

# **BGE 108 V 189**

Bundesgericht (BGE), 1982-01-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_108\\_V\\_189](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_108_V_189)

FR: ATF 108 V 189

IT: DTF 108 V 189

## **Regeste**

Regeste Art. 52 AHVG. Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers. In casu bejaht, weil keine Rechtfertigungs- bzw. Exkulpationsgründe nachgewiesen (Erw. 2, 4). Art. 81 AHVV. - Art. 81 Abs. 3 AHVV ist gesetzmässig. Der Sozialversicherungsrichter kann einen kraft des Art. 81 Abs. 2 erhobenen Einspruch nicht aufheben, wenn die Ausgleichskasse den in Art. 81 Abs. 3 vorgesehenen Klageweg nicht beschritten hat. Dieser Weg ist nur der Kasse vorbehalten; keine andere Behörde kann sie ersetzen und an ihrer Stelle handeln (Erw. 3). - Haften mehrere Schuldner solidarisch untereinander, so hat die Kasse die Wahl, entweder alle Schuldner zu belangen oder einen einzigen von ihnen; um die internen Beziehungen der Haftpflichtigen hat sie sich nicht zu kümmern (Erw. 3). - Nach Ablauf der Frist des Art. 81 Abs. 3 kann die Kasse ihre Forderungen nicht mehr erhöhen (Erw. 6).

Regeste Art. 52 LAVS. Obligation de l'employeur de réparer le dommage. In casu admise, des motifs de nature à justifier ou à excuser le comportement de l'intéressé n'ayant pas été établis (consid. 2, 4). Art. 81 RAVS. - L'art. 81 al. 3 RAVS est conforme à la loi. Le juge des assurances sociales ne peut lever une opposition formée en vertu de l'art. 81 al. 2 alors que la caisse de compensation n'a pas ouvert l'action prévue à l'art. 81 al. 3. Cette action appartient en propre à la caisse; aucune autre autorité ne peut se substituer à elle et procéder à sa place (consid. 3). - En cas de solidarité entre une pluralité de débiteurs, la caisse a le choix de rechercher tous les débiteurs ou un seul d'entre eux; elle n'a pas à se soucier des rapports internes entre les coresponsables (consid. 3). - Après l'expiration du délai de l'art. 81 al. 3, la caisse ne peut pas augmenter ses prétentions (consid. 6).

Regesto Art. 52 LAVS. Obbligo del datore di lavoro di risarcire il danno. In casu ammesso non essendo stati provati motivi di giustificazione o di discolta (consid. 2, 4). Art. 81 OAVS. - L'art. 81 cpv. 3 OAVS è conforme alla legge. Il giudice delle assicurazioni sociali non può togliere l'opposizione fatta in virtù dell'art. 81 cpv. 2 se la cassa di compensazione non ha promosso l'azione prevista dall'art. 81 cpv. 3. Detta azione è riservata alla cassa; nessun'altra autorità può surrogarla e procedere in sua vece (consid. 3). - Nel caso di solidarietà tra più debitori alla cassa spetta la scelta di convenire tutti i debitori oppure uno solo di essi; né si deve preoccupare dei rapporti interni dei coresponsabili (consid. 3). - Scaduto il termine dell'art. 81 cpv. 3 la cassa non può aumentare le sue pretese (consid. 6).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Etant donné que les deux recours concernent des faits de même nature et sont dirigés contre le même jugement, il se justifie de les réunir et de les liquider dans un seul arrêt (v. p.ex. ATF 105 V 129 consid. 2b et arrêts cités).

### **E. 2**

Lorsque ce droit dérive d'un acte punissable soumis par le Code pénal à un délai de prescription de plus longue durée, ce délai est applicable." Par "fait dommageable", au sens de l'alinéa 1 in fine précité, il faut entendre la survenance du dommage ( ATF 103 V 122 consid. 4, ATFA 1957 p. 222-226 consid. 3, RCC 1973 p. 78 consid. 2). Dans le cas de cotisations non versées et périmées en vertu de l' art. 16 LAVS , la date de la survenance du dommage est celle de l'avènement de la péremption ( ATF 98 V 28 consid. 4, ATFA 1961 p. 230 consid. 2, 1957 p. 222-226 consid. 3). e) L'obligation imposée par l' art. 52 LAVS à l'employeur fautif de réparer le dommage causé à la caisse de compensation s'étend, lorsque l'employeur est une personne morale, aux personnes qui ont agi en son nom; le juge des assurances sociales est compétent pour statuer sur la décision de dommages-intérêts, qu'elle soit prise contre la personne morale ou contre ses représentants; les art. 754 CO BGE 108 V 189 S. 195 et 55 al. 3 CC sont alors inapplicables; quant aux art. 41 ss CO , le Tribunal fédéral des assurances a laissé la question indécise ( ATF 103 V 120 , ATF 96 V 124 ). Lorsque plusieurs représentants ont causé ensemble le dommage, ils en répondent solidairement. Le Tribunal fédéral des assurances en a jugé ainsi soit tacitement ( ATF 103 V 120 ) soit expressément mais sans le motiver (arrêt non publié Müller et Nyffeler du 21 novembre 1978). WINZELER arrivait à la même solution par l'application analogique de l' art. 50 CO (Die Haftung der Organe und der Kassenträger in der AHV, thèse Zurich 1952, p. 66). Cette motivation paraît juste, mais il n'est sans doute pas inadmissible de raisonner aussi - par analogie également - sur l' art. 759 CO (cf. ATF 96 V 125 al. 2).

### E. 3

En l'occurrence, la caisse de compensation a ouvert action contre deux administrateurs, K. et P., mais n'a pas procédé en justice contre leur collègue, L. La commission cantonale de recours s'est saisie d'office du cas de ce troisième administrateur, en soutenant en substance qu'une application cohérente des art. 52 LAVS et 81 al. 3 RAVS exige que, lorsque plusieurs représentants d'une société anonyme sont impliqués dans la gestion que la caisse critique, ils soient tous attaqués devant la juridiction cantonale. L'Office fédéral des assurances sociales objecte que cette thèse se heurte au texte clair de l' art. 81 al. 3 RAVS , selon lequel la caisse est déchue de ses droits (à la réparation du dommage) si elle n'ouvre pas action dans les 30 jours en vue de faire lever l'opposition du prétendu débiteur; il propose donc de libérer L., tout en maintenant la condamnation prononcée contre les deux autres administrateurs solidairement entre eux. Il est exact que l' art. 81 RAVS confère aux caisses de compensation un pouvoir de décision dont l'ampleur semble à première vue excessive au regard du principe de la responsabilité de l'employeur établi par l' art. 52 LAVS . La Cour plénière, à qui cette question a été soumise, a cependant constaté que l' art. 81 RAVS était conforme à la loi et que le juge des assurances sociales ne pouvait lever une opposition formée, conformément à l' art. 81 al. 2 RAVS , par un employeur contre lequel la caisse de compensation n'a pas ouvert l'action prévue à l' art. 81 al. 3 RAVS . Si la caisse omet de procéder en justice, aucune autre autorité ne peut se substituer à elle et ouvrir action à sa place. Certes, en décidant si elle attaquera un employeur, et quelles personnes elle mettra en cause, la caisse devra respecter le principe de l'égalité des justiciables dans l'application de la loi (dans ce sens: BGE 108 V 189 S. 196 SOMMERHALDER, Die Rechtsstellung des Arbeitgebers in der AHV, thèse Zurich 1958, p. 78 ss). Cependant, en cas de solidarité entre une pluralité de débiteurs, elle jouit d'un concours d'actions et le rapport interne entre les coresponsables ne la concerne pas; si elle ne peut prétendre qu'une seule fois la réparation, chacun des débiteurs répond envers elle de l'intégralité du dommage et il lui est loisible de rechercher tous les débiteurs, quelques-uns ou un seul d'entre eux, à

son choix. Or, force est de constater que la caisse de compensation n'a actionné que les anciens administrateurs K. et P.; c'est donc à tort que les premiers juges se sont saisis du cas de L., envers qui la caisse n'avait plus aucun droit, faute d'avoir attaqué son opposition dans les délais et selon la procédure prévue à l' art. 81 al. 3 RAVS . Cela étant, le recours de L. doit être admis et le jugement attaqué annulé en conséquence. Au demeurant, la Cour de céans n'a pas à connaître des rapports internes entre les anciens administrateurs d'une société anonyme.

#### **E. 4**

Les cotisations paritaires que l'employeur X SA en faillite est hors d'état de payer sont celles de juillet 1976 à février 1978. Le bilan arrêté au 31 décembre 1976 indiquait au passif, sous la rubrique "charges sociales dues", une dette de 87'348 fr. 95 à l'égard de la Caisse cantonale genevoise de compensation. Dans son rapport du 14 juillet 1977, l'organe de contrôle se montrait pessimiste et terminait en attirant l'attention des administrateurs sur l' art. 725 CO concernant l'avis obligatoire au juge en cas de diminution du capital et d'insolvabilité. De janvier 1976 à février 1978, la société a certes payé des cotisations arriérées, mais elle a accumulé de nouveaux retards et retenu à partir de juillet 1976 des cotisations d'employés qu'elle n'a ni complétées de ses propres cotisations ni versées. L'administrateur occupé à plein temps, K., a commis une faute grave en laissant délibérément en souffrance, avant juillet 1976 déjà, les créances de la caisse de compensation et en continuant malgré le résultat de l'exercice 1976 une exploitation déficitaire. Il déclare avoir fait passer avant le paiement des cotisations AVS/AI/APG les dépenses qu'il croyait aptes à assurer la survie de la société. C'est précisément ce qu'il n'avait pas le droit de faire: l'assurance sociale n'a pas à courir les risques inhérents au financement d'une entreprise. Il peut certes arriver qu'en retardant le paiement des cotisations AVS/AI/APG, l'employeur parvienne à maintenir son entreprise en vie, par exemple lors d'une passe délicate dans la trésorerie. Mais il faut alors, pour que son BGE 108 V 189 S. 197 comportement ne tombe pas ultérieurement sous le coup de l' art. 52 LAVS , qu'il soit établi avec un haut degré de vraisemblance qu'au moment où l'employeur a pris cette décision, le non-paiement des cotisations était, selon une appréciation raisonnable, objectivement indispensable à la survie de l'entreprise ou, en tout cas, de nature à permettre à cette dernière d'acquitter des créances de salaire colloquées en première classe selon l' art. 219 al. 4 LP ( ATF 108 V 187 consid. 2). Or, rien de tel n'est établi en l'occurrence, car même si K. avait, comme il le prétend, des raisons de croire à la possibilité d'un redressement de la situation, sa faute reste grave, attendu qu'il devait aussi craindre sérieusement un échec. Cela ressort du dossier avec une telle évidence que les motifs invoqués ne sont pas pertinents. La responsabilité du recourant est donc engagée, conformément aux normes légales et jurisprudentielles exposées sous ch. 2 ci-dessus. L'administrateur "externe" P. s'est certes alarmé de la situation de la société et a exhorté son collègue K. à payer les cotisations des assurances sociales. Il consentit, en septembre 1977, un prêt de 40'000 fr. à la société, qui ne le lui a pas remboursé, pour lui permettre de faire face à des engagements pressants; il dit avoir demandé qu'une part importante de ces fonds soit versée à l'AVS, ce qui d'ailleurs ne fut fait qu'à concurrence de 3'000 fr. Mais il n'a pris aucune mesure en vue de mettre réellement fin à la gestion illicite qu'il déplorait. Il n'allègue rien à cet égard qui eût justifié ou excusé son comportement. Par conséquent, il s'est associé à la continuation d'une entreprise hasardeuse, financée sans droit, indirectement et en partie, par l'assurance sociale. Il a ainsi commis, lui aussi, une faute grave, qui engage sa responsabilité.

## **E. 5**

Le dommage dont la caisse de compensation est en droit de demander réparation équivaut à la somme des cotisations que la masse en faillite de l'employeur n'a pu lui payer. D'après l'état de collocation, il s'agit de 99'580 fr. 95, frais de recouvrement compris. Ce montant correspond à celui de l'acte de défaut de biens délivré le 26 février 1980 à la créancière par l'Office des faillites. La commission cantonale de recours l'a retenu, comme résultant des déclarations de salaire de l'employeur, bien que K. eût allégué que lesdites déclarations contenaient plusieurs erreurs, dont la rectification diminuerait le montant des salaires déterminants de sorte que le solde des cotisations arriérées se réduirait de 11'921 fr. 85. Aux termes de l' art. 105 al. 2 OJ , lorsque le recours est dirigé BGE 108 V 189 S. 198 contre la décision d'une commission de recours, le Tribunal fédéral est lié par les faits constatés dans la décision, sauf s'ils sont manifestement inexacts ou incomplets ou s'ils ont été établis au mépris de règles essentielles de procédure. Cette disposition s'applique en vertu de l' art. 132 OJ au Tribunal fédéral des assurances, quand il statue sur un litige qui ne concerne pas des prestations d'assurance. Une des règles essentielles de la procédure en matière d'assurance sociale est que le juge établisse d'office les faits déterminants, quitte à requérir à cette fin le concours des parties (RCC 1979 p. 79 consid. 2b et les arrêts cités). Dans le cas particulier, K. avait cité, dans une lettre qu'il avait adressée le 18 juillet 1979 à la caisse de compensation, des exemples précis d'erreurs dans les déclarations de salaire de la société. Le premier juge a contrevenu à la règle précitée en n'instruisant pas sur ces allégations avant de rendre son jugement, le 24 janvier 1980. Dans leur recours de droit administratif, K. et P. allèguent et prouvent, avec pièces à l'appui, qu'une somme de 10'091 fr. 70 comprise dans le total des salaires déterminants résultant des déclarations critiquées, figure aussi dans l'état de collocation établi par l'Office des faillites comme n'ayant pas été payée aux salariés en cause. La caisse de compensation admet l'existence de cette contradiction, mais, estime-t-elle, il n'est pas certain que ce soit son acte de défaut de biens qui soit inexact: ce pourraient tout aussi bien être les rubriques de l'état de collocation relatives aux créances de salaire en question. Le Tribunal fédéral des assurances pourrait faire compléter l'instruction sur ce point. La Cour de céans est cependant d'avis qu'il faut accorder plus de poids aux productions individuelles des salariés qu'à la production que la caisse de compensation fondait sur des récapitulations émanant d'une société dont l'administration n'était pas un modèle de précision, si l'on en croit l'organe de vérification des comptes. Dès lors, elle admet que la somme des cotisations impayées soit réduite de 10'091 fr. 70 et ramenée ainsi à 89'489 fr. 25.

## **E. 6**

Après l'expiration du délai de l' art. 81 al. 3 RAVS , la caisse de compensation a augmenté le montant de ses prétentions contre P. Elle a ouvert action en vue de faire lever l'opposition formée par ce dernier contre la décision le sommant de payer 86'518 fr. 80, puis a déclaré en cours de procès qu'elle aurait dû réclamer 99'580 fr. 95. Ce procédé était inadmissible. En effet, les termes "sous peine de déchéance" figurant à l' art. 81 al. 3 RAVS excluent BGE 108 V 189 S. 199 toute action présentée après le délai prévu; il en va ainsi de l'augmentation des conclusions en cause. Dès lors, comme seule la somme primitivement réclamée peut être exigée de P., celui-ci ne répondra solidairement avec K. que jusqu'à concurrence de 86'518 fr. 80, ce dernier étant seul responsable de la différence entre ce montant et celui du dommage s'élevant à 89'489 fr. 25, à savoir 2'970 fr. 45. Dispositiv

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