

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/227/2006

ATAS/278/2007

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 1**

**du 15 mars 2007**

En la cause

Monsieur M \_\_\_\_\_, domicilié , à PLAN-LES-OUATES -  
GENEVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de  
Maître MEMBREZ François

demandeur

contre

CAISSE INTER-ENTREPRISE DE PREVOYANCE  
PROFESSIONNELLE, sise rue de Saint-Jean 67 à GENEVE

défenderesse

**Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Karine STECK et Isabelle DUBOIS, Juges**

### EN FAIT

1. La société X\_\_\_\_\_ SA, créée en 1989, a été dissoute par voie de faillite prononcée par jugement du Tribunal de première instance du 24 mars 1998. L'état de collocation a été publié le 9 mars 2005.
2. Monsieur M\_\_\_\_\_ a été administrateur de la société, affiliée auprès de la CAISSE INTER-ENTREPRISE DE PREVOYANCE PROFESSIONNELLE (ci-après la caisse), du 26 mars 1997 au 24 mars 1998. Il a requis de cette dernière, le 28 juin 2005, le versement de sa prestation de sortie, déclarant qu'il souhaitait s'installer à son propre compte.
3. Par courrier du 7 septembre 2005, la caisse l'a informé que le montant de sa prestation de libre passage s'élevait à 32'461 fr. 756, valeur au 30 septembre 2005, qu'elle entendait cependant déduire de ce montant la somme de 17'742 fr. 80 représentant l'arriéré de cotisations LPP dues par X\_\_\_\_\_ SA pour la période de mars à décembre 1997, de sorte qu'elle ne lui virait sur son compte bancaire que la différence, soit 14'718 fr. 95.
4. Par courrier du 28 septembre 2005, la caisse a rappelé que par lettres des 4 mai et 2 juillet 1998, elle avait produit dans la faillite de X\_\_\_\_\_ SA une créance totale de 22'028 fr. 95, que cependant, elle n'avait pu obtenir le remboursement de sa créance qu'à concurrence de 4'286 fr. 15, un acte de défaut de biens lui ayant été délivré pour le surplus le 10 août 2005. La caisse soutient ainsi que la déduction de la somme de 17'742 fr. 80 à la prestation de sortie, trouve son fondement dans une action dirigée directement contre l'intéressé en sa qualité d'administrateur conformément à l'art. 754 CO; que les délais de prescription de cinq ans et dix ans ont été parfaitement respectés, l'état de collocation ayant été publié le 9 mars 2005 et la faillite ayant été ouverte le 24 mars 1998; qu'enfin par jugement du Tribunal de police du 31 mai 1999, l'intéressé avait été reconnu coupable d'infraction à l'art. 76 al. 3 LPP.
5. Le 5 octobre 2005, l'intéressé, représenté par Maître François MEMBREZ, a sommé la caisse de lui verser la somme de 17'742 fr. 80 dans les dix jours.
6. Par courrier du 7 octobre 2005, se référant à un arrêt du Tribunal fédéral des assurances (TFA) B 20/00, la caisse a maintenu que la compensation à laquelle elle avait procédé n'était pas contraire à l'art. 39 al. 2 LPP.
7. Une seconde puis une troisième mise en demeure ont été adressées à la caisse les 26 octobre et 15 novembre 2005 et le 24 janvier 2006, l'intéressé a saisi le Tribunal de céans d'une demande visant à obtenir le paiement de la somme de 17'742 fr. 80, plus intérêts à 5% dès le 5 octobre 2005.

8. Invitée à se déterminer, la caisse, le 16 février 2006, considère qu'elle dispose envers l'intéressé d'une créance propre en dommage et intérêts au sens de l'art. 754 CO et que la compensation peut être admise.
9. Les écritures de la caisse ont été transmises à l'intéressé.
10. Par courrier du 2 août 2006, celui-ci a attiré l'attention du Tribunal de céans sur un arrêt récemment rendu par le TFA et paru in ATF 132 V 127, confirmant qu'il n'était pas possible de compenser une éventuelle créance en responsabilité de la caisse à l'égard d'une personne et la créance de prestation de libre passage de celle-ci.
11. Les parties ont été entendues par le Tribunal de céans le 10 octobre 2006. L'intéressé a expliqué qu'il travaillait en qualité de contremaître au sein de la société lorsque Monsieur B\_\_\_\_\_ avait donné sa démission du conseil d'administration. Comme il n'y avait personne pour le remplacer, il avait pris la relève. Il a précisé qu'il savait que la société se heurtait à quelques difficultés financières mais n'imaginait pas qu'elles étaient aussi sérieuses. Il n'a pas pensé à demander des informations précises sur la situation au moment où il est devenu administrateur. C'est lui qui prenait toutes les décisions concernant la société. Il allègue avoir tout fait pour qu'au moins les salaires des employés soient payés, reconnaissant avoir procédé aux retenues sur les salaires, sans pouvoir toutefois s'acquitter des charges sociales. S'il n'a pas déposé le bilan, c'est parce qu'il avait toujours l'espoir que la situation s'améliorerait. Il a à cet égard déclaré que "j'avais rempli un certain nombre de soumissions et je pensais que j'obtiendrais les contrats, ça n'a malheureusement pas été le cas. Etant sur le terrain, j'avais beaucoup de connaissances, et je pensais que grâce à cela, je réussirais à "remonter" la situation. Je ne voulais pas licencier d'ouvriers, il y avait quand même du travail et j'avais besoin d'eux, et en travaillant moi-même avec eux je réduisais le montant des charges. Je ne me souviens pas si j'ai pris d'autres mesures concrètes d'économies".

Sur demande du mandataire de l'intéressé, la représentante de la caisse a précisé que selon elle, celle-ci n'avait pas demandé la cession des droits de la masse en faillite au sens de l'art. 260 LP.

12. Sur ce la cause a été gardée à juger.
13. Les allégués des parties seront repris en tant que de besoin dans la partie en droit qui suit.

### **EN DROIT**

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1<sup>er</sup> août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

---

Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. b LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, y compris en cas de divorce, ainsi qu'aux prétentions en responsabilité (article 331 à 331e du code des obligations ; articles 52, 56a, alinéa 1, et article 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 ; article 142 code civil).

La compétence des autorités visées par l'art. 73 LPP est doublement définie. Elle l'est, tout d'abord, quant à la nature du litige : il faut que la contestation entre les parties porte sur des questions spécifiques de la prévoyance professionnelle, au sens étroit ou au sens large. Ce sont donc principalement des litiges qui portent sur des prestations d'assurance, des prestations de libre passage (actuellement prestations d'entrée ou de sortie) et des cotisations. En revanche, les voies de droit de l'art. 73 LPP ne sont pas ouvertes lorsque la contestation a un fondement juridique autre que le droit de la prévoyance professionnelle, même si elle devait avoir des effets relevant du droit de ladite prévoyance (ATF 128 V 44 consid. 1b, 127 V 35 consid. 3b et les références). Cette compétence est également limitée par le fait que la loi désigne de manière non équivoque les parties pouvant être liées à une contestation, savoir les institutions de prévoyance, les employeurs et les ayants droit (ATF 127 V 35 consid. 3b et les références; sur cette question, voir aussi MEYER-BLASER, Die Rechtswege nach dem BVG, RDS [106] 1987 I p. 610 ss, et SCHWARZENBACH-HANHART, Die Rechtspflege nach dem BVG, RSAS 1983 p. 174).

La compétence du Tribunal de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie, s'agissant du versement par la caisse d'une prestation de sortie.

3. La nouvelle loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.01) n'est pas applicable aux litiges en matière de loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP - RS 831.40 ; ATA/519/2003 du 24 juin 2003).
4. Aux termes de l'art. 2 de la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LFLP) :

"si l'assuré quitte l'institution de prévoyance avant la survenance d'un cas de prévoyance (cas de libre passage), il a droit à une prestation de sortie.

L'institution de prévoyance fixe le montant de la prestation de sortie dans son règlement; cette prestation de sortie doit être au moins égale à la prestation de sortie calculée selon les dispositions de la section 4.

La prestation de sortie est exigible lorsque l'assuré quitte l'institution de prévoyance. Elle est créditée à partir de ce moment-là des intérêts prévus à l'art. 15, al. 2, de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (LPP).

Si l'institution de prévoyance ne transfère pas la prestation échue dans les trente jours après avoir reçu toutes les informations nécessaires, elle est tenue de verser l'intérêt moratoire prévu à l'art. 26, al. 2, à partir de ce moment-là".

L'art. 5 LFLP précise que l'assuré peut exiger le paiement en espèces de la prestation de sortie :

- a. lorsqu'il quitte définitivement la Suisse; l'art. 25f est réservé;
  - b. lorsqu'il s'établit à son compte et qu'il n'est plus soumis à la prévoyance professionnelle obligatoire;
  - c. lorsque le montant de la prestation de sortie est inférieur au montant annuel des cotisations de l'assuré.
5. En l'espèce, il n'est pas contesté que l'intéressé a droit au paiement en espèces de sa prestation de sortie de la part de la caisse, puisqu'il entend s'établir à son compte.

La caisse ne lui a cependant versé qu'un montant de 14'718 fr. 95, compensant le surplus, soit 17'742 fr. 80, avec les cotisations dues par la société X\_\_\_\_\_ SA faillie dont l'intéressé était l'administrateur.

Celui-ci conteste la compensation opérée par la caisse à concurrence de 17'742 fr. 80, rappelant que la prestation de sortie doit être versée en espèces et que la caisse n'a en réalité pas de créance contre lui.

6. Le litige porte ainsi sur le droit de la caisse d'opposer la compensation de la prestation de sortie due au demandeur avec une créance qu'elle prétend avoir contre lui.
7. Selon la doctrine et la jurisprudence, la compensation de créances réciproques constitue un principe juridique général, ancré en droit privé aux art. 120 ss CO.

Le TFA dans un arrêt paru in VSI 1994 p. 217 a plus précisément eu l'occasion de traiter du droit de l'administration de procéder à la compensation d'une créance résultant d'une décision en réparation du dommage au sens de l'art. 52 LAVS avec une créance non contestée de l'employeur en restitution de cotisations perçues en trop. L'employeur invoquait dans ce cas le défaut d'exigibilité de la créance en réparation du dommage, se fondant sur le fait que la décision y relative n'était pas encore entrée en force. Le TFA, rappelant que cette créance faisait l'objet d'une

autre procédure, et se référant à l'art. 120 al. 2 CO, aux termes duquel "le débiteur peut opposer la compensation même si sa créance est contestée", a considéré que l'administration était en droit de procéder à la compensation, étant toutefois précisé qu'une telle solution n'avait pas d'incidence sur la légalité de la décision en réparation du dommage.

Une créance contestée peut ainsi être invoquée en compensation non seulement en droit privé selon l'art. 120 al. 2 CO mais également en droit public (André GRISEL, Traité de droit administratif, vol. II p. 658).

En droit des assurances sociales plus particulièrement, le principe est ainsi reconnu, même dans les branches de ce droit qui ne le prévoient pas expressément; au demeurant, la plupart des lois d'assurances sociales connaissent une réglementation spécifique (ATF 128 V 228 consid. 3b et les références; Blaise Knapp, Précis de droit administratif, Bâle 1991, n° 738, p. 162).

Dans le domaine de la prévoyance professionnelle, seul l'art. 39 al. 2 LPP règle la question de la compensation de créances mais seulement dans le cas particulier de créances cédées par l'employeur à l'institution de prévoyance.

Selon l'art. 39 al. 2 LPP en effet, le droit aux prestations ne peut être compensé avec des créances cédées par l'employeur à l'institution de prévoyance que si ces créances ont pour objet des cotisations non déduites du salaire. Cette interdiction quasi générale de compenser ne vaut pas lorsque les prétentions en matière de prévoyance professionnelle sont échues, pour autant qu'il n'en résulte pas une atteinte au minimum vital de l'intéressé (cf. Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, Zurich 2005, n° 923 et 924, p. 344). Dans les cas où la compensation est admise, les dispositions du code des obligations qui en fixent les conditions sont applicables par analogie (art. 120 ss CO; VSI 1994 p. 217 consid. 3; arrêt du TFA du 19 mars 2002 B 12/01; arrêt du 27 janvier 2006 B 109/05).

8. Selon la caisse, l'art. 39 LPP n'est pas applicable dans le cas d'espèce, puisqu'il ne s'agit pas d'une créance cédée mais d'une créance propre à l'égard de l'intéressé, pris en sa qualité d'administrateur d'une société faillie, selon l'art. 754 CO. Elle se réfère également à un arrêt rendu par le TFA en date du 29 décembre 2000, B 20/00 consid. 2b, lequel confirme que lorsqu'il ne s'agit pas d'une créance cédée par un employeur, la compensation peut être admise.

L'intéressé en revanche conteste le droit de la caisse de procéder à la compensation, considérant que celle-ci est incapable de prouver la moindre créance contre lui, et alléguant au surplus que le dommage invoqué est un dommage indirect qui aurait de ce fait requis une cession des droits de la masse en faillite.

Il a par ailleurs produit copie d'un jugement selon lequel, même après l'entrée en vigueur de la LFLP, la compensation n'est pas admissible pour des motifs liés à la couverture de prévoyance (ATF 132 V 127).

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

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.

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.

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

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 1<sup>er</sup> 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.

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 1<sup>er</sup> 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.

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 1<sup>er</sup> 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 1<sup>er</sup> 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.

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, 2<sup>ème</sup> 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

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.

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

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).

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.

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.

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.

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

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.

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)
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.

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

**Statuant**

**(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)**

**A la forme :**

1. Déclare la demande recevable.

**Au fond :**

2. La rejette.
3. Dit qu'il n'est pas perçu d'émolument.
4. 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

La Présidente :

Marie-Louise QUELOZ

Doris WANGELER

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