

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/134/2010

ATAS/968/2010

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 4

du 29 septembre 2010

En la cause

Monsieur D_____ et Madame E_____,
domiciliés à CHAMBESY, comparant avec élection de domicile en
l'étude de Maître Pierre GABUS

recourants

contre

FER CIAM 106.1, Caisse interprofessionnelle AVS de la
Fédération des Entreprises Romandes, sise rue de Saint-Jean 98,
GENEVE

intimée

**Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Christine LUZZATTO et Luis ARIAS, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. La société X_____ SA, active dans le chauffage, la ventilation, la climatisation et l'isolation, a été inscrite au Registre du commerce de Genève le 25 février 1991. Etaient inscrits au Registre du commerce les organes suivants : Monsieur F_____, administrateur président et directeur, avec signature collective à deux du 8 avril 1994 au 30 avril 2002, puis dès cette date au bénéfice d'une signature individuelle, Monsieur G_____, administrateur vice-président avec signature collective à deux du 8 avril 1994 au 24 juillet 1997, Monsieur H_____, administrateur avec signature collective à deux du 4 décembre 1998 au 30 novembre 2001, Madame I_____, administratrice secrétaire avec signature collective à deux du 8 avril 1994 au 24 juillet 1997, Monsieur D_____, administrateur avec signature collective à deux depuis le 4 décembre 1998 et Madame E_____, administratrice avec signature collective à deux, depuis le 30 avril 2002.
2. Depuis sa création, la société a été affiliée auprès de la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES - FER CIAM (ci-après la caisse), pour son personnel salarié.
3. A la fin des années 1990, la société a connu des difficultés dans le paiement des cotisations sociales. Un sursis concordataire lui a été octroyé au début de l'année 1998 qui a permis d'acquitter la créance de la caisse de 11'369 fr. 95. Dès le mois de septembre 1999, de nouveaux retards dans le paiement des cotisations sont intervenus.
4. La société a obtenu de la caisse les arrangements suivants :
 - un arrangement de paiement en date du 16 janvier 2002 pour l'amortissement des cotisations pour la période d'octobre à décembre 2001, puis un sursis au paiement pour le solde dû de 8'345 fr. 95 selon décision de la caisse du 8 février 2002,
 - un sursis au paiement selon décision du 18 mars 2002 concernant un solde dû de 18'938 fr. 05 sur les cotisations paritaires arriérées relatif à un complément janvier à décembre 2001 et octobre à décembre 2001, entièrement amorti à la date du 26 mars 2003,
 - un sursis au paiement selon décision du 10 juillet 2003 portant sur un solde dû de 26'742 fr. 90 relatif aux cotisations paritaires arriérées à amortir, complément année 2002 et février et juin 2003, partiellement amorti,

- un sursis au paiement selon décision du 20 février 2004, portant sur un solde dû de 36'001 fr. 45 concernant les cotisations paritaires arriérées de février à octobre 2003, annulé le 13 août 2004 pour non respect des conditions d'octroi du sursis,
 - un sursis au paiement selon décision du 17 février 2005, portant sur un solde dû de 15'990 fr. 60 concernant les cotisations paritaires arriérées d'août à octobre 2003, annulé le 3 mai 2005, pour non respect des conditions de paiement,
 - un sursis au paiement selon décision du 3 juin 2005, portant sur un solde dû de 33'203 fr. 60 concernant les cotisations paritaires arriérées à amortir d'août à octobre 2003 et d'octobre 2004 à mars 2005, annulé le 16 août 2005 pour non respect des conditions de paiement,
 - un sursis au paiement selon décision du 18 août 2005 portant sur un montant de 36'827 fr. 40 concernant les cotisations paritaires arriérées de septembre à octobre 2003, d'octobre 2004 à mars 2005 et rapport de contrôle des années 2000 à 2004, annulé le 1^{er} février 2006, pour non respect des engagements pris (cf. pièces n° 20 à 26 caisse).
5. Par jugement du 6 mars 2006, le Tribunal de première instance de la République et Canton de Genève a prononcé la faillite de la société, selon publication dans la Feuille d'Avis Officielle (FAO) du 24 mars 2006.
 6. Le 2 mai 2006, la caisse a produit une créance provisoire de 71'416 fr. 09, suite à l'avis préalable d'ouverture de faillite.
 7. L'ouverture de la faillite a été publiée dans la FAO du 10 mai 2006 et un délai pour les production au 9 juin 2006.
 8. Par courrier recommandé du 13 juillet 2006, l'Office des faillites a informé la caisse que l'état de collocation était déposé et qu'il serait publié le 26 juillet 2006. En outre, sa créance de deuxième classe était admise à l'état de collocation pour le montant de 65'735 fr. 89 et pour la somme de 5'680 fr. 20, s'agissant des créances de troisième classe. Selon l'Office des faillites, le dividende prévisible pour les créanciers chirographaires de deuxième classe était de 0%.
 9. Le 18 septembre 2006, la caisse a accordé à Monsieur F_____ un sursis au paiement, portant sur un solde dû de 6'420 fr. 25 concernant des cotisations paritaires arriérées selon la procédure pénale en cours, à savoir les cotisations retenues aux salariés et les cotisations d'allocations familiales de décembre 2005, janvier 2006 et rapport du contrôle des années 2000 à 2004. Ce sursis a été annulé le 20 juillet 2007 pour cause de non respect des engagements pris (cf. pièce n° 27 caisse).

10. Par lettre recommandée du 11 octobre 2006, l'Office des faillites a procédé à la consultation des créanciers et offert la cession des droits de la masse, avec un délai au 23 octobre 2006 pour détermination.
11. Par courrier recommandé du 14 novembre 2006, l'Office des faillites a notifié à la caisse un avis spécial aux créanciers et aux faillis concernant le dépôt du tableau de distribution, aux termes duquel ses créances admises à l'état de collocation pour les montants de 65'735 fr. 89 et 5'680 fr. 20 étaient totalement impayées. Le 24 novembre 2006, l'Office des faillites a délivré à la caisse deux actes de défaut de biens après faillite, pour les montants de 65'735 fr. 89 et 5'680 fr. 20.
12. Selon avis paru dans la FAO du 22 janvier 2007, le Tribunal de première instance a prononcé le même jour la clôture de la faillite de la société.
13. Après plusieurs menaces, la caisse a, le 22 août 2007, dénoncé Messieurs D_____ et F_____ au Procureur général de la République et Canton de Genève, pour détournement de cotisations durant les années 2000 à 2004, à hauteur de 2'534 fr. 70.
14. Par décision du 9 octobre 2007, la caisse a accordé à Monsieur F_____ un sursis au paiement, portant sur un solde dû de 2'284 fr. 70 concernant les cotisations paritaires arriérées à amortir selon la procédure pénale en cours, à savoir les cotisations retenues aux salariés, rapport du contrôle des années 2000 à 2004. Le sursis a été annulé le 25 septembre 2008, pour cause de non respect des engagements (cf. pièce n° 28 caisse).
15. Par trois décisions séparées du 28 novembre 2007, la caisse a réclamé à Madame Dora E_____, Messieurs Yves D_____ et Jean-Paul F_____, pris conjointement et solidairement, le paiement du montant de 30'844 fr. 05, correspondant aux cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC demeurées impayées suite au rapport de contrôle de l'année 2004 pour les mois de novembre et décembre 2004, de janvier à mars 2005, d'octobre à décembre 2005, un complément pour l'année 2005 et le mois de janvier 2006, ainsi que les cotisations dues aux régimes de l'assurance maternité et des allocations familiales pour diverses périodes. La caisse a considéré qu'en leur qualité d'administratrice, respectivement administrateurs de la société durant les périodes en question, ils étaient responsables du dommage au sens de l'art. 52 LAVS.
16. Madame E_____ et Monsieur D_____, par l'intermédiaire de leur mandataire, ont formé opposition en date du 11 janvier 2008. Ils contestent leur responsabilité, alléguant qu'ils n'étaient pas des actionnaires gestionnaires, les tâches de gestion ayant été déléguées à Monsieur Jean-Paul F_____, administrateur, président du conseil d'administration et directeur, au bénéfice d'une signature individuelle. Selon eux, la société en liquidation s'est acquittée des cotisations salariales conformément à la législation en vigueur jusqu'au mois

d'octobre 2004. Vers la fin de l'année 2004, la société a dû faire face à des problèmes de trésorerie qui ne lui ont malheureusement pas permis de s'acquitter entre autre des cotisations sociales dues. Ils allèguent que les autres créanciers n'ont pas été privilégiés au détriment des dettes de cotisations sociales. Par ailleurs, selon le rapport de révision de l'année 2004, la société, malgré une perte de l'ordre de 50'800 fr., pouvait sérieusement compter sur l'arrivée de nouveaux capitaux, qui lui auraient permis de régler ses problèmes de trésorerie. Certes, les problèmes financiers ont perduré en 2005, mais la société a pu s'acquitter des cotisations entre avril et septembre. La société a ensuite demandé l'établissement d'un bilan intermédiaire au cours de l'année 2005 puis, selon décision ratifiée par l'assemblée générale du 17 février 2006, elle a déposé le bilan. Madame E_____ et Monsieur D_____ ont fait valoir qu'ils ne disposaient que des renseignements que Monsieur F_____ leur transmettait et qu'ils ne savaient pas en particulier que les charges sociales n'étaient pas entièrement acquittées. Ils contestent dès lors avoir commis une négligence grave.

17. Par décision du 4 décembre 2009, la caisse a rejeté l'opposition de Madame E_____ et Monsieur D_____, considérant en substance qu'ils ont agi par négligence grave dès lors qu'ils n'ont pas surveillé de près les affaires de la société et qu'ils se sont contentés des renseignements que Monsieur F_____ voulait bien leur fournir.
18. Par l'intermédiaire de leur mandataire, Madame E_____ et Monsieur D_____ interjettent recours en date du 15 janvier 2010 concluant, sous suite de dépens, à l'annulation de la décision. Ils rappellent qu'ils n'ont jamais été administrateurs gestionnaires, ces tâches ayant été déléguées à Monsieur Jean-Pierre F_____. Ils allèguent que ni lors de la présentation des comptes 2004, ni postérieurement, et malgré leurs questions sur l'état financier de la société, ils n'ont été informés de ce que les cotisations sociales n'avaient pas été entièrement acquittées. Ils invoquent préalablement la prescription, dès lors que la décision en réparation du dommage a été prononcée le 28 novembre 2007 et que la décision sur opposition n'est intervenue qu'en date du 4 décembre 2009, soit deux ans plus tard. Sur le fond, ils contestent leur responsabilité, alléguant qu'ils avaient toutes les raisons de croire sérieusement que l'arrivée de nouveaux capitaux allaient mettre un terme au problème de trésorerie de la société et d'autre part que dès le surendettement de la société connu, ils ont immédiatement approuvé le dépôt du bilan. Partant, ils n'ont pas commis de négligence grave.
19. Dans sa réponse du 12 février 2010, la caisse conteste la prescription, dès lors que l'opposition des recourants du 11 janvier 2008 constitue également un acte interruptif de prescription. La décision sur opposition ayant été rendue le 4 décembre 2009, il convient de constater qu'elle intervient moins de deux ans après l'opposition de sorte que sa créance en réparation du dommage n'est pas prescrite.

S'agissant de la responsabilité des recourants, la caisse se réfère aux termes de sa décision sur opposition du 4 décembre 2009.

20. Par réplique du 30 mars 2010, les recourants relèvent que contrairement à l'avis de la caisse, la décision sur opposition est tardive, motif pris que l'opposition du 4 janvier 2008 ne constitue pas un acte interruptif de prescription selon les dispositions générales des articles 137 et suivants du CO. En effet, les actes visés par l'article 135 alinéa 2 du CO concernent uniquement les actes effectués par le créancier de sorte que leur opposition ne constitue pas un acte interruptif de prescription. Pour le surplus, ils persistent dans leurs conclusions du 15 janvier 2010.
21. Le Tribunal a convoqué les parties en comparution personnelle pour le 5 mai 2010, audience à laquelle Madame E_____ ne s'est pas présentée. Le recourant a persisté dans ses conclusions, s'agissant de la prescription. Il a confirmé avoir été administrateur de la société depuis 1998, tout en exerçant cependant une autre activité en tant qu'indépendant, dans une fiduciaire. Il a indiqué qu'hormis une action à titre fiduciaire, il n'était pas actionnaire de la société. Selon le recourant, Monsieur F_____ était au fil des ans devenu propriétaire d'au minimum 80% des actions, il travaillait à plein temps dans la société, dont il assurait la gestion. Il en était le propriétaire et le directeur. Le recourant a déclaré que lorsqu'il était entré dans le conseil d'administration, il avait eu connaissance des rapports de l'organe de révision. En outre, chaque année, les comptes et rapports de l'organe de révision lui étaient soumis. Il a admis qu'il était au courant des difficultés financières de la société, notamment du sursis concordataire qu'elle avait obtenu. Concernant les cotisations sociales, il pensait qu'elles étaient régulièrement payées. La secrétaire s'occupait du paiement des charges sociales sur instruction de Monsieur F_____. Quant aux décisions stratégiques engageant la société, elles étaient prises par ce dernier. En 2004-2005, la société a connu des problèmes de trésorerie qui ont engendré des retards dans le paiement des charges sociales, mais des arrangements de paiement avaient été convenus et, à sa connaissance, ils ont été tenus. C'est seulement par la suite qu'il a su que tel n'avait pas été pas le cas.

La représentante de la caisse a déclaré qu'au début, les sursis au paiement ont été respectés, puis, les cotisations courantes n'étant plus payées, ils ont été annulés. Par la suite, ils ont été renouvelés. Selon la caisse, les problèmes de liquidités existaient de longue date et la société a accumulé les retards dans le paiement des charges sociales.

Le recourant a indiqué que ce n'était pas la première fois qu'apparaissait un état de surendettement et qu'à fin 2004, l'organe de révision le signalait déjà. En 2005, d'après ce que Monsieur F_____ lui avait indiqué, les cotisations courantes avaient été payées. Il avait obtenu un arrangement qui a été respecté. Le

recourant a admis qu'il n'avait pas pris contact avec la caisse pour en savoir plus et qu'il n'avait pas demandé à voir le détail des comptes relatifs aux charges sociales. S'agissant de Madame E_____, sa compagne, le recourant a déclaré qu'elle était devenue administratrice parce que Monsieur F_____ voulait devenir administrateur de sa société et qu'il fallait une majorité d'administrateurs suisses. Elle ne s'est cependant jamais occupée de la société, elle n'a pas participé aux discussions avec Monsieur F_____. elle n'était là que pour la forme. Elle assistait seulement aux assemblées annuelles et était tenue au courant des activités de la société que par son intermédiaire. Selon le recourant, les nouveaux contrats auraient dû apporter des liquidités à la société, mais ce n'était pas suffisant et finalement, il s'est avéré que c'était trop tard. Monsieur F_____ avait obtenu un contrat intéressant avec Y_____ qui a été perdu, suite à la faillite de cet hôtel.

A l'issue de l'audience, le Tribunal a imparti au recourant un délai au 19 mai 2010 pour produire les rapports de l'organe de révision ainsi que les procès-verbaux des conseils d'administration.

22. Dans le délai imparti, les recourants ont produit le rapport de l'organe de révision et les comptes annuels de la société des années 2000 à 2004. En revanche, ils indiquent n'avoir pas pu mettre la main sur les procès-verbaux du conseil d'administration.
23. Invitée à se déterminer, la caisse, par écriture du 9 juin 2010, a relevé que depuis l'année 2000 la société affichait des dettes reportées importantes qu'elle n'a pas réussi à amortir d'une façon rigoureuse. La situation financière était ainsi délicate depuis des années, ce qui s'est répercuté sur le paiement des cotisations. La société a dû demander plusieurs arrangements de paiement qui, dès 2003, n'ont pu être respectés. La caisse a persisté dans ses conclusions.
24. Cette écriture a été communiquée aux recourants en date du 15 juin 2010. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1), relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS ; RS 831.10).

La compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

2. La LPGA, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, est applicable au cas d'espèce.
3. Interjeté dans les forme et délai prescrits par la loi, le recours est recevable à la forme (art. 56 et 60 LPGA).
4. Le litige porte sur la responsabilité des recourants pour le dommage subi par l'intimée ensuite du non-paiement des cotisations sociales à hauteur de 30'844 fr. 05. Au préalable, au vu de l'exception de prescription soulevée par les recourants, le Tribunal de céans examinera si la créance en réparation du dommage de l'intimée est prescrite ou non.
5. Selon l'art. 52 LAVS, en sa teneur en vigueur dès le 1^{er} janvier 2003, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à l'assurance, est tenu à réparation. Si l'employeur est une personne morale, la responsabilité peut s'étendre, à titre subsidiaire, aux organes qui ont agi en son nom (ATF 123 V 15 consid. 5b, 122 V 66 consid. 4a, 119 V 405 consid. 2 et les références). La caisse de compensation compétente fait valoir sa créance en réparation du dommage par décision (art. 52 al. 2 LAVS). Il convient par ailleurs de relever que la responsabilité des organes de la société en ce qui concerne les contributions d'allocations familiales et à l'assurance maternité doit suivre le même sort qu'en matière de cotisations paritaires AVS-AI-APG-AC, l'art. 52 LAVS étant applicable par analogie (cf. art. 30 al. 3 de la loi cantonale genevoise sur les allocations familiales - LAF, J 5 10 ; art. 2 de la loi instituant une assurance en cas de maternité et d'adoption, du 21 avril 2005 - LAMat, RS J 5 07 ; art. 21 al. 2 de loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité, du 25 septembre 1952 - loi sur les allocations pour perte de gain, LAPG, RS 834.1).

Le nouvel art. 52 LAVS (introduit par le ch. 7 de l'annexe à la LPGA) prévoit à son al. 3 que le droit à réparation est prescrit deux ans après que la caisse de compensation compétente a eu connaissance du dommage et, dans tous les cas, cinq ans après la survenance du dommage. Ces délais peuvent être interrompus et l'employeur peut renoncer à s'en prévaloir. Il s'agit de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (cf. consid. 5.1.2 de l'arrêt H 96/03 du 30 novembre 2004, publié in SVR 2005 AHV n°15, p.; FF 1994 V 965, 1999 p. 4422).

Le dommage au sens de l'ancien art. 52 LAVS survient dès que l'on doit admettre que les cotisations dues ne peuvent plus être recouvrées, pour des motifs juridiques ou de fait (ATF 129 V 195 consid. 2.2, 126 V 444 consid. 3a, 121 III 384 consid. 3bb, 388 consid. 3a). Tel sera le cas lorsque des cotisations sont frappées de péremption, ou en cas de faillite, en raison de l'impossibilité pour la caisse de récupérer les cotisations dans la procédure ordinaire de recouvrement. Le dommage subi par la caisse est réputé être survenu au moment de l'avènement de la

péremption ou le jour de la faillite; ce jour marque également celui de la naissance de la créance en réparation et la date à partir de laquelle court le délai de 5 ans de l'ancien art. 82 al. 1 in fine RAVS (ATF 129 V 195 consid. 2.2, 123 V 16 consid. 5c).

Par « connaissance du dommage », il faut entendre le moment où la caisse de compensation aurait dû se rendre compte en faisant preuve de l'attention raisonnablement exigible, que les circonstances effectives ne permettaient plus d'exiger le paiement des cotisations, mais pouvaient entraîner l'obligation de réparer le dommage (ATF 128 V 17). Lorsque la caisse subit un dommage à cause de l'insolvabilité de l'employeur mais en dehors de la faillite de celui-ci, le moment de la connaissance du dommage et, partant, le point de départ du délai d'une année coïncident avec le moment de la délivrance d'un acte de défaut de biens ou d'un procès-verbal de saisie valant acte de défaut de biens définitif au sens de l'art. 115 al. 1 LP (en corrélation avec l'art. 149 LP), soit lorsque le procès-verbal de saisie indique que les biens saisissables sont entièrement défaut (cf. ATF 113 V 256 consid. 3c). C'est à ce moment que prend naissance la créance en réparation du dommage et que, au plus tôt, la caisse a connaissance de celui-ci (arrêt A. du 19 février 2003, H 284/02, consid. 7.2; cf. aussi Thomas NUSSBAUMER, Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS, in RCC 1991, p. 405 sv). En ce qui concerne le moment de la connaissance du dommage en cas de faillite, en revanche, la jurisprudence retient généralement celui du dépôt de l'état de collocation, ou celui de la publication de la liquidation de la faillite faute d'actifs (ATF 129 V 195 sv. consid. 2.3).

En l'espèce, il convient de retenir que l'intimée a eu connaissance du dommage du dommage dès la réception du courrier recommandé daté du 13 juillet 2006 par lequel l'Office des faillites l'a informée qu'aucun dividende n'était prévisible pour les créanciers chirographaires de deuxième classe. En notifiant sa demande en réparation du dommage le 28 novembre 2007, l'intimée a ainsi respecté le délai de deux ans de l'art. 52 al. 3 LAVS. De même, le dommage étant survenu au prononcé de la faillite le 6 mars 2006, l'intimée a respecté le délai de cinq ans. Il s'ensuit que la demande en réparation du dommage a été notifiée en temps utile.

6. Les recourants allèguent toutefois que la créance en réparation du dommage est prescrite, dès lors que l'intimée n'a rendu sa décision sur opposition qu'en date du 4 décembre 2009, soit plus de deux ans après sa demande en réparation du dommage.

L'intimée conteste ce point de vue, dès lors que l'opposition des recourants constitue un acte interruptif de prescription.

7. Comme relevé ci-dessus, les délais selon l'art. 52 al. 3 et 4 LAVS sont désormais des délais de prescription et non de péremption. Cela signifie qu'ils ne sont plus

sauvegardés une fois pour toutes avec la décision relative aux dommages-intérêts; le droit à la réparation du dommage au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS peut donc aussi se prescrire durant la procédure d'opposition ou la procédure de recours qui s'ensuit (ATF 135 V 74 consid. 4.2 p. 77 et sv.).

Tandis que le juge ne peut interrompre la prescription que par une ordonnance ou une décision, «chaque acte judiciaire des parties» suffit à produire cet effet (art. 138 al. 1 CO). Cette notion d'acte judiciaire des parties est une notion de droit fédéral qui doit être interprétée largement (ATF 106 II 35 consid. 4; Stephen V. BERTI, Commentaire zurichois, n. 18 ad art. 138 CO; Robert K. DÄPPEN, Commentaire bâlois, 3e édition, n. 2 ad art. 138 CO; Pascal PICHONNAZ, Commentaire romand, n. 4 ad art. 138 CO), tout en ayant égard à la ratio legis de la disposition citée, qui est de sanctionner l'inaction du créancier. Il faut donc considérer comme acte judiciaire d'une partie tout acte de procédure relatif au droit invoqué en justice et susceptible de faire progresser l'instance (cf. ATF 130 III 207 consid. 3.2; arrêt H 136/05 du 23 novembre 2006 consid. 5.1). L'acte devra être de nature formelle, en sorte que les deux parties puissent toujours le constater aisément et sans conteste (ATF 123 III 213 consid. 6a p. 219; ATF 106 II 32 consid. 3 p. 35; arrêt du 8 février 1972, publié in SJ 1973 p. 145 ss, 150; pour des exemples de tels actes, cf. Stephen V. BERTI, op. cit., n. 22 ad art. 138 CO; Robert K. DÄPPEN, op. cit., n. 2 ad art. 138 CO; Pascal PICHONNAZ, op. cit., n. 4 ad art. 138 CO).

En l'espèce, l'intimée a interrompu la prescription en notifiant sa demande en réparation du dommage le 28 novembre 2007. Par leur opposition du 11 janvier 2008, les recourants ont interrompu la prescription et un nouveau délai de prescription a commencé à courir. En effet, contrairement à ce que ces derniers soutiennent, l'opposition constitue bel et bien un acte interruptif de prescription au sens de l'art. 138 al. 1 CO, le Tribunal fédéral s'étant clairement prononcé sur cette question (cf. ATF 135 V 74 consid. 4.3).

L'intimée a rendu sa décision sur opposition le 4 décembre 2009, de sorte que la prescription de la créance de l'intimée n'était, à cette date, pas acquise. Le moyen soulevé par les recourants n'est dès lors pas fondé.

8. Reste à examiner si les recourants répondent du dommage subi par l'intimée, à hauteur de 30'844 fr. 05, correspondant aux cotisations paritaires demeurées impayées suite au rapport de contrôle de l'année 2004 pour les mois de novembre et décembre 2004, de janvier à mars 2005, d'octobre à décembre 2005, un complément de cotisations pour l'année 2005 et celles du mois de janvier 2006, ainsi que les cotisations dues au régime des allocations familiales et de l'assurance-maternité pour diverses périodes.
9. L'art 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les art. 34 et ss. RAVS, prescrit l'obligation pour l'employeur de déduire sur chaque salaire la cotisation du salarié et de verser

celle-ci à la caisse de compensation avec sa propre cotisation. Les employeurs doivent envoyer aux caisses périodiquement les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs salariés, de manière à ce que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions.

L'obligation de payer les cotisations et de fournir des décomptes est pour l'employeur une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral (TF, auparavant TFA) a déclaré à réitérées reprises que la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS est liée au statut de droit public (RCC 1987 p. 220). L'employeur qui ne s'acquitte pas de cette tâche commet une violation des prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS, ce qui entraîne pour lui l'obligation de réparer entièrement le dommage ainsi occasionné (RCC 1985 p. 646).

Le TF a affirmé expressément que l'obligation légale de réparer le dommage ne doit être reconnue que dans les cas où le dommage est dû à une violation intentionnelle ou par négligence grave, par l'employeur, des prescriptions régissant l'AVS (RCC 1978, p. 259 ; RCC 1972, p. 687). La caisse de compensation qui constate qu'elle a subi un dommage par suite de la non-observation de prescriptions peut admettre que l'employeur a violé celles-ci intentionnellement ou du moins par négligence grave, dans la mesure où il n'existe pas d'indice faisant croire à la légitimité de son comportement ou à l'absence d'une faute (cf. ATFA du 28 juin 1982, RCC 1983, p. 101).

8. Lorsque l'employeur est une personne morale, ses organes répondent solidairement, à titre subsidiaire, du dommage causé par celui-ci, notamment quand la personne morale n'existe plus au moment où la responsabilité est engagée (cf. No 6003 des directives de l'OFAS sur la perception des cotisations - DP; ATFA 114 V 79, consid. 3; 113 V 256, consid. 3c; RCC 1988, page 136, consid. 3c; ATFA 111 V 173, RCC 1985, page 649, consid. 2).

Par "organe", il faut entendre toute personne physique qui représente la personne morale à l'extérieur ou qui peut exercer une influence décisive sur le comportement de celle-ci (cf. no 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le TFA s'est toujours référé à l'art. 754, 1er al., en corrélation avec l'art. 759, 1er al. du CO. Conformément à ces articles, toutes les personnes chargées de l'administration, de la gestion ou du contrôle, répondent, à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'elle leur cause en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. Sont réputés chargés de l'administration ou de la gestion au sens de l'art. 756 CO "non seulement les organes de décision désignés expressément comme tels, mais également les personnes qui prennent effectivement des décisions relevant des organes, ou qui assument la gestion proprement dite et ont ainsi une part prépondérante à la formation de la volonté au sein de la société" (ATF 107 II 353, consid. 5a; ATF

112 II 1985 et l'arrêt du 21 avril 1988 en la cause A. ; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., p. 209 et ss).

De jurisprudence constante, le TF a reconnu qu'il y avait négligence grave lorsque l'employeur ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement, dans une situation identique et dans les mêmes circonstances (cf. RCC 1972, p. 690). La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard doit donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité et de gestion, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé. Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, on peut, par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions (cf. RCC 1972, p. 690 ; RCC 1978, p. 261). Une différenciation semblable s'impose également, lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985, p. 51, consid. 2a et p. 648, consid. 3b).

10. Les recourants, tous deux administrateurs inscrits au Registre du commerce, avaient indéniablement la qualité d'organes de la société faillie, ce qu'ils ne contestent au demeurant pas. Ils nient en revanche toute responsabilité quant au dommage subi par l'intimée, arguant qu'ils n'étaient pas chargés de la gestion, cette tâche ayant été déléguée au directeur et président du conseil d'administration. Or, malgré leurs questions quant à l'état financier de la société, ce dernier ne les a pas informés du non paiement des charges sociales. La recourante allègue au surplus qu'elle ne s'est jamais occupée de la société, qu'elle est devenue administratrice parce qu'il fallait une majorité d'administrateurs de nationalité suisse et qu'elle n'était tenue au courant des activités de la société que par l'intermédiaire du recourant, son compagnon.

Les recourants ne sauraient cependant se prévaloir du fait d'avoir délégué les tâches de gestion au président du conseil d'administration pour nier toute responsabilité. En effet, selon la jurisprudence, la délégation de compétences de gestion à un tiers (directeur ou administrateur délégué) n'exempte pas les autres administrateurs de veiller personnellement au paiement régulier des cotisations paritaires et de prendre les mesures nécessaires en cas de retard dans le paiement des cotisations (ATF 109 V 88 s. consid. 6 ; cf. Mélanie FRETZ, La responsabilité selon l'art. 52 LAVS: une comparaison avec les art. 78 LPGA et 52 LPP, in HAVE/REAS 2009, n° 3, p. 242; cf. aussi arrêt du Tribunal fédéral des assurances H 265/02 du 3 juillet 2003 consid. 3.2 et la référence). Par ailleurs, même s'il est écarté de la gestion de la société anonyme, un membre du conseil d'administration reste tenu de surveiller les personnes chargées de la gestion et de la représentation, conformément à l'art. 716a al. 1 CO, afin que l'activité de la société se déroule conformément à la loi. La violation de ce devoir de surveillance constitue une négligence grave entraînant l'obligation de réparer le dommage subi par la caisse (RCC 1989 p. 115 s. consid. 4). Enfin, constitue quoi qu'il en soit une faute grave le fait d'accepter et de

conserver le mandat d'administrateur sans exercer les pouvoirs et les devoirs qui sont attachés à cette charge. Même le membre exclu ou tenu à l'écart de la gestion a l'obligation de surveiller les personnes qui gèrent la société jusqu'à ce qu'il soit relevé de ses fonctions (RCC 1989, p. 114; RCC 1986, p. 420).

En l'occurrence, force est de constater que les recourants ont laissé le président du conseil d'administration agir à sa guise, notamment en ce qui concerne le paiement des cotisations sociales, quand bien même ils étaient au courant des problèmes de trésorerie rencontrés par la société. Ils n'ont pas suivi de près la gestion de la société, n'ont pris aucune mesure concrète, ni proposé de solution. Ils ne sont en particulier pas intervenus auprès de l'intimée pour s'assurer du respect des sursis au paiement accordés à la société et n'ont pas demandé des rapports détaillés sur cette question. Le recourant s'est contenté des explications fournies par le président du conseil d'administration. Quant à la recourante, le Tribunal de céans relève qu'elle s'est totalement désintéressée de la société et qu'elle n'a jamais exercé les obligations et devoirs liés à sa charge, ce qui constitue déjà une faute grave.

Au vu de ce qui précède, il convient de constater que les recourants ont violé leur devoir de surveillance, de sorte que leur responsabilité est engagée au sens de l'art. 52 LAVS.

11. Le Tribunal de céans constate que l'intimée a accordé à la société de nombreux sursis au paiement. Se pose par conséquent la question d'une éventuelle faute concomitante de la caisse qui justifierait, le cas échéant, une réduction du montant du dommage .
12. Le Tribunal fédéral a constaté que le droit de l'AVS ne contient aucune disposition permettant de savoir s'il y a lieu d'admettre des motifs de réduction dans le cadre de la responsabilité de l'employeur telle qu'elle ressort de l'art. 52 LAVS et que rien ne permet non plus de conclure à un silence qualifié du législateur qui laisserait entrevoir son intention d'exclure par principe des motifs de réduction. Après avoir admis que la loi présente donc une lacune sur cette question, le Tribunal fédéral a considéré que la réduction des dommages-intérêts telle qu'admise par l'art. 44 al. 1 CO constitue l'expression d'un principe général du droit de la responsabilité applicable également en droit public et en particulier dans le domaine de la responsabilité de l'État. L'art. 52 LAVS constituant une prescription spéciale du droit de la responsabilité de la Confédération, le Tribunal fédéral a estimé qu'il convient également de s'inspirer des règles générales sur la responsabilité contenues dans la LRFC dans le cadre de l'interprétation de l'art. 52 LAVS et qu'il en va de même lorsque le droit de la responsabilité de l'AVS ne contient pas de réglementation sur une question de droit particulière. En conséquence, le Tribunal fédéral a admis que l'art. 4 LRFC, qui n'est autre que l'expression d'un principe général de la responsabilité civile, doit également être considéré comme applicable dans le cadre de l'art. 52 LAVS (VSI 1996 consid. 3b p. 312s).

Ceci posé, le Tribunal fédéral a admis qu'une faute concomitante de l'administration puisse conduire à une réduction du dommage selon l'art. 52 LAVS. Encore faut-il – c'est la condition première – que l'administration ait gravement violé ses devoirs, ce qui sera le cas lorsque la caisse a violé des prescriptions élémentaires en matière de fixation et de perception des cotisations. Comme dans l'ensemble du droit de la responsabilité selon le droit public, la réduction implique l'existence d'un lien de causalité adéquate entre le comportement illicite et le dommage. Une réduction ne peut donc intervenir que si et dans la mesure où il existe un rapport de causalité adéquate entre la violation de ses obligations par l'administration et la naissance ou l'aggravation du dommage (ATF 122 V 189 consid 3c ; VSI 1996 consid. 3c p. 314).

La jurisprudence précise que des omissions, procédant d'une violation de ses obligations par la caisse de compensation (l'absence de démarches d'encaissement des cotisations par exemple, cf. art. 63 al. 1 let. d LAVS, 34b RAVS, en vigueur dès le 1^{er} janvier 2001) sont parfaitement de nature à créer un dommage ou à l'aggraver (VSI 1996 consid. 4, p. 314s). Constitue par exemple un motif de réduction l'octroi irrégulier d'un sursis au paiement (ATFA H 137/98 du 27 juillet 1999).

A teneur de l'art. 34b RAVS, si un débiteur de cotisations rend vraisemblable qu'il se trouve dans des difficultés financières et qu'il s'engage à verser des acomptes réguliers et opère immédiatement le premier versement, la caisse peut accorder un sursis, pour autant qu'elle a des raisons fondées d'admettre que les acomptes et cotisations courantes pourront être versés ponctuellement.

En l'occurrence, de janvier 2002 à août 2005, l'intimée a accordé à la société faillie pas moins de sept sursis au paiement, dont la plupart ont été annulés pour non respect des engagements pris. Le Tribunal de céans constate en particulier qu'en 2005 trois sursis au paiement ont été successivement octroyés, alors même qu'ils venaient d'être annulés, à l'instar de tous les sursis accordés depuis 2003. La dette de cotisations a ainsi passé de 8'345 fr. 95 depuis l'octroi du premier sursis en 2002, à 26'752 fr. 90 en 2003, à 36'827 fr. 40 lors du sursis accordé le 18 août 2005, le dommage finalement subi lors de la faillite s'élevant à 30'844 fr. 05. Force est de constater que l'intimée n'avait pas de raison fondée d'admettre que les acomptes et cotisations courantes pourraient être versés ponctuellement, ce d'autant que les cotisations en cause font partie du dommage dont elle demande aujourd'hui réparation. Au surplus, selon l'extrait de compte, l'intimée avait notifié une réquisition de poursuite le 17 janvier 2005 (cf. pièce no. 8 intimée).

Or, l'octroi d'un sursis irrégulier - et a fortiori si c'est de façon répétée - est de nature à favoriser la poursuite d'une entreprise hasardeuse financée sans droit par l'assurance sociale, et à aggraver, dans une mesure correspondante, le dommage

subi dans la faillite de l'employeur (cf. Praxis 1997 n° 48 p. 250, ATF H 142/03 ; voir aussi arrêt TCAS du 22 mai 2008, ATAS 648/08).

Le Tribunal de céans considère que ces manquements constituent une faute grave, concomitante à celle des recourants, qui justifie de réduire le montant du dommage. Au vu de l'ensemble des circonstances, une réduction à raison d'un tiers apparaît appropriée.

13. Le recours est partiellement admis, en ce sens que le montant du dommage dont répondent les recourants, conjointement et solidairement, est ramené à 20'562 fr. 70 (30'844 fr. 05 ./ 10'281 fr. 35).
14. Au vu du sort du litige, l'intimée versera aux recourants une indemnité globale à titre de dépens de 1'000 fr. (art. 89H al. 3 loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 - LPA ; RS E 5 10, art. 61 let. g LPGA). Pour le surplus, la procédure est gratuite.

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

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.
3. Condamne les recourants, pris conjointement et solidairement, à payer à l'intimée la somme de 20'562 fr. 70.
4. Condamne l'intimée à payer aux recourants une indemnité globale à titre de dépens de 1'000 fr.
5. Dit que la procédure est gratuite.
6. 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 ; RS 173.110); 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

Isabelle CASTILLO

Juliana BALDE

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