui ont fait l'objet des contrôles d'employeur des 19 et 31 octobre, et 17 décembre 1990. C'est dire que le montant de 40'680 fr. 20 BGE 119 V 401 S. 409 comprend des éléments du dommage préexistant, qui ne sont pas imputables au recourant. Cela étant, le jugement entrepris doit être annulé et la cause renvoyée à la juridiction cantonale pour qu'elle fixe, à la lumière de ce qui précède, le montant du dommage dont le recourant est solidairement responsable.

## **E. 5**

(Frais et dépens)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.