

TRIBUNAL ADMINISTRATIF DU CANTON DE FRIBOURG

COUR DES ASSURANCES SOCIALES

Séance du 20 décembre 2002

sur l'action en réparation du dommage introduite le 24 août 1998
(5S 98 555)

par

**la Caisse de compensation du canton de Fribourg (CCC), à Givisiez,
demanderesse,**

contre

G. B., à C., représenté par Me G., avocat à Fribourg, défendeur,

**en matière d'assurance-vieillesse et survivants
(action en responsabilité au sens de l'art. 52 LAVS)**

C o n s i d é r a n t :

En fait:

- A. L'association sportive HC Fribourg-Gottéron, fondée en 1937 et sise à Fribourg, a notamment pour buts de former une génération saine par la pratique de la culture physique et le développement des sports en général, du hockey en particulier, de soutenir le développement de la jeunesse par une éducation physique et morale appropriée, ainsi que d'entretenir entre les membres des relations d'amitié et de bonne camaraderie. Elle est affiliée à la ligue suisse de hockey sur glace (LSHG).

La première équipe du HC Fribourg-Gottéron fait partie de l'élite du hockey sur glace en Suisse depuis son ascension en ligue nationale A en 1983. Grâce notamment à l'engagement de ses deux joueurs vedettes russes Slava Bykov et Andrei khomutov au début des années 90, elle est même parvenue à trois reprises consécutives en finale du championnat suisse en 1992, 1993 et 1994, sans pour autant réussir à décrocher le titre.

En proie à des difficultés financières, l'association a par la suite été contrainte de demander l'octroi d'un sursis concordataire le 11 août 1997, demande qui aboutira à l'homologation d'un concordat par abandon d'actif et qui conduira à la création d'une nouvelle société anonyme, HC Fribourg-Gottéron SA.

En sa qualité d'employeur, l'association HC Fribourg-Gottéron était affiliée à la Caisse de compensation du canton de Fribourg pour procéder avec elle au décompte des cotisations paritaires dues aux différents régimes de l'assurance sociale suisse sur les salaires versés aux joueurs et autres membres de son personnel.

- B. S'estimant lésée par le non-paiement des contributions sociales de la part de ladite association, la Caisse de compensation du canton de Fribourg émet le 3 juin 1998 une décision de réparation du dommage ainsi causé à l'encontre de son président, G. B., domicilié à C.

Suite à l'opposition de ce dernier, elle saisit le 24 août 1998 le juge des assurances sociales de céans d'une action en réparation et réclame de la part du défendeur la somme totale de frs 152'846.15, représentant les cotisations fédérales légales à l'AVS/AI/APG/AC, les frais d'administration, les taxes de sommation et les intérêts moratoires, et correspondant à un

solde de cotisations impayées sur une période courant du mois de juillet 1996 au mois d'août 1997.

G. B., représenté par Me G., avocat à Fribourg, conclut le 22 novembre 1999 au rejet de l'action, avec suite de frais et dépens.

Il sera fait état des arguments des parties, invoqués par elles à l'appui de leurs conclusions, dans les considérants de droit du présent arrêt, pour autant que cela soit utile à la solution du litige.

En droit:

(Extraits des considérants)

1-3. (...)

4. Est en l'espèce litigieuse la question de savoir si, comme le soutient la Caisse demanderesse, les conditions de l'art. 52 LAVS sont réalisées.

a) De la qualité d'employeur du défendeur

Le défendeur conteste tout d'abord que la qualité d'employeur puisse être reconnue aux membres d'une association sportive en particulier, et aux organes de l'employeur de manière générale, s'opposant ainsi sur ce dernier à l'interprétation de l'art. 52 LAVS par la jurisprudence, interprétation qui s'apparente selon lui à une modification de responsabilité contra legem avantageant de façon inadmissible les caisses publiques. Pour le reste, il fait encore valoir que son rôle de président du HC Fribourg-Gottéron dès le mois de juin 1996 se limitait à superviser les questions financières et que de ce point de vue également, il ne saurait encourir la responsabilité d'un employeur à titre personnel.

L'extension de la responsabilité aux organes de l'employeur en matière d'AVS fait l'objet d'une jurisprudence constante que la Cour n'entend pas remettre ici en cause. La charge des cotisations de l'AVS constitue pour ces derniers une obligation assimilable à celles de droit privé pour lesquelles la loi institue précisément une responsabilité personnelle, dont le défendeur ne conteste d'ailleurs pas le principe. Ainsi, le droit des sociétés régi par le code des obligations instaure-t-il une telle responsabilité pour les organes des différentes formes de sociétés commerciales. C'est de ces règles, en

particulier de celles découlant du droit de la société anonyme, que s'inspirent les développements jurisprudentiels critiqués par le défendeur.

Cette jurisprudence s'inspire également des solutions retenues par le Code Civil, à savoir de la responsabilité personnelle subsidiaire pour faute de l'organe de toute personne morale (art. 55 al. 3 CC), au nombre desquelles les personnes morales n'ayant, comme le HC Fribourg-Gottéron, pas un but économique, et n'étant dès lors pas organisées sur le mode d'une société commerciale. Le défendeur sera donc recherché si l'association sportive ne peut plus l'être par la Caisse vu sa dissolution.

Il reste désormais à vérifier si le rôle effectivement joué par le défendeur au sein de l'administration du HC Fribourg-Gottéron fait apparaître ce dernier comme un organe responsable au sens où l'entend l'art. 52 LAVS, et le cas échéant, sur quelle période.

A cet égard, il ressort très clairement des statuts de l'association que le comité directeur, parmi lequel figure le président, assume la responsabilité de la bonne marche des affaires sportives, financières, et administrative. Il a notamment la compétence d'engager les employés de la société (art. 38 et ss des statuts). Dans ces conditions, le défendeur ne saurait valablement se dégager de sa responsabilité de procéder au versement des cotisations salariales.

De plus et comme il l'admet lui-même dans ses écritures, le nouveau comité directeur a, sous son impulsion de président ad interim depuis le mois de juin 1996, tout de suite cherché à trouver des solutions pour le règlement des arriérés de cotisations dès le mois d'août 1996, ainsi que l'atteste un plan de règlement du 29 août 1996 adressé par la Caisse à son attention. Il faut préciser à cet égard que la période de crise que traversait le HC Fribourg-Gottéron a nécessité, conformément aux statuts, la création d'un bureau directeur (au sens de l'art. 44 des statuts du club) qui sera conduit par le défendeur. Le procès-verbal d'une séance du comité directeur du 12 août 1996, dans les locaux de la fiduciaire du défendeur, prouve manifestement que ce dernier s'est à cette occasion personnellement saisi du dossier des cotisations arriérées en confiant, pour vérification, les documents nécessaires au prochain contrôle de la Caisse à l'un de ses collaborateurs. Le défendeur a dès lors été l'un des principaux interlocuteurs de la Caisse durant toute sa présidence ad intérim, jusqu'au mois de janvier 1997. Il en deviendra même le principal sous sa présidence, le rôle de chef des finances lui étant alors dans un premier temps dévolu, via sa fiduciaire, faute d'un "oiseau rare" (cf procès-verbal de l'assemblée générale du 22 janvier 1997).

Enfin, il y a lieu de constater que, entendu à ce sujet par le juge d'instruction, il a lui-même déclaré plus tard au cours d'une audition du 21 août 1998: "*sur la base du fonctionnement interne de l'association, c'est le responsable des*

finances et le président qui sont tous deux responsables du paiement des cotisations sociales".

Il ne saurait donc manifestement être suivi lorsqu'il affirme s'être contenté de superviser les questions financières. Sa responsabilité d'employeur peut donc être engagée pour la période allant du mois de juin 1996 au mois d'octobre 1997.

b) De la faute

aa) Le défendeur estime ne pas avoir commis de faute dans sa gestion, mais avoir au contraire tout mis en œuvre pour trouver une solution de règlement des cotisations. C'est essentiellement le manque de liquidités qui a contraint le club à cesser le paiement des cotisations. Suite à la reprise des cotisations par la Caisse, il est ainsi devenu impossible d'acquitter une double charge, à savoir le règlement des cotisations courantes et de celles arriérées. Ces dernières ont toutefois en partie été réglées conformément à un plan conclu avec la Caisse en date du 29 août 1996. Pour le reste, il fait encore valoir que sa responsabilité doit être jugée moins sévèrement que ne pourrait l'être celle de l'administrateur d'une société anonyme dans la mesure où il a exercé sa charge à titre bénévole.

Il sied d'emblée de préciser que, comme le TFA l'a encore récemment rappelé, la responsabilité du membre bénévole d'une association ne doit pas être traitée différemment de celle de l'administrateur d'une société anonyme. Le premier ne saurait en effet respecter ses obligations avec moins de soins sous prétexte qu'il n'est pas rémunéré. L'examen des critères développés par le droit privé, dont s'inspire l'art. 52 LAVS, fait en outre ressortir que les solutions retenues à cet égard sont identiques, la notion de faute de l'art. 55 al. 3 CC englobant à l'évidence celles de l'intention et de la négligence grave de l'art. 754 CO.

bb) Cela étant dit, la Cour de céans observe que le défendeur, déjà président de la Crosse d'Or du HC Fribourg-Gottéron, association ayant notamment pour but de soutenir le club, fut appelé à la présidence à un moment critique, soit au mois de juillet 1996. Face aux nombreux problèmes de liquidités et devant l'augmentation du nombre des créanciers, il fut alors convenu, comme le prévoient les statuts, de mettre sur pied un bureau de crise, dont le défendeur accepta donc la présidence, à titre intérimaire dans un premier temps.

C'est ce qui ressort clairement du procès-verbal d'une séance du comité directeur du 12 août 1996, en préambule duquel sont reproduits les propos alors prononcés par le défendeur: "*avant de débiter la séance, G. B.,*

nouveau président par interim, fait part de ses considérations quant au fonctionnement futur du comité du HC Fribourg-Gottéron. Il ne s'attarde pas sur les événements qui ont ébranlé le club ces dernières semaines et signale qu'il souhaite travailler dans un climat de confiance et de franchise. Il n'est pas magicien et n'a pas de solution miracle pour sortir le HCFG du mauvais pas dans lequel il se trouve. Par contre, il est convaincu que des solutions seront trouvées si tous les membres du comité sont solidaires les uns des autres. L'imagination doit également être de la partie pour redorer l'image de la famille Gottéron".

Les mesures financières urgentes suivantes seront ainsi, entre autres, immédiatement prises à l'issue de cette séance et confiées au nouveau responsable des finances, R. M.: communication de la situation du club aux instances de la ligue suisse de hockey sur glace, dans le but d'obtenir une licence provisoire pour la saison 1996/1997; transfert de la comptabilité du club; règlement de frs 315'000.- de factures grâce aux paiements de la Crosse d'Or et aux montants reçus pour le transfert de certains joueurs; prise de contact avec le service de l'impôt à la source; priorité donnée au dossier des cotisations AVS, dont la procédure de reprise pour les années 1992 à 1995 est d'ores et déjà prévue; enfin, courrier adressé à la fiduciaire Atag, Ernst & Young, à Berne, pressentie pour un audit.

C'est en effet sur proposition du défendeur, que le comité directeur du HC Fribourg-Gottéron commandera en octobre 1996 une expertise comptable à cette dernière fiduciaire, expertise visant à vérifier la tenue des comptes annuels depuis la saison 1991/1992 et à expliquer les raisons de la crise financière en déterminant, le cas échéant, les erreurs qui ont pu être commises dans la gestion comptable du club durant ces années-là.

Le rapport d'Atag, Ernst & Young sera rendu le 21 janvier 1997. A sa lecture, force est de constater que la précarité de la situation financière n'est pas uniquement liée à la conjoncture ou à une insuffisance de résultats sportifs, mais également à l'organisation même du club, qui laisse à désirer: "*[Les] lacunes du système comptable et financier sont, à notre avis, dues à la faiblesse de l'organisation en place, notamment la surveillance à l'intérieur du club durant les périodes sous revue. (...) Tenant compte des erreurs que nous avons constatées durant nos vérifications et selon notre appréciation, les connaissances techniques en matière de contrôle de gestion et/ou l'autorité des personnes chargées du contrôle interne n'étaient pas assez assurées. Par ailleurs, le manque de moyens auxiliaires d'organisation tels que des règlements d'organisation du comité directeur, des descriptions des fonctions des membres en charge d'une fonction et/ou la non application de ces derniers ont contribué à ce que les personnes responsables en fonction ne disposaient pas de toutes les informations relatives aux engagements pris par le club durant les périodes comptables(...). Ce manque de structures claires et précises dans le système a permis que des engagements non*

comptabilisés ne puissent être détectés par des personnes n'étant pas directement liées à la présentation des comptes annuels. (...) (rapport Atag Ernst & Young du 21 janvier 1997, p. 47 s).

Selon la fiduciaire, ce manque de structure a été à l'origine d'une mauvaise gestion comptable, laquelle a eu dès lors pour effet de dissimuler l'ampleur des difficultés financières accumulées de 1992 à 1995: *"la recherche des pièces comptables et bancaires s'est révélée difficile, voire impossible dans certains cas. Toutes les pièces nécessaires n'ont pas pu être localisées durant nos travaux. (...) En effet, ces divers documents sont classés auprès de plusieurs responsables ou personnes concernées et il ne nous a pas été possible de rechercher toutes ces personnes concernées en temps utile. Vu ce qui précède, nous constatons que la documentation de la comptabilité est insuffisante (...)"* (rapport Atag, Ernst & Young du 21 janvier 1997, p. 49); *"par ailleurs, le manque de moyens auxiliaires d'organisation tels que des règlements d'organisation du comité directeur, des descriptions des fonctions des membres en charge d'une fonction et/ou la non application de ces derniers ont contribué à ce que les personnes responsables en fonction ne disposaient pas de toutes les informations relatives aux engagements pris par le club durant les périodes comptables(...)"* (rapport Atag Ernst & Young p. 47).

Le rapport Atag, Ernst & Young a également mis en évidence de nombreuses négligences imputables aux prédécesseurs du défendeur: *"(...) les éléments constatés tels que les charges diverses dues mais non provisionnées à la fin des exercices, les décomptes AVS inexacts ainsi que la constatation que des comptes bancaires du club n'étaient pas gérés et/ou contrôlés par le service de comptabilité nous obligent à penser qu'il y a eu négligence dans la tenue des comptes. Nous ne pouvons prendre position quant aux raisons qui ont mené à cette situation, étant donné que nous n'avons pas été en mesure d'élucider s'il s'agissait d'un manque de volonté ou de négligence de la part des personnes responsables du domaine financier au sein du comité"* (rapport Atag Ernst & Young du 21 janvier 1997, p. 48).

Sur ce dernier point, les conclusions de la fiduciaire recourent en fait les observations effectuées par le comité de crise lors de la vérification des comptes des prédécesseurs. Il ressort ainsi par exemple d'une note interne de R. M. adressée à G. B. en date du 9 octobre 1996 que des décomptes établis par A. K., ancien vice-président, et M. B., l'ancien responsable des finances, n'avaient pas été comptabilisés, et que dès lors, en résultait une *"situation confuse"*.

Il découle de ce qui précède que la situation financière critique dans laquelle se trouvait le club à l'arrivée du défendeur était essentiellement due à une

mauvaise organisation interne doublée d'une gestion à tout le moins négligente, dont il ne saurait assurément répondre personnellement.

- cc) Il convient désormais d'examiner si, dans ces conditions, la continuation d'une entreprise grevée de dettes et manquant de liquidités pouvait raisonnablement être envisagée sans causer de préjudice à la caisse demanderesse, qui, faut-il le préciser, était déjà l'un des principaux créanciers du club avant la prise de fonction du défendeur.

A cet égard, la Cour de céans relève que ce dernier a traité le dossier des cotisations AVS en priorité. Au lendemain de la séance du 12 août 1996, soit le 14 août, a ainsi eu lieu une rencontre avec les représentants de la caisse, rencontre sollicitée par le défendeur et son nouveau responsable des finances, afin de fixer le montant exact de la dette du club (qui se montera finalement à frs 221040.40 selon un courrier de la caisse du 29 août 1996) et de trouver une solution au règlement de cette dernière. Il en a découlé un plan d'assainissement, suivi par le club jusqu'au mois de janvier 1997.

C'est en effet dès la communication, par quatre décisions de la caisse datées du 17 janvier, du résultat de la procédure de reprise des salaires arrêtant un montant de cotisations arriérées de frs 270178.25 pour les années 1992 à 1995, puis la réception du rapport Atag, Ernst & Young du 21 janvier, affichant des pertes bien supérieures à ce que laissait entrevoir une comptabilité faussée, que la tâche du comité directeur a été définitivement compromise.

C'est bien à cette période (cf. 1^{er} rappel du 21 janvier 1997), que le club ne parvint plus à acquitter les paiements arriérés, paiements qui représentaient jusqu'alors une double charge à côté des cotisations en cours, que le comité directeur assumera en revanche jusqu'au mois d'avril 1997 encore, date coïncidant d'ailleurs avec l'établissement d'un bilan provisoire.

L'on peut en effet considérer, à la lumière des extraits de compte fournis par la caisse, et notamment des versements partiels du 6 août 1997 et du 9 juin 1999 que le paiement des cotisations en cours cessera après le règlement du mois d'avril 1997. Ce n'est donc qu'à partir du mois de mai 1997 et jusqu'au mois d'octobre 1997, soit la date de l'octroi du sursis concordataire, que le préjudice occasionné à la caisse par les prédécesseurs du défendeur s'est aggravé. Dès lors, il y a lieu de retenir que du mois d'août 1996 au mois d'avril 1997, la gestion du défendeur n'a pas lésé la caisse.

- dd) La Cour de céans doit ainsi examiner les derniers mois de la gestion du club par le défendeur afin de déterminer si des fautes ont pu être commises par lui durant cette période.

Elle peut admettre, vu la particularité de la situation et notamment du calendrier sportif, que, face au manque de liquidités, le non-paiement de cotisations à partir du mois de mai 1997 ait pu constituer aux yeux du défendeur l'unique possibilité de sauver le club, et, partant, les emplois, tout en assurant le versement des salaires.

Auditionné par le juge d'instruction suite à une plainte déposée par la caisse le 16 janvier 1998, procédure qui se soldera par une ordonnance de non-lieu datée du 30 juin 1999, le défendeur a soutenu: *"je reconnais que des cotisations AVS n'ont pas été payées à temps à la caisse de compensation du canton de Fribourg. Cela provient du fait que notre association connaissait des difficultés de trésorerie; d'ailleurs, nous avons connu également des difficultés pour payer les salaires des joueurs. Des cotisations ont été déduites des salaires des joueurs mais celles-ci n'ont pas été utilisées pour payer d'autres créanciers. La situation nous permettait tout au plus de payer le salaire net des joueurs sans qu'il nous reste des liquidités. D'ailleurs, certains salaires ont été payés tardivement"* (procès-verbal de l'audition du 21 avril 1998).

Conscient que le club ne pouvait raisonnablement plus être géré par une association sportive et que sa survie nécessitait l'apport de nouveaux capitaux, le comité s'est en fait résolu, sous l'impulsion du défendeur et après sondage préalable de la population fribourgeoise, à créer autour du HC Fribourg-Gottéron une société anonyme, au régime juridique plus strict prévoyant notamment le renforcement de la responsabilité du comité et des exigences comptables, et la création d'un organe de révision soumis à l'obligation d'aviser le juge en cas de surendettement. Une telle solution de reprise, d'ailleurs implicitement préconisée par le rapport Atag, Ernst & Young, nécessitait un certain temps.

Cette mesure, qui apparaît comme un juste motif de surseoir au paiement des cotisations dans le sens où l'entend la jurisprudence, a été exécutée à un moment propice, soit avant la reprise du championnat, et dans des délais que l'on peut qualifier de raisonnables, compte tenu du nombre d'opérations préalables à effectuer, opérations énumérées par le comité à l'appui de sa demande de sursis concordataire du 11 août 1997: *"1. Dès que les résultats financiers au 30 avril 1997 ont été connus, un groupe de travail présidé par M. G. B. a examiné dans le détail toutes les mesures susceptibles d'être prises pour faire face à la situation extrêmement délicate de notre société. Très rapidement, il a fallu se rendre à l'évidence: un assainissement de la société n'est plus possible dès lors qu'il n'a pas été possible de trouver des sources de financement disposées à prendre en charge, en totalité ou en partie, les passifs existants. 2. Par contre, les contacts pris auprès des autorités de même qu'auprès de certains milieux industriels et commerciaux, enfin un sondage effectué auprès d'un échantillon de la population ont convaincu le groupe de travail qu'il fallait mettre en place de nouvelles*

structures pour permettre à notre club de hockey de survivre dans un encadrement plus sain. C'est ainsi qu'après avoir pris contact avec l'association suisse de hockey sur glace, décision a été prise d'examiner dans le détail la constitution d'une société anonyme. 3. Les démarches préliminaires une fois entreprises, les responsables du projet "société anonyme" ont décidé de constituer une SA et de la doter d'un capital de l'ordre de CHF 3 Mio. Cette somme devrait être réunies par étapes, savoir: - jusqu'au 31 juillet 1997: trouver CHF 2 Mio auprès d'amis de longue date de notre société - jusqu'au 15 août 1997: démarches en vue de l'octroi d'un sursis concordataire pour notre société - jusqu'au 14 août 1997: réunir auprès d'un plus large public la somme d'environ CHF 0,5 Mio. - le 15 août 1997: décision de l'Association suisse de hockey autorisant ou non le "nouveau" HC Fribourg-Gottéron à participer au championnat suisse; cette autorisation dépendra précisément de la situation et des perspectives économiques que le club pourra offrir - jusqu'au 15 septembre 1997: réunir dans une troisième étape CHF 0,5 Mio. La décision formelle de constituer la société anonyme ne sera prise qu'après avoir pris connaissance de la décision de l'Association suisse de Hockey sur glace. Comme vous avez pu l'apprendre à travers les médias, les responsables du dossier de la société anonyme ont réussi à ce jour à réunir des bulletins de souscription pour une somme de CHF 2,1 Mio".

La société anonyme du HC Fribourg-Gottéron verra le jour au mois de novembre 1997. Le défendeur en assumera la présidence du conseil d'administration.

Vu tout ce qui précède, il y a donc lieu de retenir que le défendeur, qui n'a en outre commis à proprement parler aucune négligence, ne saurait être condamné personnellement pour faute dans la gestion du club. Ayant en effet hérité d'un club déjà lourdement endetté dans une situation critique, il a immédiatement pris un nombre de décisions urgentes qui lui ont permis de dresser un état financier complet du club. Il est parvenu dans un second temps à assurer la survie du club, ses emplois et ses objectifs sportifs (maintien en ligue nationale A) en créant une société anonyme, dotant ainsi celui-ci d'une forme juridique adéquate.

Dans ces conditions, force est de constater que la responsabilité personnelle du défendeur n'est pas engagée. Partant, l'action de la caisse à son encontre doit être rejetée.