

Tribunal fédéral – 4A\_428/2014  
destiné à la publication  
1<sup>ère</sup> Cour de droit civil  
Arrêt du 12 janvier 2015 (f)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Vincent Carron, L'action de l'employé contre l'administrateur de la société en cas d'omission de payer les primes de l'assurance d'indemnités journalières ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_428/2014, Newsletter DroitDuTravail.ch février 2015

Newsletter février 2015

Conclusion d'une assurance d'indemnités journalières régie par la LCA ; responsabilité de l'employeur en cas de non-paiement des primes

Droit d'action directe de l'employé contre les organes sociaux de la société

**Art. 41, 97, 147 al. 2, 324a, 717 CO ; 159 CP**



## L'action de l'employé contre l'administrateur de la société en cas d'omission de payer les primes de l'assurance d'indemnités journalières ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_428/2014

Vincent Carron, avocat à Genève, spécialiste FSA en droit du travail

### I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt, dont la publication est prévue au Recueil Officiel des ATF, le Tribunal fédéral juge qu'un employé qui, en raison d'un défaut de paiement des primes par la société anonyme qui l'emploie, n'a pu bénéficier de la couverture de l'assurance d'indemnités journalières à laquelle il était en droit d'attendre, peut former action en responsabilité directe contre les administrateurs qui ont détourné du salaire la contribution « employé » destinée au paiement des primes d'assurance.

### II. Résumé de l'arrêt

#### A. Les faits

La société anonyme et son employé avaient passé un accord dérogatoire selon l'article 324a al. 4 CO et prévu une couverture perte de gain en cas de maladie par une assurance privée. Les primes d'assurance étaient prises en charge par l'employeur et l'employé, l'employeur déduisant la part « employé » de son salaire, aux fins de la verser, avec sa part, à l'assurance. L'employé est tombé malade. La société, tout en prélevant la part « employé » du salaire de ce dernier, n'avait cependant pas acquitté les primes. Aussi, l'assureur avait suspendu la couverture d'assurance et annulé la police rétroactivement pour une date précédant la maladie de l'employé, l'employé ne pouvant dès lors toucher de prestations.

L'employé attrait d'abord son employeur au tribunal des prud'hommes pour réclamer des montants à titre de salaire et de vacances. La procédure se termine par une transaction qui prévoit notamment CHF 11'200.- brut en faveur de l'employé pour les indemnités

journalières afférentes à la période déjà écoulée et un montant mensuel de CHF 2'800.- jusqu'au terme de la maladie ou des 723 jours que le contrat d'assurance aurait dû couvrir.

L'employé avait également déposé plainte pénale contre l'administrateur président et l'administrateur secrétaire de la société. Le premier est condamné pour détournement de retenue sur les salaires (art. 159 CP et 87 al. 3 LAVS) et gestion fautive et déloyale (art. 158 CP en concours avec l'art. 165 CP). L'administrateur secrétaire est condamné notamment pour détournement de retenue sur les salaires (art. 159 CP et 87 al. 3 LAVS) et soustraction de paiement de cotisations de l'assurance sociale (art. 87 al. 2 LAVS).

La société est mise en faillite peu après. L'employé produit une créance de CHF 57'065.45 qui est admise au passif à concurrence de CHF 56'793.80. Après distribution des deniers, l'employé reçoit un acte de défaut de biens pour CHF 49'976.95. Il fait notifier des commandements de payer aux deux administrateurs. L'un d'eux introduit une demande en constatation de l'inexistence d'une créance de l'employé. L'employé forme une demande reconventionnelle concluant à ce que les deux administrateurs soient condamnés à lui payer la somme de CHF 53'740.40, mais réduit plus tard ses conclusions à CHF 38'119.-.

Les administrateurs se voient condamnés solidairement à payer à l'employé le montant de CHF 38'119.- plus intérêts, réduit à CHF 36'755.- par la Cour d'appel cantonale qui, pour le surplus, confirme le jugement. Les deux administrateurs exercent un recours en matière de droit civil au Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal.

## **B. Le droit**

La cour cantonale avait fondé le devoir de réparer sur le fait que les administrateurs avaient violé les devoirs (notamment celui de diligence résultant de l'art. 717 al. 1 CO) qui leur incombaient en qualité d'administrateurs de la société anonyme.

La Haute Cour remet d'abord en perspective le contexte dans lequel le contrat d'assurance collective d'indemnités journalières intervient et rappelle que l'art. 324a al. 4 CO permet de substituer, notamment par un accord écrit, une couverture d'assurance à l'obligation légale de payer le salaire dans les cas d'incapacité mentionnés à l'art. 324a al. 1 à 3 CO, pour autant que le système dérogatoire permette de bénéficier de prestations au moins équivalentes. Le Tribunal fédéral rappelle qu'en matière de risque de perte de gain, maladie ou accident, les parties peuvent librement choisir soit une assurance sociale régie par la LAMal (art. 67 à 77 LAMal), soit l'assurance d'indemnités journalières de droit privé régie par la LCA.

En l'espèce, l'employeur avait conclu une assurance privée régie par la LCA. Le caractère dérogatoire n'était pas contesté. La Haute Cour rappelle que l'art. 87 LCA est de nature impérative (cf. art. 98 LCA) et confère un droit propre à l'assuré, qu'il peut faire valoir contre l'assureur. Seul le bénéficiaire (assuré) est titulaire de la prestation d'assurance. La nature même du contrat d'assurance collective d'indemnités journalières présuppose que celles-ci soient acquittées entre les mains de l'assuré en faveur duquel il a été conclu, ledit paiement intervenant en lieu et place de l'obligation de l'employeur de payer le salaire. Le mode d'exécution de ce contrat peut ainsi être comparé à la stipulation pour autrui parfaite. Le tiers dispose d'un droit de créance propre contre le promettant et peut agir en exécution dès que la créance est exigible, le débiteur ne pouvant par ailleurs se libérer qu'en faisant sa prestation au tiers. L'assuré ne devient toutefois pas partie au contrat et, partant, l'employeur (preneur d'assurance) est toujours le débiteur des primes d'assurances. S'il y a

une convention entre l'employé et l'assureur qui prévoit que le versement a lieu chez l'employeur, cela ne change rien aux considérations qui précèdent. Il s'agit simplement de modalités d'encaissement et d'acquittement d'une tâche administrative par l'employeur. Lorsque l'employé ne satisfait pas aux obligations qui lui sont imposées par la convention dérogatoire à l'art. 324a CO, il doit réparation du dommage subi par l'employé, et ce dommage correspond aux prestations d'assurance perdues. La créance en réparation contre l'employeur se fonde sur l'art. 97 al. 1 CO (mauvaise exécution contractuelle).

Les administrateurs estimaient ne pas pouvoir être poursuivis, notamment car l'employé avait trouvé un accord sur sa créance à l'encontre de la société, même si cet accord n'avait pu être pleinement exécuté du fait de la mise en faillite de la société. Or, le Tribunal fédéral retient que cet accord n'était pas de nature à libérer d'autres créanciers, selon l'art. 147 al. 2 CO. L'art. 147 al. 2 CO, applicable par analogie aux cas de solidarité imparfaite, prévoit que si l'un des débiteurs solidaires est libéré sans que la dette ait été payée, sa libération ne profite aux autres que dans la mesure indiquée par les circonstances ou la nature de l'obligation. Le Tribunal fédéral retient qu'il incombait aux administrateurs d'alléguer une volonté des parties à cet accord de libérer les autres créanciers, ce que les administrateurs n'avaient pas fait.

Enfin, se posait la question du droit de l'employé à exercer une action directe à l'encontre des administrateurs sociaux. La Haute Cour rappelle les trois cas de figure qui peuvent se présenter :

- 1° *Le dommage direct du créancier social, sans dommage direct de la société.* Le créancier est lésé à titre personnel par le comportement des organes, mais la société n'est pas lésée. Le créancier social, et lui seul, subit un dommage direct. Dans ce cas, le créancier lésé peut agir à titre individuel contre le responsable selon les règles ordinaires de responsabilité civile (art. 41 CO, etc.).
- 2° *Le dommage par ricochet du créancier social.* Le manquement des organes est susceptible de causer en premier lieu un dommage à la société seule (dommage direct) le créancier n'étant lésé que par ricochet, si la société devenait insolvable. C'est uniquement lorsque le manquement des organes cause l'insolvabilité de la société, puis sa faillite, que le créancier subit une perte (dommage par ricochet), qui lui ouvre l'action de l'art. 757 al. 2 et al. 3 CO.
- 3° *Dommages directs tant pour le créancier social que pour la société.* Ces cas sont plus rares. Le comportement de l'organe porte directement atteinte tant au patrimoine de la société qu'à celui du créancier social. Dans ce cas, la jurisprudence a limité le droit d'agir des créanciers sociaux afin de donner une priorité à l'action sociale. Ainsi, lorsque la société est aussi lésée, un créancier social ne peut agir à titre individuel contre un organe en réparation du dommage direct qu'il a subi que s'il peut fonder son action sur un acte illicite, une *culpa in contrahendo*, ou une norme du droit des sociétés conçue exclusivement pour protéger les créanciers.

En l'espèce, les administrateurs ont déduit les cotisations pour l'assurance d'indemnités journalières en cas de maladie du salaire de l'employé pour les utiliser à d'autres fins. L'employé subissait un dommage direct, puisqu'il ne recevait pas les prestations d'assurance dues. La société était appauvrie directement elle aussi puisque son passif s'est accru d'une

obligation de réparer le préjudice de l'employé. Dès lors, elle pouvait s'en prendre aux administrateurs en invoquant la violation de l'art. 41 CO ou du devoir de diligence de l'art. 717 CO. D'autre part, il n'y avait plus de concurrence de prétentions entre celles de l'employé et celles de la société, puisque la faillite de la société avait été prononcée et clôturée. Il ne semblait pas que l'administration de la faillite ait actionné les administrateurs pour le préjudice subi ni qu'une cession du droit de la masse ait eu lieu. Quoi qu'il en soit, le créancier social pouvait fonder son action sur un acte illicite et était donc légitimé à agir à titre individuel contre les organes en réparation du dommage direct subi.

Le Tribunal fédéral reproche au tribunal cantonal d'avoir été imprécis dans sa détermination de l'« illicéité », en laissant entendre que n'importe quel devoir incombant aux personnes chargées de la gestion de la liquidation pouvait entraîner leur responsabilité, dans la perspective du devoir de diligence des administrateurs (art. 717 CO en lien avec l'art. 754 CO). Or, le Tribunal fédéral renonce à trancher la question dès lors que la responsabilité des organes était quoi qu'il en soit engagée ici selon l'art. 41 CO. En effet, dans le cas d'espèce, une norme de comportement (*Schutznorm*) destinée à protéger le lésé dans les droits atteints par l'article incriminé (*Verhaltensunrecht*) avait été violée, à savoir l'art. 159 CP, puisque cette norme vise précisément la situation dans laquelle un employeur est obligé de par la loi de payer un tiers avec la somme retenue pour le compte du travailleur. La disposition pénale entend précisément éviter que le travailleur ne subisse un dommage du fait de l'employeur et vise la protection de son patrimoine. Dès lors, il s'agissait d'une norme protectrice dont la violation constitue un acte illicite. Le créancier social pouvait donc bien exercer une action directe à l'encontre des administrateurs ayant retenu les primes. Il avait donc droit à obtenir les indemnités d'assurance-maladie qui auraient dû lui être versées par l'assurance, sous déduction des montants qu'il avait touchés dans le cadre de la faillite de la société.

Le recours des administrateurs a été ainsi rejeté, les autres conditions de responsabilité étant par ailleurs remplies (causalité naturelle et adéquate, faute, dommage).

### III. Analyse

En premier lieu, on soulignera la claire distinction qu'opère le Tribunal fédéral entre, d'une part, la transaction passée entre la société et l'employé à l'issue de la procédure prud'homale, et, d'autre part, la créance en réparation de l'employé à l'encontre des administrateurs qui n'est, elle, pas du tout affectée par la transaction. Entre les lignes, on comprend que les administrateurs se fondaient surtout sur la transaction passée entre la société et l'employé pour soutenir que l'employé se satisfaisait des montants prévus dans cette convention et que son dommage ne résultait que dans l'inexécution de celle-ci. Selon eux, une telle inexécution, résultant de la mauvaise gestion de la société et sa mise en faillite ultérieure ne constituait qu'un dommage par ricochet (soit dans la catégorie n. 2 ci-dessus). Or, dans le cas d'espèce, le dommage qu'il fallait prendre en compte consistait en l'absence de toute créance en paiement d'indemnités journalières à l'encontre de l'assurance. Il avait été causé par plusieurs responsables, avant que la transaction ne soit passée avec l'un d'entre eux (la société). Or, seul le paiement effectif éteint la créance en réparation des autres débiteurs solidaires (art. 147 al. 1 CO), et non le simple fait de passer une convention libératoire avec l'un d'entre eux (art. 147 al. 2 CO). Dès lors, la causalité et l'illicéité devaient bien s'analyser au regard du dommage consistant en l'absence de toute créance à l'encontre de l'assurance d'indemnités journalières. Le dommage mis en évidence par les

administrateurs (non-inexécution de la convention) ne permettait pas de faire abstraction du dommage préexistant. Lorsqu'il a transigé avec l'employé à l'issue de la procédure prud'homale, l'employeur aurait été inspiré de couvrir ses organes, en ajoutant expressément à la convention une clause libératoire à l'égard de ceux-ci. De nombreux avocats d'employeurs insistent, à juste titre, lorsqu'ils passent pour leur client une transaction avec un employé susceptible de disposer également de prétentions en responsabilité civile à l'égard d'un organe ou d'un autre employé de la société (notamment pour des cas de mobbing, harcèlement sexuel, ou de dommage corporel), pour mentionner expressément dans la transaction que le solde de tous comptes prévu dans celle-ci vaut également au bénéfice de tout organe ou autre employé de la société. Si l'employeur avait procédé de la sorte, la question se serait vraisemblablement limitée à celle de la responsabilité de la non-inexécution de la transaction, dans le sens suggéré par la défense des administrateurs.

Deuxièmement, le Tribunal fédéral considère que le cas d'espèce entre non seulement dans le cas de figure n. 3 présenté ci-dessus (dommages directs subis tant par l'employé que par la société anonyme qui l'emploie), mais qu'en outre, comme la prétention se fonde sur l'art. 41 CO (qui plus est ici par le biais d'une norme protectrice des intérêts exclusifs des employés), l'employé n'a pas à donner priorité à l'action de la société contre ses administrateurs, et peut agir lui-même directement contre ces mêmes administrateurs. Dès lors, un employé, dans un tel cas, peut attirer les administrateurs selon le *timing* qui lui semble préférable. L'action contre l'employeur sera souvent initiée en premier car elle peut être plus pratique (à Genève, par exemple, les procédures prud'homales de première instance sont gratuites jusqu'à une valeur litigieuse de CHF 75'000.- et peu coûteuses au-delà ; de plus, quelle que soit la valeur litigieuse et la partie victorieuse, chaque partie supporte ses propres frais d'avocat). Cependant, l'employé peut aussi décider de s'en prendre immédiatement aux administrateurs, notamment aux fins d'obtenir (plus) rapidement une transaction avec la société, s'il pressent que les organes, mécontents d'être visés à titre personnel, useront de leur toute influence pour obtenir de la société qu'elle traite le cas avec la meilleure diligence possible. Enfin, pour autant que les lois de procédure et d'organisation judiciaires applicables le permettent (notamment au regard des répartitions des compétences à raison de la matière), il peut envisager d'attirer les administrateurs en même temps que la société.

Troisièmement, la tâche du Tribunal fédéral était ici facilitée car l'art. 159 CP, infraction pour laquelle les administrateurs avaient été pénalement condamnés était par évidence une « *Schutznorm* » protectrice des intérêts exclusifs des employés, permettant de fonder l'illicéité du comportement des administrateurs. Si cet article pouvait s'appliquer, c'était bien parce que les primes d'assurances étaient partiellement financées par l'employé. Or, de nombreux employeurs financent l'assurance perte de gain du régime dérogatoire sans demander de participation à l'employé. Il serait intéressant de découvrir à l'avenir comment le Tribunal fédéral entend trancher de la responsabilité des administrateurs dans un cas où l'assurance du régime dérogatoire n'est financée que par l'employeur et que celui-ci ne s'acquitte pas des primes dues. On rappelle que, dans l'arrêt commenté ici, le Tribunal fédéral a précisément laissé ouverte la pertinence de l'analyse de la cour cantonale se fondant de manière générale sur la violation du devoir de diligence des administrateurs et laissant entendre que la violation de n'importe lequel des devoirs des administrateurs était

susceptible d'engendrer leur responsabilité. Le tribunal cantonal ne s'était pas fondé sur le fait que l'art. 159 CP était une norme protectrice.

Quoi qu'il en soit, les administrateurs seront bien avisés, particulièrement en cas de risque d'insolvabilité de la société, d'ajouter à leurs vives préoccupations en matière de paiements de cotisations AVS (art. 52 LAVS) et de cotisations LPP (art. 52 LPP), des préoccupations accrues en matière de paiement de primes d'assurances pertes de gain, étant rappelé que les montants en jeu peuvent parfois être significatifs, ces assurances couvrant, selon les polices, entre 80% et 100% du salaire des employés jusqu'à, fréquemment, 730 indemnités journalières, et ce, souvent en matière d'assurance LCA, même si le contrat de travail devait prendre fin dans l'intervalle.