

## **GE\_GERICHTE A/742/2004 vom 17. September 2009**

GE Cour de justice, 2009-09-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_A\\_742\\_2004](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_742_2004)

FR: GE\_GERICHTE A/742/2004 du 17 septembre 2009

IT: GE\_GERICHTE A/742/2004 del 17 settembre 2009

### **Regeste**

; AVS ; RESPONSABILITÉ DE L'EMPLOYEUR(AVS) ; RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE ; SOLIDARITÉ PARFAITE ; PRESCRIPTION ; INTERRUPTION DU DÉLAI; PRESCRIPTION | L'art. 52 LAVS fonde la responsabilité de l'employeur pour le dommage qu'il cause à une caisse de compensation. Il convient d'admettre que cette disposition instaure une solidarité parfaite entre les éventuels codébiteurs, tels les organes d'une même société. Dès lors, l'interruption de la prescription contre l'un des débiteurs s'étend également aux autres codébiteurs, étant rappelé que l'art. 136 al. 1 CO s'applique par analogie en matière de droit public et que cette disposition ne concerne que des cas de solidarité parfaite et ne s'applique pas aux simples concours d'action. | LAVS 52; CO 136

### **Volltext**

Genève Cour de justice (Cour de droit public) Chambre des assurances sociales 17.09.2009 A/742/2004

; AVS ; RESPONSABILITÉ DE L'EMPLOYEUR(AVS) ; RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE ; SOLIDARITÉ PARFAITE ; PRESCRIPTION ; INTERRUPTION DU DÉLAI; PRESCRIPTION | L'art. 52 LAVS fonde la responsabilité de l'employeur pour le dommage qu'il cause à une caisse de compensation. Il convient d'admettre que cette disposition instaure une solidarité parfaite entre les éventuels codébiteurs, tels les organes d'une même société. Dès lors, l'interruption de la prescription contre l'un des débiteurs s'étend également aux autres codébiteurs, étant rappelé que l'art. 136 al. 1 CO s'applique par analogie en matière de droit public et que cette disposition ne concerne que des cas de solidarité parfaite et ne s'applique pas aux simples concours d'action. | LAVS 52; CO 136

A/742/2004 ATAS/1150/2009 (3) du 17.09.2009 ( AVS ) Descripteurs : ; AVS ; RESPONSABILITÉ DE L'EMPLOYEUR(AVS) ; RESPONSABILITÉ SOLIDAIRE ; SOLIDARITÉ PARFAITE ; PRESCRIPTION ; INTERRUPTION DU DÉLAI; PRESCRIPTION Normes : LAVS 52; CO 136 Résumé : L'art. 52 LAVS fonde la responsabilité de l'employeur pour le dommage qu'il cause à une caisse de compensation. Il convient d'admettre que cette disposition instaure une solidarité parfaite entre les éventuels codébiteurs, tels les organes d'une même société. Dès lors, l'interruption de la prescription contre l'un des débiteurs s'étend également aux autres codébiteurs, étant rappelé que l'art. 136 al. 1 CO s'applique par analogie en matière de droit public et que cette disposition ne concerne que des cas de solidarité parfaite et ne s'applique pas aux simples concours d'action. En fait En droit RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE A/742/2004 ATAS/1150/2009 ARRET INCIDENT DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES Chambre 3 du 17 septembre 2009 En la cause Monsieur W \_\_\_\_\_, domicilié au GRAND-SACONNEX, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Bastien GEIGER Monsieur F \_\_\_\_\_,

domicilié à CHÊNE-BOUGERIES, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Christian GROSJEAN Monsieur N\_\_\_\_\_, domicilié à THÔNEX, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Serge ROUVINET Monsieur D\_\_\_\_\_, domicilié en France, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Gregory CONNOR recourants contre CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, sise route de Chêne 54, GENEVE intimée EN FAIT Créée en août 1987, la société X\_\_\_\_\_ a été rebaptisée, le 7 novembre 1996, Y\_\_\_\_\_. Cette société, filiale de Z\_\_\_\_\_ SA, avait pour but l'achat, la vente, la location, le leasing et le développement de matériel et systèmes informatiques et était affiliée à la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION (ci-après : la CCGC ou la caisse). Étaient notamment inscrits au Registre du commerce (RC) : Monsieur N\_\_\_\_\_ comme administrateur président, Monsieur W\_\_\_\_\_ en tant qu'administrateur secrétaire, Messieurs F\_\_\_\_\_ et M\_\_\_\_\_ en qualité d'administrateurs. A partir du 31 mai 2000, Monsieur D\_\_\_\_\_ a également été inscrit au RC, en tant qu'administrateur sans signature, puis dès le 26 septembre 2001, Messieurs K\_\_\_\_\_, A\_\_\_\_\_ et R\_\_\_\_\_, en qualité de directeurs, avec signature collective à deux. Au cours de l'année 2001, les cotisations sociales n'ont plus été versées dans les délais légaux : à compter du mois de mai, les forfaits ont en effet été versés tardivement. Qui plus est, malgré l'augmentation du forfait en cours d'année, il s'est par la suite avéré que les montant réellement dus sur la base de l'attestation des salaires était supérieur au total des forfaits exigés et un complément de cotisations de 72'507 fr. 75 a dû être exigé. En 2002, aucun paiement n'a été effectué dans le délai légal. Le 23 juillet 2002, la CCGC a informé la société qu'elle lui devait, pour la période de janvier à juillet 2002, 310'443 fr. à titre de cotisations paritaires, 44'331 fr. d'allocations familiales et 9'331 fr. à titre de cotisations d'assurance-maternité. Le 17 septembre 2002, la CCGC, constatant que les procédures engagées pour obtenir le paiement des créances de cotisations pour la période du 1 er janvier au 31 août 2002 - 343'753 fr. (frais de poursuite et intérêts non compris) dont 168'784 fr. 25 de part salariale des cotisations AVS/AI/APG/AC - étaient restées infructueuses, a menacé la société de déposer plainte pénale pour soustraction de cotisations. Copie de ce courrier a été adressée à Messieurs R\_\_\_\_\_, K\_\_\_\_\_, A\_\_\_\_\_, D\_\_\_\_\_, N\_\_\_\_\_, F\_\_\_\_\_ et W\_\_\_\_\_. Le 1 er octobre 2002, la société s'est acquittée de la part salariale (part pénale) des cotisations sociales AVS/AI/APG/AC, assurance-maternité et des contributions aux allocations familiales pour la période de janvier à août 2002. Le 14 janvier 2003, une convention a été signée entre la société et Z\_\_\_\_\_, d'une part, XA\_\_\_\_\_ en formation, d'autre part. Les parties ont convenu que, suite à ses difficultés financières, la société Y\_\_\_\_\_ SA céderait une partie de ses actifs et passifs à XA\_\_\_\_\_. Le 30 janvier 2003, YA\_\_\_\_\_ SA a été inscrite au RC en lieu et place de Y\_\_\_\_\_ SA. Dans le cadre des poursuites qu'elle a dirigées contre YA\_\_\_\_\_ SA en recouvrement des cotisations paritaires, la CCGC a obtenu, le 5 septembre 2003, plusieurs actes de défaut de biens, datés du 25 août 2003, et précisant que la société débitrice n'avait plus d'activité lucrative, plus d'employés, plus de locaux, plus de comptes bancaires ni postaux et plus de biens saisissables. Par décisions du 1 er décembre 2003 en réparation du dommage, la CCGC a réclamé à Messieurs F\_\_\_\_\_, N\_\_\_\_\_ et W\_\_\_\_\_, pris solidairement, le paiement de la somme de 237'206 fr. 70, représentant le solde des cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC impayées pour l'année 2001, un complément selon contrôle d'employeur au 31 octobre 2001 et les cotisations impayées de l'année 2002, frais

et intérêts moratoires compris. La CCGC n'a en revanche rendu aucune décision à l'encontre de Monsieur D\_\_\_\_\_ au motif que, selon la base de données de l'administration cantonale, ce dernier n'était plus domicilié en Suisse depuis le 1<sup>er</sup> février 2002. Le 23 décembre 2003, Monsieur F\_\_\_\_\_ a formé opposition aux deux décisions le concernant. Le 15 janvier 2004, Monsieur N\_\_\_\_\_ a également formé opposition aux décisions de la CCGC. Le 16 janvier 2004, Monsieur W\_\_\_\_\_ a fait de même. Par jugement du 19 janvier 2004, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de YA\_\_\_\_\_ SA par voie de procédure sommaire. Par décisions sur opposition du 8 mars 2004, la CCGC a confirmé ses décisions du 1<sup>er</sup> décembre 2003. Elle a précisé que si elle avait renoncé à faire valoir ses prétentions vis-à-vis de Messieurs D\_\_\_\_\_ et M\_\_\_\_\_, c'est parce que ces derniers étaient à l'étranger et que leurs domiciles lui étaient inconnus. Par écriture du 8 avril 2004, Monsieur N\_\_\_\_\_ a interjeté recours auprès du Tribunal de céans en concluant, sous suite de dépens, à ce que l'intimée soit déboutée de toutes ses conclusions à son encontre. Par courrier du 23 avril 2004, Monsieur W\_\_\_\_\_ a interjeté recours à son tour. Il conclut, sous suite de dépens, à ce qu'il soit dit et constaté qu'aucune responsabilité ne lui incombe s'agissant du non-paiement des cotisations paritaires au 31 décembre 2002. Le même jour, Monsieur F\_\_\_\_\_ a également interjeté recours, concluant, préalablement, à la jonction de sa cause avec celle introduite par Monsieur W\_\_\_\_\_ et, principalement, à l'annulation de la décision de réparation, sous suite de frais et dépens. Invitée à se déterminer, l'intimée, dans ses réponses du 25 mai 2004, a conclu au rejet des recours. Par ordonnance du 22 juin 2004, le Tribunal a ordonné la jonction sous le n°A/742/2004 des causes ouvertes suite aux trois recours susmentionnés en matière de cotisations AVS/AI/APG/AC. Le 9 mars 2005, l'Office des faillites a informé la CCGC que l'état de collocation de la faillite était publié le jour même et que ses créances étaient admises à hauteur de 88'604 fr. 20 et 211'362 fr. 76 en 2<sup>ème</sup> classe et à hauteur de 5'841 fr. 65 et 35'843 fr. 95 en 3<sup>ème</sup> classe, étant précisé qu'aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers chirographaires. Par courrier du 17 janvier 2006, les parties, invoquant des pourparlers en cours, ont demandé au Tribunal de céans de suspendre la procédure. Par ordonnance du 19 janvier 2006, le Tribunal de céans, après avoir admis sa compétence, a donc suspendu l'instance et réservé la suite de la procédure. Le 16 janvier 2007, le Tribunal de céans a demandé aux recourants de le renseigner sur l'état des pourparlers, ce à quoi il lui a été répondu, par courrier du 9 février 2007, qu'ils étaient toujours en cours. Par ordonnance du 13 février 2007, le Tribunal de céans a donc prolongé la suspension de l'instruction de la cause et réservé la suite de la procédure. Le 26 mars 2008, le Tribunal de céans s'est à nouveau enquis du résultat des pourparlers entre les parties. Le 8 avril 2008, la CCGC a procédé à la production définitive dans la faillite d'une créance privilégiée en 2<sup>ème</sup> classe de 202'362 fr. 76 - correspondant au solde des cotisations AVS/AI/APG/AC au 19 janvier 2004, frais administratifs et de poursuites - et d'une créance de 34'843 fr. 95 à colloquer en 3<sup>ème</sup> classe, créance correspondant aux taxes de sommation et amendes ainsi qu'aux intérêts moratoires de 5% calculés jusqu'au jour de la faillite. Par courriers séparés des 14 et 15 avril 2008, les recourants ont allégué devant le Tribunal que les discussions étaient toujours en cours et qu'elles étaient rendues difficiles par l'absence à la procédure de Monsieur D\_\_\_\_\_. Ils affirmaient s'efforcer de trouver une solution afin de faire une offre à l'intimée et sollicitaient le maintien de la suspension. Le 29 avril 2008, l'Office des faillites a établi à l'intention de la caisse deux actes de défaut de biens de 202'362 fr. 75 (cotisations AVS/AI/APG/AC sur salaires versés au 19 janvier 2004 et frais d'administration et de

poursuites, colloqués en 2<sup>ème</sup> classe) et 34'843 fr. 95 (taxes de sommation, amendes et intérêts colloqués en 3<sup>ème</sup> classe), suite à la faillite de YA \_\_\_\_\_ SA. Par pli du 2 mai 2008, l'intimée a indiqué au Tribunal de céans qu'elle était sans nouvelles des recourants depuis février 2007 et qu'aucune discussion n'était plus en cours. Dès lors, elle a sollicité la reprise de la procédure. Selon inscription au RC du 16 mai 2008 et publication à la Feuille d'avis officielle (FOSC) du 28 mai 2008, YA \_\_\_\_\_ SA en liquidation a été radiée à la suite de la clôture de la procédure de faillite prononcée par jugement du Tribunal de première instance du 13 mai 2008. Une audience de comparution personnelle a eu lieu le 12 juin 2008. Au cours de cette audience, l'intimée a confirmé n'avoir rendu aucune décision à l'encontre de Monsieur D \_\_\_\_\_, expliquant qu'à l'époque, elle ignorait quelle était l'adresse de l'intéressé. S'agissant des allocations familiales, elle avait reçu deux actes de défaut de biens à la suite de la clôture de la faillite, l'un de 87'104 fr. 20 (créance en 2<sup>ème</sup> classe) et l'autre de 5'341 fr. 65 (créance en 3<sup>ème</sup> classe). A l'issue de l'audience, il a été convenu que les administrateurs communiqueraient l'adresse de Monsieur D \_\_\_\_\_ à l'intimée afin que celle-ci puisse lui notifier une décision. Par décisions du 18 juin 2008, la CCGC a réclaté à Monsieur D \_\_\_\_\_, pris solidairement avec Messieurs N \_\_\_\_\_, W \_\_\_\_\_ et F \_\_\_\_\_, le paiement de la somme de 237'206 fr. 70 en réparation du dommage correspondant aux cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC impayées au 31 décembre 2002. Le 15 juillet 2008, Monsieur D \_\_\_\_\_ a formé opposition à ces décisions en invoquant tant la prescription de la prétention en dédommagement que son absence de responsabilité. Par décision sur opposition du 12 août 2008, la CCGC a confirmé sa décision du 15 juillet 2008. Elle a considéré que son droit à la réparation du dommage n'était pas prescrit puisque la faillite avait été prononcée moins de cinq ans avant la décision en réparation du dommage. Par écriture du 15 septembre 2008, Monsieur D \_\_\_\_\_ a interjeté recours auprès du Tribunal de céans en concluant, sous suite de dépens, à ce qu'il soit dit et constaté que les prétentions en réparation de dommage sont prescrites à son égard et qu'il n'est pas redevable du montant qui lui est réclaté, subsidiairement, qu'il n'encourt aucune responsabilité dans le non-paiement des cotisations paritaires au 31 décembre 2002. Monsieur D \_\_\_\_\_ soutient que l'intimée a eu connaissance de son dommage au plus tard le 9 mars 2005 - date du dépôt de l'état de collocation dans la faillite de YA \_\_\_\_\_ SA et que dès lors qu'elle n'a fait valoir ses prétentions contre lui qu'en juin 2008, sa créance à son encontre est prescrite. Dans sa réponse du 14 octobre 2008, l'intimée a conclu au rejet du recours de Monsieur D \_\_\_\_\_ et à la confirmation de sa décision à l'encontre de ce dernier. Par ordonnance du 20 octobre 2008, le Tribunal de céans a ordonné la jonction de la procédure ouverte suite au recours interjeté par Monsieur D \_\_\_\_\_ s'agissant des cotisations AVS/AI/APG/AC à la cause n°A/742/2004. Une nouvelle audience de comparution personnelle s'est tenue en date du 11 décembre 2008 lors de laquelle Monsieur F \_\_\_\_\_ a proposé que Monsieur D \_\_\_\_\_ « fasse un geste » pour contribuer au règlement des montants réclamés, ce que l'intéressé a refusé. Sur quoi, le Tribunal a fixé un délai aux parties pour, notamment, prendre position sur la question de la prescription. Par écriture du 19 février 2009, Monsieur W \_\_\_\_\_ a repris les arguments déjà développés dans ses écritures précédentes. Par écriture du 20 février 2009, Monsieur F \_\_\_\_\_ a émis l'avis que la responsabilité des membres du conseil d'administration étant une responsabilité solidaire parfaite, l'interruption de la prescription à l'égard de l'un des débiteurs déploie également des effets envers les autres. Il en tire la conclusion qu'ayant interrompu la prescription à l'égard de trois membres du

conseil d'administration le 1<sup>er</sup> décembre 2003, l'intimée ne peut se voir opposer une exception de prescription par Monsieur D\_\_\_\_\_. Par écriture du même jour, Monsieur N\_\_\_\_\_, développant les mêmes arguments que Monsieur F\_\_\_\_\_, a également conclu que Monsieur D\_\_\_\_\_ ne peut se prévaloir de la prescription. Quant à Monsieur D\_\_\_\_\_, il a repris les arguments déjà développés dans son recours et requis au surplus l'appel en cause de Monsieur M\_\_\_\_\_. EN DROIT Le Tribunal ayant déjà examiné la question de sa compétence dans son ordonnance du 19 janvier 2006, il n'y a pas lieu d'y revenir ici. 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 de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-vieillesse, notamment en ce qui concerne l'art. 52 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS). Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant et les art. 81 et 82 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance vieillesse et survivants (RAVS; RS 831.101) ont été abrogés. La procédure applicable auparavant (décision administrative suivie, en cas d'opposition, d'une action de la caisse en réparation du dommage [ancien art. 81 RAVS]) a été modifiée (décision puis décision sur opposition de la caisse de compensation, suivies d'un recours de droit administratif [art. 52 al. 2 LAVS, dans sa teneur en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2003, et 56 LPGA]). En l'occurrence, c'est la nouvelle procédure qui s'applique, dès lors que la LPGA était en vigueur au moment où la caisse a rendu sa décision en réparation du dommage (cf. ATF 130 V 1). S'agissant de la prescription, la question du droit applicable sera examinée ci-après. Conformément à l'art. 60 al. 1 LPGA, le délai de recours est de trente jours. Les décisions sur opposition du 8 mars 2004 ont été reçues par leurs destinataires en date du 11 mars 2004, de sorte que le délai de recours a commencé à courir le lendemain et a été suspendu du 7<sup>e</sup> jour avant Pâques au 7<sup>e</sup> jour après Pâques inclusivement (art. 38 al. 4 let. a et 60 al. 2 LPGA), soit du 4 au 18 avril 2004. Partant, les recours interjetés en dates des 8 et 23 avril 2004 l'ont été en temps utile. Quant à la décision sur opposition du 12 août 2008, elle est parvenue à son destinataire le 14 août 2008. Vu la suspension des délais jusqu'au 15 août inclusivement, le délai de recours n'a commencé à courir que le 16 août 2008 pour venir à échéance le lundi 15 septembre 2008, de sorte que le recours de Monsieur D\_\_\_\_\_, formé le jour même, l'a également été en temps utile (art. 38 al. 3, 38 al. 4 let. b et 60 al. 2 LPGA). Interjetés dans les forme et délai prévus par la loi, les quatre recours sont donc recevables (cf. art. 56ss LPGA). Le litige porte sur l'obligation des recourants, en leur qualité d'administrateurs et d'anciens organes de la société, de verser à l'intimée, à titre de réparation du dommage subi par cette dernière suite au non-paiement des cotisations AVS/AI/APG/AC, la somme de 237'206 fr. 70 (pour les recourants N\_\_\_\_\_ et F\_\_\_\_\_), respectivement de 187'347 fr. (pour les recourants W\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_). Au préalable, le Tribunal de céans devra cependant se pencher sur la question de savoir si l'exception de prescription soulevée par le recourant D\_\_\_\_\_ est fondée ou non. Ce dernier allègue que la créance en réparation du dommage est prescrite à son égard, alors que les recourants F\_\_\_\_\_ et N\_\_\_\_\_ soutiennent que l'interruption de la prescription par la décision du 1<sup>er</sup> décembre 2003 a eu un effet envers tous les responsables du dommage. Le présent arrêt se penchera également sur la demande d'appel en cause formulée par le même recourant. Selon 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. D'après l'ancien art. 82 al. 1 RAVS, en vigueur jusqu'au 31 décembre

2002, le droit de demander la réparation du dommage se prescrit lorsque la caisse de compensation ne le fait pas valoir par une décision de réparation dans l'année après qu'elle a eu connaissance du dommage, et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du fait dommageable. A l'entrée en vigueur de la LPGA, le 1<sup>er</sup> janvier 2003, l'art. 82 RAVS a été abrogé. Depuis lors, le nouvel art. 52 LAVS (introduit par le ch. 7 de l'annexe à la LPGA) prévoit en son troisième alinéa que le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus et l'employeur peut renoncer à s'en prévaloir. Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (cf. ATFA non publié H 136/05 du 23 novembre 2006, consid. 4.1; SVR 2005 AHV n° 15 p. 49 consid. 5.1.2; FF 1994 V 964 sv., 1999 p. 4422). La LPGA ne contient pas de disposition transitoire relative aux délais de péremption et de prescription prévus par l'ancien art. 82 RAVS et l'art. 52 al. 3 LAVS. Dans un arrêt du 27 septembre 2005 (ATF 131 V 425, cf. plus particulièrement les consid. 5.1 et 5.2; cf. également ATFA non publié H 136/05, consid. 4.2), le Tribunal fédéral a jugé que les prétentions en dommages-intérêts qui n'étaient pas encore périmées au 1<sup>er</sup> janvier 2003 sont assujetties aux règles de prescription de l'art. 52 al. 3 LAVS, entrées en vigueur à ce moment-là, confirmant ainsi le bien-fondé de la pratique administrative (ch. 7057.1 des directives de l'OFAS sur la perception des cotisations). a) Le dommage survient dès que l'on doit admettre que les cotisations dues ne peuvent plus être recouvrées, pour des motifs juridiques ou de fait (ATF 129 V 195 consid. 2.2, 126 V 444 consid. 3a, 121 III 384 consid. 3bb, 388 consid. 3a). Il en va notamment ainsi lorsque la caisse de compensation, dans la procédure de poursuite par voie de saisie engagée contre l'employeur, a subi une perte. L'acte de défaut de biens selon l'art. 115 al. 1 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP; RS 281.1), en corrélation avec l'art. 149 LP, qui fixe le dommage sur les plans qualitatif et quantitatif, révèle que l'employeur ne s'est pas acquitté de son obligation de payer des cotisations et qu'il ne peut par conséquent pas non plus remplir son obligation de réparer le dommage conformément à l'art. 52 LAVS. A partir du moment où un tel acte de défaut de biens après saisie est délivré, plus rien n'empêche donc d'engager des poursuites contre les organes responsables à titre subsidiaire. A ce moment-là, en effet, la caisse de compensation a également connaissance du dommage (RCC 1988 p. 137 consid. 3c; RCC 1988 p. 323 consid. 3b). En effet, par moment de la « connaissance du dommage », il faut entendre, en règle générale, le moment où la caisse de compensation aurait dû se rendre compte, en faisant 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 128 V 17 consid. 2a et ATF 121 III 388 consid. 3b ainsi que les références). Il convient cependant de souligner que cette jurisprudence ne s'applique qu'en présence d'un acte de défaut de biens définitif selon l'art. 115 al. 1 LP, en corrélation avec l'art. 149 LP. En effet, dans la procédure de saisie, on ne peut admettre qu'un dommage est survenu parce que le montant dû ne peut plus être recouvré pour des raisons de fait que s'il appert qu'il n'existe aucun bien saisissable. En revanche, on ne peut parler de la survenance ou de la connaissance d'un dommage si c'est uniquement sur la base de l'estimation du fonctionnaire de l'office des poursuites que les biens saisissables ont été considérés comme insuffisants - biens pouvant toutefois en principe être réalisés - et qu'on ne peut par conséquent admettre que l'irrécouvrabilité soit totale. Du point de vue du droit des cotisations, l'acte de défaut de biens provisoire au sens de l'art.

115 al. 2 LP habilite et oblige la caisse de compensation à déposer une demande de réquisition de vente et à en attendre le résultat. Dès lors, la remise à la caisse d'un tel acte de défaut de biens après saisie ne coïncide en règle générale pas avec le commencement du délai de prescription (RCC 1988 p. 323s. consid. 3c). b) En l'espèce, les actes de défaut de biens qui ont été délivrés à l'intimée en date du 5 septembre 2003 ont été établis sur la base de l'art. 115 al. 1 et 149 LP et précisaient d'ailleurs expressément que la société débitrice n'avait plus ni activité lucrative, ni employés, ni locaux, ni comptes bancaires ou postaux, ni biens saisissables. La survenance et la connaissance du dommage remontent donc au 5 septembre 2003, étant précisé par ailleurs que la connaissance d'un dommage partiel est déjà suffisante (VSI 1996 p. 169ss consid. 3c/bb). Puisque le jour de la survenance du dommage marque celui de la naissance de la créance en réparation de ce dernier (VSI 1998 p. 168 consid. 2b; ATF 123 V 12 consid. 5b), les prétentions de l'intimée n'étaient pas encore périmées au 1<sup>er</sup> janvier 2003, de sorte que, conformément à ce qui a été indiqué supra (consid. 6) ce sont les règles de prescription de l'art. 52 al. 3 LAVS qui s'appliquent. Partant, les décisions en réparation du dommage notifiées le 1<sup>er</sup> décembre 2003 à Messieurs F\_\_\_\_\_, N\_\_\_\_\_ et W\_\_\_\_\_ sont intervenues en temps utile. En revanche, la décision rendue à l'encontre du recourant D\_\_\_\_\_ en date du 18 juin 2008 l'a été plus de deux ans après que la caisse a eu connaissance de son dommage. Il convient donc d'examiner si, comme le soutiennent les autres recourants, le fait que la caisse leur ait demandé réparation de son dommage a également valablement interrompu la prescription vis-à-vis du recourant D\_\_\_\_\_. a) Ainsi que cela a déjà été dit plus haut, les délais de l'art. 52 al. 3 et 4 LAVS sont des délais de prescription qui peuvent être interrompus (ATF 135 V 74 consid. 4.1 et ATF 131 V 425 consid. 3.1 avec références). A cet égard, selon jurisprudence, il y a lieu d'appliquer les mêmes règles qu'en cas de responsabilité pour acte illicite (60 CO), soit les art. 135ss CO (ATF 135 V 74 consid. 4.2.1), étant précisé toutefois, qu'à la différence du droit privé - dans lequel la prescription ne peut être interrompue que par les actes énumérés à l'art. 135 al. 1 et 2 CO -, en droit public, tous les actes permettant de faire valoir de façon appropriée la créance en réparation du dommage vis-à-vis du débiteur ont un effet interruptif de prescription (ATF 133 V 579 consid. 4.3.1). Or, l'art. 136 al. 1 CO prévoit que la prescription interrompue contre l'un des débiteurs solidaires ou l'un des codébiteurs d'une dette indivisible l'est également contre tous les autres. Cette règle n'est cependant valable qu'en cas de solidarité parfaite (ATF 133 III 11 consid. 5.1). L'art. 136 al. 1 CO ne s'applique pas au simple concours d'actions, appelé parfois solidarité imparfaite (ATF 106 II 250 consid. 3); le lésé doit alors interrompre la prescription contre chacun des responsables du dommage (ATF 127 III 257 consid. 6a et les arrêts cités). En effet, lorsque deux ou plusieurs personnes sont tenues de réparer le même dommage, il y a responsabilité plurale et la théorie générale de la pluralité de responsables consacrée par le Tribunal fédéral distingue entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite (ATF 115 II 42 consid. 1b et ATF 104 II 225 consid. 4). Se pose donc la question de savoir si la solidarité entre les organes de la société supposés responsables du dommage de la caisse doit être qualifiée de parfaite - auquel cas l'interruption de prescription envers l'un des débiteurs déploie également ses effets envers les autres - ou d'imparfaite - auquel cas l'interruption de la prescription n'aura d'effet qu'envers le débiteur concerné car chaque dette est soumise à une prescription propre. b) Il y a solidarité parfaite au sens de l'art. 143 al. 1 CO lorsque les débiteurs déclarent s'obliger de manière qu'à l'égard du créancier, chacun d'eux soit tenu pour le tout. A défaut de semblable convention, la solidarité n'existe que dans les cas prévus par la loi (art. 143 al. 2 CO). La

solidarité suppose par conséquent une source spéciale, qui peut être la convention ou la loi. Dans le domaine de la responsabilité extracontractuelle, la loi ne qualifie pas toujours expressément une obligation de solidaire (ATF 89 II 419 consid. 2). Le sont généralement celles qui se fondent sur une seule et même cause juridique (ATF 104 II 225 consid. 4 et ATF 69 II 168 ). Ce principe connaît toutefois des exceptions puisque certaines lois spéciales étendent le principe de la solidarité parfaite également aux responsables qui répondent d'un même dommage mais en vertu de causes distinctes (WERRO, in Commentaire romand, n. 7 ad Intro. art. 50-51 CO). S'agissant de la réparation d'un dommage, la cause est l'acte illicite, le contrat ou la disposition légale, le lésé pouvant se trouver simultanément en présence de plusieurs causes, de même nature ou différentes (ATF 69 II 168 ss). De manière générale, en l'absence de disposition instituant la solidarité, lorsque les divers responsables répondent du même dommage en vertu de causes juridiques différentes, on est en présence d'une solidarité imparfaite (ou concours d'actions; cf. 51 CO; ATF 115 II 42 consid. 1 et ATF 112 II 138 consid. 4). La conséquence la plus importante (et peut-être pratiquement la seule) de la distinction entre ces deux types de solidarité a trait à l'application de la prescription. La distinction n'a en revanche pas d'incidence sur l'étendue de la responsabilité des différents débiteurs du lésé (ATF 112 II 138 consid. 4a). En effet, celui-ci peut rechercher chacun d'eux pour la totalité du dommage aussi longtemps qu'il n'a pas été entièrement désintéressé (ATF 97 II 343 consid. 3). Le rapport interne entre les coresponsables ne le concerne pas, de sorte qu'il peut choisir la partie adverse à son gré et qu'il lui est loisible de n'actionner qu'un seul des débiteurs responsables (ATF 93 II 333 consid. 3a et ATF 89 II 123 consid. 5a). a) En l'espèce, la responsabilité dont il est question est fondée sur l'art. 52 LAVS, lequel ne prévoit pas expressément de solidarité entre les débiteurs du préjudice causé à la caisse de compensation. Se pose dès lors la question de savoir si l'on peut malgré tout conclure à l'existence d'une solidarité parfaite entre les responsables du dommage, étant rappelé qu'avant l'entrée en vigueur de l'art. 52 al. 3 LAVS le 1<sup>er</sup> janvier 2003, cette question n'avait pas lieu d'être, puisque le délai posé était alors un délai de péremption, non susceptible d'être interrompu. Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair et que plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique). Le sens que prend la disposition dans son contexte est également important (ATF 131 V 321 consid. 6.1 et les arrêts cités). Par conséquent, il y a lieu de déterminer quelle a été la volonté du législateur. b) Le Tribunal fédéral a toujours admis la responsabilité solidaire des personnes agissant d'une manière fautive en qualité d'organes d'une société anonyme en faillite (cf. notamment RCC 1983 p. 476 consid. 7a), en rappelant que selon l'art. 754 al. 1 CO en liaison avec l'art. 759 al. 1 CO, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle d'une société anonyme répondent, à l'égard de celle-ci, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et que les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. A cette occasion, le TF a jugé que les prescriptions de droit civil sur la solidarité devaient aussi être observées en droit public (RCC 1983 op. cit. consid. 7a). Par

ailleurs, suite à l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> juillet 1992, des dispositions du nouveau droit de la société anonyme, le TF a précisé que l'art. 759 al. 1 CO - qui prévoit une responsabilité différenciée des personnes répondant d'un même dommage et permet au responsable d'invoquer des facteurs de réduction qui lui sont propres -, ne saurait trouver application dans le cadre de la responsabilité de l'art. 52 LAVS pour justifier une réduction de l'étendue de la réparation en relation avec la gravité de la faute du responsable. Le TF a en effet considéré que la responsabilité fondée sur l'art. 52 LAVS impliquait, par définition, une faute qualifiée, à savoir soit une faute intentionnelle, soit une négligence grave (VSI 1996 p. 306 consid. 6). Dans un arrêt ultérieur, le TF a ajouté que, dans la mesure où il ressortait du Message du Conseil fédéral concernant la 11<sup>e</sup> révision de l'AVS et des travaux préparatoires de la LPGA que tant le Conseil fédéral que le Parlement s'étaient satisfaits des principes de responsabilité en vigueur, il n'y avait pas de raison de s'écarter de la jurisprudence constante relative à l'art. 52 LAVS (ATF 129 V 11 consid. 3.5 et 3.6). On peut tirer la conclusion de cette jurisprudence que même si l'art. 52 LAVS ne prévoit pas expressément une responsabilité solidaire des organes de l'employeur, on doit considérer que la solidarité instaurée par la jurisprudence constante peut être qualifiée de parfaite. Il ressort en effet de l'ensemble de la jurisprudence que l'on ne se trouve pas en présence d'un simple concours de prétentions juridiquement distinctes et indépendantes, dont les débiteurs s'ignorent. Sur plusieurs points, au contraire, ces prétentions revêtent des aspects qui permettent de les qualifier de solidaires. En premier lieu, la responsabilité des différents organes est fondée sur une même cause. En second lieu, le lien entre les codébiteurs existe avant même qu'ils ne soient recherchés par le lésé, puisque tous étaient liés par les mêmes obligations. Dans ces conditions, il apparaît donc admissible que l'un des organes de la société se voie opposer les actes interruptifs de la caisse envers les autres, car il ne saurait considérer que la caisse, en n'agissant pas directement contre lui, a manifesté peu d'intérêt pour sa prétention, ce qui est le fondement de l'institution de la prescription (ATF 89 II 421 consid. 2). Cette conclusion est d'ailleurs partagée par REICHMUTH (Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, 2008, p. 214 ch. 893) et encore confortée par le fait que, dans son message du 11 avril 2000 concernant le projet de 11<sup>e</sup> révision de l'AVS (rejeté en votation populaire; FF 2000 II p. 1908 et 1909), le Conseil fédéral a expressément rappelé la jurisprudence selon laquelle, lorsque plusieurs organes d'une personne morale sont responsables d'un dommage, ils en répondent solidairement (ATF 119 V 87 consid. 5a et ATF 114 V 214 avec les références). Eu égard aux considérations qui précèdent, le Tribunal de cassation est d'avis qu'il convient d'admettre que la solidarité entre responsables du dommage causé à la caisse de compensation doit être qualifiée de parfaite. Il en découle que, conformément à l'art. 136 al. 1 CO, l'interruption de la prescription par les décisions en réparation du dommage rendues en date du 1<sup>er</sup> décembre 2003 à l'encontre des recourants F\_\_\_\_\_, N\_\_\_\_\_ et W\_\_\_\_\_ est opposable au recourant D\_\_\_\_\_. En l'espèce, conformément à l'art. 137 al. 1 CO, l'interruption de prescription du 1<sup>er</sup> décembre 2003 a fait renaître tant le délai de prescription de deux ans que celui de cinq ans (ATF 135 V 74 consid. 4.2.1 et 4.2.2). Certes, le juge ne peut interrompre la prescription que par une ordonnance ou une décision, mais «chaque acte judiciaire des parties» suffit à produire cet effet (art. 138 al. 1 CO). Cette notion d'acte judiciaire des parties doit cependant être interprétée largement (ATF 106 II 35 consid. 4), tout en ayant égard à la ratio legis de la disposition citée, qui est de sanctionner l'inaction du créancier. Il faut donc considérer comme acte judiciaire d'une partie tout acte de procédure relatif au droit invoqué en justice et susceptible de faire progresser l'instance

(cf. ATF 130 III 207 consid. 3.2). En l'occurrence, ainsi que cela a été dit plus haut, le délai de prescription de deux ans a été interrompu une première fois le 1<sup>er</sup> décembre 2003 - par les décisions en réparation du dommage notifiées par l'intimée -, puis en tout cas par la décision sur opposition du 8 mars 2004, les recours des 8 et 23 avril 2004, la suspension de l'instance par ordonnances des 19 janvier 2006 et 13 février 2007, la délivrance de deux actes de défaut de biens en date du 29 avril 2008 et l'ordonnance de comparution personnelle du 20 octobre 2008 (ATF non publiés 9C\_903/2008 du 21 janvier 2009, consid. 5.4 et H 136/05 déjà cité, consid. 5.1). Eu égard aux explications qui précèdent, le recourant D \_\_\_\_\_ ne saurait donc se prévaloir de la prescription. Dans un second moyen, le recourant D \_\_\_\_\_ requiert l'appel en cause de Monsieur M \_\_\_\_\_. C'est oublier que l'art. 52 LAVS institue une responsabilité solidaire, de sorte que l'intimée jouit d'un concours d'actions en cas de pluralité de responsables. Dans la mesure où la caisse de compensation peut rechercher tous les débiteurs, quelques-uns ou un seul d'entre eux, à son choix (ATF 119 V 87 consid. 5a, 112 V 262 consid. 2b), elle n'a aucune obligation d'agir également à l'encontre de Monsieur M \_\_\_\_\_. Selon la jurisprudence, le juge des assurances sociales saisi d'une action en réparation du dommage au sens de l'art. 52 LAVS doit en principe inviter à participer à la procédure, à titre de co-intéressés, les personnes dont la responsabilité solidaire pour le dommage subi par la caisse entre raisonnablement en considération. Il rend à cet effet, d'office ou sur demande, une décision procédurale invitant le tiers intéressé à participer au procès, sauf si celui-ci ne s'est pas vu adresser de décision de réparation du dommage ou si la caisse a renoncé à ouvrir contre lui une action en réparation du dommage. En revanche, devra au besoin être appelé en cause le responsable qui n'a pas fait opposition à la décision en réparation du dommage (SVR 2007 AHV Nr. 2 p. 5; ATFA non publiés H 101/06 du 7 mai 2007 et H 72/06 du 16 octobre 2006 in SZS 2007 p. 152). Aux termes de l'art. 71 al. 1<sup>er</sup> de la loi du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA; RS E 5 10), l'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation identique ou à une cause juridique commune. En l'espèce, l'intimée n'ayant pas adressé de décision en réparation du dommage à Monsieur M \_\_\_\_\_ sa situation juridique ne sera pas affectée de sorte que les conditions ne sont pas réalisées pour que cet administrateur soit formellement appelé en cause. Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de constater que la créance en réparation du dommage de l'intimée n'est pas prescrite, d'écarter l'exception de prescription soulevée par le recourant D \_\_\_\_\_, de rejeter sa requête d'appel en cause de Monsieur M \_\_\_\_\_ et de réserver la suite de la procédure. PAR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES : Statuant selon l'art. 56U al. 2 LOJ : A la forme : Déclare les recours recevables. Statuant sur incident : Constate que la créance en réparation du dommage de la CCGC n'est prescrite envers aucun des recourants. Rejette la requête d'appel en cause de Monsieur M \_\_\_\_\_. Réserve la suite de la procédure. 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); 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 Yaël BENZ La présidente Karine STECK Le secrétaire-juriste : Philippe LE

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

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