

Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Cour des assurances sociales
du Tribunal fédéral

Cause {T 7}
H 68/05

Arrêt du 16 mai 2006
IVe Chambre

Composition
Mme et MM. les Juges Widmer, Schön et Frésard. Greffière : Mme Fretz

Parties
S._____, recourant, représenté par Me Marc Lironi, avocat, boulevard Georges-Favon 19, 1204 Genève,
contre

Caisse de compensation Gastrosocial, Heinerich Wirri-Strasse 3, 5001 Aarau, intimée

Instance précédente
Tribunal cantonal des assurances sociales, Genève

(Jugement du 8 mars 2005)

Faits:

A.

Fondée en décembre 1997, la société X._____ SA (ci-après: la société) avait pour but l'exploitation de restaurants et de cabarets. S._____ en était l'administrateur unique, titulaire de la signature individuelle, tandis que la gestion était assurée par V._____, actionnaire. La société a été affiliée en tant qu'employeur auprès de la Caisse de compensation AVS Gastrosuisse Aarau (ci-après: la caisse) du 15 octobre 1997 au 13 juin 1999.

La faillite de la société a été prononcée le 18 janvier 2000.

Par décision du 8 septembre 2000, la caisse a réclamé à S._____ la réparation du dommage encouru par elle dans la faillite de la société X._____ SA, à concurrence d'un montant de 58'842 francs 40, lequel correspondait aux cotisations AVS-AI-APG-AC et les cotisations d'allocations familiales restées impayées sur les salaires versés par la société pour les années 1998 et 1999 (y compris les frais de sommation, de poursuite et les intérêts).

B.

S._____ ayant formé opposition, la caisse a porté le cas devant la Commission cantonale de recours en matière d'AVS-AI-APG (aujourd'hui: Tribunal cantonal des assurances sociales, Genève). Elle a conclu à la levée de l'opposition et à la confirmation de la décision en réparation du dommage du 8 septembre 2000, en demandant que l'administrateur S._____ soit condamné au paiement d'un montant de 58'842 fr. 40.

Par jugement du 8 mars 2005, le Tribunal des assurances a admis entièrement les conclusions de la caisse.

C.

S._____ interjette un recours de droit administratif contre ce jugement dont il demande l'annulation, sous suite de dépens, en concluant au rejet de la demande de la caisse.

L'intimée conclut implicitement au rejet du recours tandis que l'Office fédéral des assurances sociales a renoncé à se déterminer.

Par lettre du 3 janvier 2006, l'intimée a informé le Tribunal fédéral des assurances que son dommage se montait à 36'633 francs 45, suite au versement d'un dividende de 22'208 francs 95 en date du 23 décembre 2005.

Considérant en droit:

1.

Le recours de droit administratif n'est pas recevable dans la mesure où le litige a trait à la réparation du dommage consécutif au non-paiement de cotisations au régime des allocations familiales de droit cantonal (cf. ATF 124 V 146 consid. 1 et la jurisprudence citée).

2.

Le litige porte sur la responsabilité du recourant pour le préjudice invoqué par l'intimée, au sens de l'art. 52 LAVS (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, applicable en l'espèce [ATF 129 V 4 consid. 1.2]) et de la jurisprudence y relative (ATF 126 V 237 consid. 2a, 123 V 170 consid. 2a, 122 V 66 consid. 4a et les références), par la perte des cotisations paritaires afférentes aux années 1998 et 1999. La juridiction cantonale a exposé correctement les règles légales et jurisprudentielles applicables en matière de responsabilité de l'employeur et de connaissance du dommage, au sens des art. 52 aLAVS et 82 aRAVS, de sorte qu'il suffit de renvoyer à ses considérants.

3.

La décision litigieuse n'ayant pas pour objet l'octroi ou le refus de prestations d'assurance, le Tribunal fédéral des assurances doit se borner à examiner si les premiers juges ont violé le droit fédéral, y compris par l'excès ou par l'abus de leur pouvoir d'appréciation, ou si les faits pertinents ont été constatés d'une manière manifestement inexacte ou incomplète, ou s'ils ont été établis au mépris de règles essentielles de procédure (art. 132 en corrélation avec les art. 104 let. a et b et 105 al. 2 OJ).

4.

Le recourant conteste tout d'abord sa responsabilité à raison d'une négligence grave. En substance, il soutient qu'il a tenté à plusieurs reprises d'intervenir auprès de V._____, en exigeant de ce dernier qu'il désintéresse les créanciers sociaux. Toutefois, il estime avoir été trompé par celui-ci, qu'il accuse d'avoir commis des actes pénalement répréhensibles, lesquels auraient empêché le recourant d'agir. Le recourant allègue d'autre part avoir confié à son mandataire, T._____, la charge de négocier avec la caisse le règlement et la mise à jour des dettes de la société auprès de cette dernière. Celui-ci n'a pas rempli sa mission, croyant à tort que la caisse était une créancière privilégiée dans la faillite. Ce faisant, il a commis une faute extrêmement grave selon le recourant, de sorte qu'on ne saurait reprocher à ce dernier d'avoir fait preuve de négligence.

4.1 L'art. 716a al. 1 CO énumère les attributions intransmissibles et inaliénables des membres du conseil d'administration. En font partie l'exercice de la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les règlements et les instructions données (ch. 5). Dans l'exercice de cette haute surveillance, l'administrateur répond de la cura in custodiendo (Adrian Kammerer, *Die unübertragbaren und unentziehbaren Kompetenzen des Verwaltungsrates*, thèse Zurich 1997, p. 226). C'est ainsi qu'il a non seulement le devoir d'assister aux séances du conseil d'administration, mais également l'obligation de se faire renseigner périodiquement sur la marche des affaires (Kammerer, op. cit., p. 186). Il est tenu de prendre les mesures appropriées lorsqu'il a connaissance ou aurait dû avoir connaissance d'irrégularités commises dans la gestion de la société (Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 3ème éd., Zurich/Bâle/Genève 2004, p. 1535, 1555, n°313, 377; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 30 n°49).

4.2 Il ressort des constatations des premiers juges que le recourant s'est inquiété du non-paiement par la société des charges sociales. Il a en effet convoqué le 26 avril 1999 une assemblée extraordinaire de la société avec notamment à l'ordre du jour la question de la remise de la comptabilité au 31 mars 1999, y compris les déclarations AVS. Il avait été convenu, à cette occasion, que les créances sociales seraient payées en mai 1999. Le recourant avait même demandé à ce que le produit de la vente du fonds de commerce serve à payer les dettes envers la caisse. Malgré ces démarches, il n'apparaît pas que le recourant se soit soucié du paiement effectif des cotisations d'assurances sociales, ni même qu'il se soit renseigné à ce sujet auprès de la caisse. A cet égard, le recourant ne saurait s'exculper en invoquant avoir été empêché d'agir par V._____. La juridiction cantonale a en effet rappelé que selon la jurisprudence, le fait qu'un tiers intervienne dans la gestion au point d'empêcher

l'intéressé de remplir ses obligations ne saurait excuser celui-ci. Dans un tel cas, l'administrateur est tenu de démissionner. Or, non seulement le recourant ne l'a pas fait, mais il s'est fermement opposé à la révocation de son mandat

d'administrateur, obtenant des actionnaires qu'il soit confirmé dans ses pouvoirs.

Au demeurant, même s'il devait s'avérer que V._____ a commis des actes pénalement répréhensibles, trompant ainsi le recourant, cela ne changerait rien à sa responsabilité car ce dernier devait exercer son devoir de surveillance et de contrôle indépendamment des circonstances concrètes du cas, ce qu'il n'a pas fait. Ce faisant, il a commis une faute grave, d'autant plus qu'étant l'unique administrateur de la société, son devoir de surveillance était soumis à des exigences élevées (cf. arrêt L. du 8 octobre 2002, H 149/02, résumé in PJA 2003, p. 1460 et les références citées).

5.

Dans un second moyen, le recourant soutient que la gravité de la faute de V._____, d'une part, et celle de T._____, d'autre part, était telle qu'elle reléguait sa propre faute au second plan.

5.1 Selon la jurisprudence, pour déterminer si la relation de causalité entre l'acte de l'auteur et le résultat dommageable est adéquate, il y a lieu de se demander non pas si le fait imputé à l'auteur aurait éventuellement pu causer à lui seul le résultat, mais si les autres circonstances qui ont concouru à la réalisation du résultat ne présentent pas, par rapport au fait de l'auteur, un caractère trop exceptionnel. Ce n'est donc que s'il est hautement improbable, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, que le second événement qui a concouru à la survenance du résultat se produise par suite de l'acte de l'auteur et de ses conséquences, que le rapport de causalité adéquate pourrait être nié (cf. arrêt G. du 30 mai 2001, 4C.6/2001).

5.2 En l'espèce, il convient de se demander si l'existence du lien de causalité adéquate entre le comportement illicite du recourant et le dommage subi par la caisse a véritablement été rompu par le comportement fautif que V._____ et T._____ ont adopté dans la gestion de la société.

Au regard des principes posés ci-dessus en matière de rupture du lien de causalité adéquate, on peut le nier, étant donné que les circonstances invoquées n'avaient rien de si exceptionnel et imprévisible au point de reléguer à l'arrière-plan la violation de son devoir de surveillance par le recourant. On doit plutôt admettre que c'est en priorité la violation, par le recourant, de son devoir de surveillance qui a entraîné des conséquences dommageables pour l'intimée. Il apparaît que c'est donc bien la faute du recourant qui est la cause primaire de la perte des cotisations subie par la caisse. La causalité n'a par conséquent pas été interrompue par le fait que ni V._____ ni T._____ n'ont payé les cotisations sociales (cf. aussi arrêt T. du 21 janvier 2004, H 267/02 consid. 6.2).

6.

En ce qui concerne le montant du dommage, la caisse a informé le Tribunal fédéral des assurances, le 3 janvier 2006, qu'un dividende de 22'208 fr. 95 lui a été versé en date du 23 décembre 2005 dans la faillite de la société, de sorte que le solde en sa faveur s'élevait à 36'633 fr. 45. Eu égard au fait que la créance en réparation du dommage concerne partiellement des cotisations aux allocations familiales, le montant dont la caisse entend demander la réparation en vertu du droit fédéral n'équivaut pas à 36'633 fr. 45 (supra consid. 1). Il n'appartient cependant pas au Tribunal fédéral des assurances, qui n'est pas en mesure d'établir le décompte des cotisations de droit fédéral encore dues, de statuer définitivement sur la créance de la caisse. La cause sera donc renvoyée à la caisse pour qu'elle fixe le montant exact du dommage dont la réparation peut être demandée en vertu de l'art. 52 LAVS et statue à nouveau sur ce point. Dans cette mesure, le recours sera partiellement admis.

7.

Le recourant, qui n'obtient que très partiellement gain de cause dans la mesure où sa responsabilité doit être retenue dans son principe, peut prétendre une indemnité de dépens réduite à charge de l'intimée (art. 159 al. 1 OJ).

Dès lors qu'elle ne porte pas sur l'octroi ou le refus de prestations d'assurance, la procédure est onéreuse (art. 134 OJ a contrario). Vu le sort du litige, les frais de justice sont mis pour trois quart à charge du recourant et pour un quart à charge de l'intimée.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral des assurances prononce:

1.

Dans la mesure où il est recevable, le recours est partiellement admis. Le jugement du Tribunal des assurances

sociales du canton de Genève, du 8 mars 2005, est annulé dans la mesure où il fixe à 58'842 fr. 40 le montant du dommage à la charge de S._____.

2.

La cause est renvoyée à la Caisse de compensation GastroSocial pour qu'elle fixe, par une nouvelle décision, le montant du dommage, conformément au considérant 6.

3.

Les frais de justice, consistant en un émolument de 4'000 fr. sont mis, pour trois quart (3'000 fr.) à la charge de S._____ et, pour un quart (1'000 fr.) à la charge de la Caisse de compensation GastroSocial. Les frais à la charge du recourant sont compensés avec l'avance de frais de 4'000 fr. qu'il a versée; la différence, d'un montant de 1'000 fr., lui est restituée.

4.

La Caisse de compensation GastroSocial versera à S._____ la somme de 800 fr. (y compris la taxe à la valeur ajoutée) à titre de dépens pour l'instance fédérale.

5.

Le présent arrêt sera communiqué aux parties, au Tribunal cantonal des assurances sociales et à l'Office fédéral des assurances sociales.

Lucerne, le 16 mai 2006

Au nom du Tribunal fédéral des assurances

La Juge présidant la IVe Chambre: La Greffière: