

## **GE\_GERICHTE ATAS/278/2007 vom 15. März 2007**

GE Cour de justice, 2007-03-15, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_278\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_278_2007)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/278/2007 du 15 mars 2007

IT: GE\_GERICHTE ATAS/278/2007 del 15 marzo 2007

### **Regeste**

Résumé: La question qui se pose est celle de savoir si une institution de prévoyance peut compenser les cotisations dues par l'ex-administrateur d'une société faillie affiliée auprès d'elle avec la prestation de sortie due à celui-ci. La compensation est possible. S'agissant de la responsabilité de l'ex-administrateur, il y a lieu de relever que bien que la responsabilité selon l'art. 754 CO soit fondée sur un manquement aux devoirs, la jurisprudence relative à l'art. 52 LAVS peut en principe être appliquée.

### **Erwägungen**

#### **E. 9**

Il convient à ce stade d'examiner si l'art. 39 al. 2 LPP s'applique ou non au cas d'espèce. 9a) Dans un arrêt paru in ATF 128 V 124, le TFA a eu à se prononcer sur le principe de la compensation invoqué par l'institution de prévoyance à laquelle l'employeur avait cédé sa créance relative à la part de cotisations non prélevées sur les salaires versés à l'intéressé. Le TFA a à cette occasion rappelé que même si l'assuré devait voir son salaire réduit de sa part de cotisations, l'employeur seul apparaissait comme étant le débiteur à l'égard de l'institution de prévoyance de l'ensemble des cotisations. Celle-ci ne peut en effet réclamer le paiement des cotisations qu'à l'employeur et non à l'assuré. La Haute Cour a dans cet arrêt appliqué l'art. 39 al. 2 LPP s'agissant de créances cédées par l'employeur à l'institution de prévoyance et dit que le droit aux prestations ne pouvait être compensé. L'état de fait est tout autre dans le cas d'espèce. En effet, la caisse se prévaut d'un dommage subi en raison du non-paiement par la société des cotisations LPP dues de mars à décembre 1997. Elle entend en demander la réparation à l'intéressé, par la voie de la compensation, directement en sa qualité d'administrateur de la société durant cette période sur la base des art. 754 ss. CO. Il s'agit donc bien d'un dommage direct, subi par la caisse et causé par l'administrateur pris en tant qu'employeur, et non pas d'une créance cédée par l'employeur à la caisse. 9b) L'intéressé invoque un arrêt du TFA paru in ATF 132 V 127 selon lequel, même après l'entrée en vigueur de la LFLP, il fallait se tenir à la jurisprudence selon laquelle la compensation d'une créance en responsabilité d'une institution de prévoyance avec la créance du destinataire au transfert du capital de prévoyance à une nouvelle institution de prévoyance n'est pas admissible pour des motifs liés à la couverture de prévoyance. Le TFA a à cet égard rappelé que le but d'un régime de libre passage très restrictif est celui de garantir au salarié une prévoyance en toutes circonstances. Il en découle que jusqu'à la survenance du cas de prévoyance les prestations concernées ne sont pas exécutoires vis-à-vis de leur destinataire ce qui exclut également la compensation. Il a précisé que le danger d'une utilisation contraire au but de la prévoyance n'existait pas dans le cas de paiements en espèces selon l'art. 331c al. 4 CO, car lorsqu'un versement en espèces peut exceptionnellement avoir lieu, les fonds correspondants ne sont plus réservés à la future

prévoyance. Le destinataire peut en disposer librement. Le Tribunal de céans constate que le TFA a traité dans cet arrêt du transfert d'une institution à une autre, et non pas d'un versement en espèces en application de

A/227/2006 - 8/15 - l'art. 5 LFLP comme en l'occurrence. Aussi cet arrêt relatif à un cas n'intéressant pas un versement en espèces ne saurait-il s'appliquer ici. Il n'y a pas en effet risque d'une utilisation non-conforme au but des capitaux de prévoyance, comme l'a relevé le TFA, lorsqu'il y a versement en espèces. Force dès lors est de constater que des motifs liés à la couverture de prévoyance ne peuvent être invoqués pour nier le droit de la caisse de compenser dans le cas d'un paiement en espèces. 9c) La jurisprudence relative à l'art. 52 LPP n'est à l'évidence pas non plus pertinente en l'espèce, puisque cette disposition légale concerne la responsabilité des personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle de l'institution de prévoyance elle-même (GREBER, La responsabilité civile des personnes chargées de l'administration et de la gestion d'une institution de prévoyance. In: Conférence des administrateurs de caisses de pensions, juillet 1986, p. 53; Message du Conseil fédéral : FF 1976 I 226). 9d). L'art. 39 al. 2 LPP n'ayant pas à être pris en considération pour la résolution du présent litige, la caisse était fondée à invoquer la compensation conformément aux arts. 120 et ss. CO, applicables par analogie.

#### **E. 10**

Selon l'art. 120 CO, "En général

Lorsque deux personnes sont débitrices l'une envers l'autre de sommes d'argent ou d'autres prestations de même espèce, chacune des parties peut compenser sa dette avec sa créance, si les deux dettes sont exigibles.

Le débiteur peut opposer la compensation même si sa créance est contestée. La compensation d'une créance prescrite peut être invoquée, si la créance n'était pas éteinte par la prescription au moment où elle pouvait être compensée". En l'espèce, la caisse est débitrice envers l'intéressé du montant de sa prestation de sortie. En revanche, c'est la société et non l'intéressé qui est le débiteur de la caisse. En effet, la société était affiliée auprès de la caisse et était de ce fait tenue de verser à celle-ci les cotisations LPP (art. 66 LPP). Le titulaire de l'une des deux créances n'est ainsi pas le débiteur de l'autre. Les conditions posées pour la compensation n'étant de prime abord pas remplies, la caisse n'était pas en droit de déduire les 17'742 fr. 80 du montant de la prestation de sortie de l'intéressé. Toutefois, la caisse a invoqué la responsabilité de l'intéressé en sa qualité d'administrateur de la société faillie.

#### **E. 11**

Il y a dès lors lieu de déterminer si la caisse dispose effectivement d'une créance envers l'intéressé en application des arts. 754 et ss. CO. Ce dernier conteste l'existence même d'une créance qu'aurait la caisse à son égard, rappelant que seul

A/227/2006 - 9/15 - l'administrateur de la faillite de la société a qualité pour agir sur la base d'une action en responsabilité fondée sur l'art. 754 CO et soulignant au surplus qu'il n'a en aucun cas violé ses obligations d'administrateur. Contrairement à ce que soutient l'assuré, tout créancier est en droit de réclamer directement à l'ancien administrateur d'une société en faillite le paiement d'un dommage subi pour autant qu'il soit établi que celui-ci a causé ce dommage en manquant intentionnellement ou par négligence à ses devoirs (art. 754 CO). Il est vrai que c'est à l'administration de la faillite que doivent être notifiés les actes de

poursuites exercés contre la société durant la liquidation de sa faillite (ATF 121 III 30 consid. 3). Il importe toutefois de relever que l'action de l'institution de prévoyance fondée sur la responsabilité au sens des art. 754 ss CO, est dirigée contre l'intéressé en sa qualité d'ancien organe de la société (ATF B 45/97 du 1er septembre 1998). Si l'intéressé avait été lui-même en faillite, il aurait appartenu à l'institution de prévoyance d'agir contre la masse en faillite, non pas de la société, mais de l'intéressé lui-même.

## **E. 12**

Dans la mesure où la prétention en responsabilité dirigée par une institution de prévoyance contre un employeur ne porte pas sur une question spécifique à la prévoyance professionnelle, mais sur l'application des art. 754 ss. CO, il s'agit de s'interroger sur la compétence du Tribunal de céans, laquelle s'inscrit uniquement dans le cadre de l'art. 73 LPP (ATF 120 V 26; arrêt B 6/05). Le TFA a à cet égard jugé que l'autorité désignée par l'art. 73 al. 1 LPP est habilitée à trancher la question relevant en principe de la compétence d'un autre juge, ce à titre préjudiciel, quand le litige soulève principalement, comme en l'espèce, un problème spécifique de la prévoyance professionnelle (voir: A propos de l'examen par le juge des assurances sociales de questions préjudicielles: MEYER-BLASER, Résiliation abusive du contrat de travail, nouvelles règles du code des obligations en la matière et incidences de ces dernières dans le domaine de l'assurance sociale, en particulier sur le maintien de la couverture d'assurance et le droit aux prestations, in: Droit du travail et droit des assurances sociales, Questions choisies, colloque de Lausanne [IRAL] 1994, p. 187 sv; THOMAS GEISER, Das EVG als heimliches Familiengericht?, in: Mélanges pour le 75e anniversaire du TFA, p. 353 ss; cf. aussi GRISEL, Traité de droit administratif, p. 187 ss). A cela s'ajoutent des considérations tirées de l'économie de la procédure (ATF 125 V 165). Selon le TFA, les tribunaux sont admis à statuer à titre préjudiciel sur des questions touchant à d'autres domaines du droit que ceux de leur compétence, cela à condition que la loi n'en dispose pas autrement et que les autorités compétentes ne se soient pas encore prononcées sur ces questions. (TFA, arrêt non publié du 1er septembre 1998, cause Institution de prévoyance collective S. contre M., résumé in Conférences des administrateurs de caisses de pensions, Séminaire 2006 - Leysin; cf. également M. J. A. GALLEY : Les juridictions du travail en Suisse, Schulthess 2003 et JT 1998 III p. 98.

A/227/2006 - 10/15 - Il est vrai que le TFA a également eu l'occasion de juger que, si l'autorité appelée à trancher le litige n'a en principe pas la compétence de se prononcer sur l'existence de la créance contestée, elle surseoirait à statuer jusqu'à ce que la partie qui compense ait obtenu de l'autorité compétente une décision revêtue de la force de chose jugée (ATF 76 II 44; VSI 1994, p. 216). Encore faut-il que la procédure relative à la créance contestée soit pendante. Tel n'est pas le cas ici, l'examen de la créance invoquée par la caisse contre l'intéressé ne faisant pas l'objet d'une autre procédure. Du reste, le TFA a eu l'occasion de confirmer dans un arrêt non publié du 1er septembre 1998 (B 45/97), que les tribunaux sont admis à statuer à titre préjudiciel, sur une question touchant à un autre domaine du droit que ceux de leurs compétences pour autant que les autorités compétentes ne se soient pas encore prononcées sur cette question. Dans cet arrêt le TFA avait ainsi reproché au tribunal cantonal des assurances de ne pas avoir tranché la question de la responsabilité au sens des art. 754 ss. CO de l'administrateur d'une société anonyme, dans le cadre d'une compensation invoquée par l'institution de prévoyance, entre la prestation de libre passage due à cet administrateur et les cotisations LPP restées impayées par la société (cf. également arrêt du 1er février 2007, B 78/00). En conséquence, il appartient au Tribunal

de céans de déterminer, à titre préjudiciel, si l'intéressé a engagé ou non sa responsabilité envers la caisse au sens de l'art. 754 CO.

### **E. 13**

Aux termes de l'art. 760 CO, les actions en responsabilité se prescrivent par cinq ans à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage, ainsi que de la personne responsable, et, dans tous les cas, par dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit. Le Tribunal fédéral des assurances (ci-après le TFA) a posé le principe qu'une caisse 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 V 75, 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" (cf. FRISCHE: "Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd. 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 décompte 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

A/227/2006 - 11/15 - 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-la créancier-ère est, ou devrait être en général, en mesure de connaître l'état des actifs, la collocation de sa créance et le dividende probable (cf. ATF 116 II 161, consid. 4a; 116 V 75, consid. 3b = RCC 1990, p. 415; ATF 113 V 182, consid. 2, avec réf. = RCC 1987, p. 607). En l'espèce, l'état de collocation a été publié le 9 mars 2005. C'est à compter de cette date que la caisse était en mesure de comprendre qu'elle subissait un dommage du fait du non-paiement des cotisations LPP dues par la société. En agissant par voie de compensation le 7 septembre 2005, elle a respecté le délai de cinq ans prévu à l'art. 760 al. 1 CO. Le délai de dix ans a également été respecté, dès lors que les cotisations LPP concernées portent sur la période de mars à décembre 1997.

### **E. 14**

Aux termes de l'art. 754 CO "les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs". La responsabilité des administrateurs envers la société fondée sur cette disposition est subordonnée à la réunion des quatre conditions générales suivantes: la violation d'un devoir, une faute (intentionnelle ou par négligence), un dommage et l'existence d'un rapport de causalité (naturelle et adéquate entre la violation du devoir et la survenance du dommage (ATF 132 III 342). Il appartient au demandeur à l'action en responsabilité de prouver la réalisation de ces conditions (art. 8 CC), qui sont cumulatives (arrêt du Tribunal fédéral 4C.281/2004 du 9 novembre 2004, publié in SJ 2005 I p. 221, consid. 2.3). L'administrateur est tenu d'accomplir sa mission avec diligence, peu importe que ses attributions résultent de la loi,

des statuts ou encore d'un règlement (art. 717 al. 1 CO; A.M GARBARSKY. La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, p. 114 ss publié in HAVE 2006, revue de la responsabilité en assurances). Au fond, l'exigence de diligence constitue plus qu'un simple devoir ; elle établit la mesure de diligence requise dans l'exécution concrète de tous les autres devoirs, qu'il s'agisse des attributions inaliénables et intransmissibles de l'art. 716a al. 1 CO ou des devoirs de fidélité ou d'égalité de traitement. Autrement dit, les devoirs définissent, de manière générale, ce que les organes dirigeants doivent faire ; la diligence, en tant que mesure qualitative, nous dit comment ces devoirs doivent être exécutés. La diligence fait l'objet d'une appréciation objective. Le comportement adopté in casu par le dirigeant doit donc être comparé avec le comportement abstrait qu'aurait eu un "bon administrateur", soit une personne consciencieuse et raisonnable placée dans les mêmes circonstances (ATF 128 III 180, ATF 112 V 159). L'administrateur est en

A/227/2006 - 12/15 - particulier responsable de la tenue régulière des livres nécessaires et répond de l'établissement des documents comptables conformément aux prescriptions de la loi et de la remise de ces pièces à l'examen des contrôleurs. Selon l'art. 725 CO, dès que l'actif ne couvre plus les dettes, il est tenu d'en informer le juge. Il ne peut se libérer de ses obligations au motif qu'il n'avait pas assez de temps à disposition ou qu'il n'avait pas les connaissances professionnelles nécessaires (ATF 97 II 403). Si tel était le cas, il devait s'entourer de personnes qualifiées (FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2e éd. Zurich 1987, p.110). Pour déterminer si l'ancien administrateur d'une société faillie est responsable du dommage subi par une caisse de compensation en raison du non-paiement des cotisations AVS, le TFA se réfère expressément aux art. 754ss CO. Aussi, bien que la responsabilité selon l'art. 754 CO soit fondée sur un manquement aux devoirs, alors que celle selon l'art. 52 LAVS exige une violation des prescriptions prévues aux art. 14 al. 1 LAVS et 34 ss RAVS, la jurisprudence relative à l'art. 52 LAVS peut-elle être en principe appliquée par analogie. Il y a à cet égard lieu de rappeler que l'employeur est tenu de verser à l'institution de prévoyance ou à la caisse de compensation la cotisation LPP, respectivement AVS et d'en prendre la moitié à sa charge, sous peine de sanctions pénales (art. 76 LPP, art. 87 LAVS). Au surplus, force est de constater que, selon la jurisprudence, la responsabilité des dirigeants sociaux selon l'art. 754 CO, à l'instar de celle des organes selon l'art. 52 LAVS, évolue également vers une responsabilité causale (op. cit. GARBARSKY p. 13 ss).

## **E. 15**

La notion d'organe responsable selon l'art. 754 al. 1 CO notamment est identique à celle qui se dégage de l'art. 52 LAVS (ATF du 16 avril 2003, H 234/02). La responsabilité incombe aux membres du conseil d'administration, ainsi qu'à toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation, c'est-à-dire à celles qui prennent en fait les décisions normalement réservées aux organes ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 V 441 consid. 2b, 571 consid. 3, 107 II 353 consid. 5a). Il faut cependant, dans cette dernière éventualité, que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, c'est-à-dire d'exercer effectivement une influence sur la marche des affaires de la société (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 V 442 consid. 2b, 111 II 84 consid. 2a). En l'espèce, l'intéressé était inscrit au registre du commerce en qualité d'administrateur unique avec signature individuelle du 26 mars 1997 au 24 mars 1998. Il ressort du

procès-verbal de comparution personnelle des parties du 10 octobre 2006, que c'est lui qui prenait toutes les décisions concernant la société. Il assumait ainsi seul la gestion de la société.

#### **E. 16**

Il n'est pas contesté que la caisse a subi un dommage, représenté par le montant resté impayé des cotisations LPP dues par la société, soit, compte tenu de l'acte de défaut de biens délivré le 10 août 2005, la somme de 17'742 fr. 80.

A/227/2006 - 13/15 - La responsabilité d'un administrateur dure en règle générale jusqu'au moment où il quitte effectivement le conseil d'administration et non pas jusqu'à la date où son nom est radié du registre du commerce. Cette règle vaut pour tous les cas où les démissionnaires n'exercent plus d'influence sur la marche des affaires et ne reçoivent plus de rémunération pour leur mandat d'administrateur (ATF 126 V 61). En d'autres termes un administrateur ne peut être tenu pour responsable que du dommage résultant du non-paiement de cotisations qui sont venues à échéance et auraient dû être versées entre le jour de son entrée effective au conseil d'administration et celui où il a quitté effectivement ces fonctions, soit pendant la durée où il a exercé une influence sur la marche des affaires (arrêt du TFA du 6 février 2003, H 263/02). Demeurent réservés les cas où le dommage résulte d'actes qui ne déploient leurs effets qu'après le départ du conseil d'administration. C'est ainsi à juste titre que la caisse n'a entendu prendre en considération que l'arriéré de cotisations LPP dû par la société de mars à décembre 1997, eu égard à la durée du mandat d'administrateur de l'intéressé de mars 1997 à mars 1998, date à laquelle la faillite a été prononcée.

#### **E. 17**

Reste à examiner si l'intéressé a causé ce dommage à la caisse en manquant intentionnellement ou par négligence à ses devoirs. L'intéressé a reconnu lors de son audition qu'il ne s'était pas particulièrement préoccupé de la situation financière de la société au moment d'accepter le mandat d'administrateur, il savait néanmoins qu'elle rencontrait d'importantes difficultés et avait très rapidement réalisé qu'il ne pouvait pas assumer les charges sociales, tout en procédant aux retenues sur les salaires. Il est inutile de déterminer si la société était en réalité déjà surendettée au moment où il en est devenu l'administrateur s'agissant de sa responsabilité puisque la caisse ne lui a pas, à juste titre, réclamé la réparation d'un dommage qui résulterait de cotisations échues à cette date et restées impayées (ATF 119 V 405). Il appert de la partie en fait qui précède qu'il ne s'agissait nullement d'une crise passagère de liquidités. La société a ainsi connu des difficultés sérieuses qui ont perduré sans que l'intéressé ne prenne de mesures idoines. Celui-ci a, partant, participé à une entreprise hasardeuse financée sans droit par les assurances sociales. Le Tribunal de céans ne nie pas les efforts qu'il a entrepris pour payer les salaires, mais relève qu'il a ainsi fait le choix de privilégier certains créanciers au détriment des charges sociales. Or, en sa qualité d'administrateur unique de la société, il lui appartenait de s'assurer que celles-ci, dont les cotisations LPP, soient effectivement versées à la caisse (art 11 LPP, cf également art 113 Cst fédérale et 76 LPP). L'intéressé a déclaré qu'il n'avait pas déposé le bilan au sens de l'art. 725 al. 2 CO, ayant eu l'espoir d'assister au redressement de la situation. Force est de constater qu'il n'a en réalité pris aucune mesure d'assainissement, se bornant à attendre la

A/227/2006 - 14/15 - conclusion d'hypothétiques contrats. Il n'a à cet égard pas été en mesure d'indiquer, lors de son audition du 10 octobre 2006, quels étaient précisément ces contrats. Il a ainsi manqué, tout au moins par une grave négligence, à ses devoirs. Au surplus la durée pendant laquelle les cotisations LPP n'ont pas été payées ne peut être qualifiée de courte, au point de lui permettre d'être disculpé (VSI 1996 p. 228), dans la mesure où la période concernée porte précisément sur la durée complète de son mandat.

#### **E. 18**

Il y a enfin lieu de constater l'existence d'un rapport de causalité naturelle et adéquate entre la violation commise par négligence des prescriptions relatives au paiement des cotisations LPP et le dommage subi par la caisse. Il est à égard admis, selon une jurisprudence constante, que tout retard dans le dépôt du bilan est préjudiciable à la société (ATF 132 III 564, ATF du 8 août 2005, 4C 118/2005)

#### **E. 19**

L'intéressé étant ainsi tenu de réparer le dommage subi par la caisse, celle-ci dispose bien d'une créance contre lui, à hauteur de 17'742 fr. 80. C'est dès lors à juste titre qu'elle lui a opposé la compensation et ne lui a versé que la somme de 14'718 fr. 95.

A/227/2006 - 15/15 -

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