REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1636/2004 **ATAS/204/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

du 15 février 2006

En la cause

Monsieur A_____, comparant avec élection de domicile en l'Etude de Maître DE MITRI Alain	recourants
Monsieur V_____, comparant avec élection de domicile en l'Etude de Maître MOGOUTINE CASTIGLIONI Iana	

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, route de Chêne 54, 1208 GENEVE	intimée

Siégeant : Mme Juliana BALDE, Présidente ; Mmes Doris WANGELER et Valérie MONTANI, Juges

EN FAIT

1. La société X_____ SA (ci-après la société) a été créée à Genève le 22 décembre 1984. Elle a pour but social la gestion de biens mobiliers et immobiliers.

2. La société a été affiliée pour son personnel salarié auprès de la Caisse interprofessionnelle d'AVS de la fédération des entreprises romandes (FER-CIAM) jusqu'au 31 décembre 1997. A partir du 1er janvier 1998, elle est affiliée auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la caisse).

3. Monsieur V_____ est inscrit au Registre du commerce en qualité de directeur de la société, au bénéfice d'une signature individuelle, depuis 1988. Monsieur A_____ est administrateur, avec signature individuelle, depuis le 10 décembre 2001.

4. Dès son affiliation en 1998, la société ne s'est pas acquittée des cotisations paritaires, contraignant la caisse à agir à son encontre par voie de poursuites. Les 27 octobre 2003 et 2 décembre 2003, l'Office des poursuites a délivré à la caisse quatre procès-verbaux de saisie, valant actes de défaut de biens, relatifs aux cotisations paritaires impayées pour l'année 2001. Le 23 avril 2004, de nouveaux procès-verbaux de saisie valant actes de défaut de biens ont été délivrés à la caisse, pour des cotisations impayées durant les années 1998 et 2000.

5. Par décision du 18 février 2004, la caisse a réclamé à Messieurs V_____ et A_____, pris conjointement et solidairement, le paiement de la somme de 35'588 fr. 70 à titre de réparation du dommage subi, représentant un solde de cotisations impayées pour les années 1998 à 2000, ainsi que les cotisations de janvier à décembre 2001.

6. Représenté par Me Diane DEVAUX, Monsieur A_____ a formé opposition en date du 17 mars 2004, au motif qu'il n'avait pris ses fonctions d'administrateur que le 10 décembre 2001, de sorte qu'il ne répondait pas des cotisations impayées avant son entrée en fonction. Il proposait que la société s'acquitte de sa dette à raison de versements mensuels de 700 fr.

7. Le 19 mars 2004, Monsieur V_____, par l'intermédiaire de Me Andrea GAMBA, a également formé opposition, relevant qu'il était le seul salarié de la société, qui connaissait des difficultés financières depuis plusieurs années. Il faisait valoir entre autres arguments que le paiement des charges sociales relevait du conseil d'administration, plus particulièrement de Monsieur R_____, administrateur pour la période du 18 juin 1998 à fin 2001. Sur le fond, il contestait toute responsabilité.

8. Par décision du 1er juillet 2004, la caisse a rejeté l'opposition de l'administrateur, rappelant qu'il incombait à celui-ci, dès son entrée en fonction, de prendre les dispositions nécessaires pour que la société s'acquitte des cotisations paritaires, ce qu'il n'avait pas fait. En effet, les actes de défaut de biens lui avaient délivrés en 2003, période durant laquelle il exerçait ses fonctions. La caisse a considéré que sa responsabilité était engagée.

9. Par décision du même jour, la caisse a rejeté l'opposition de Monsieur V_____, considérant qu'en tant que directeur et seul salarié de la société, au bénéfice d'une signature individuelle, il assumait la fonction d'organe, influençant de manière déterminante la volonté de la société.

10. Le 2 août 2004, Monsieur A_____, par l'intermédiaire de son conseil, a interjeté recours, contestant sa responsabilité. La cause a été enregistrée sous le numéro A/1636/2004. Le recourant soutient qu'il n'était pas administrateur au moment des faits, de sorte qu'il ne saurait être recherché en responsabilité.

11. Dans sa réponse du 31 août 2004, la caisse a conclu au rejet du recours, considérant que l'administrateur n'avait pris aucune mesure et que, par l'insolvabilité de la société, il avait contribué à lui causer un dommage.

12. Représenté par Me Michel BERGMANN, Monsieur V_____ a interjeté recours en date du 1er septembre 2004. La cause a été enregistrée sous le numéro A/1818/2004. Il soutient qu'il n'est pas actionnaire de la société et que c'est uniquement pour des raisons de commodité qu'il apparaît au Registre du commerce comme directeur, avec signature individuelle. Il relève qu'il est le seul salarié de la société et que celle-ci l'a contraint, le 14 septembre 2001, à réduire son temps de travail. Il a d'ailleurs demandé et obtenu des indemnités de chômage. Il conteste sa qualité d'organe de la société, ainsi que toute responsabilité dans le non paiement des charges sociales.

13. Par écriture du 1er octobre 2004, la caisse a conclu au rejet du recours déposé par Monsieur V_____, relevant que les difficultés de la société duraient depuis plusieurs années. Pour le surplus, elle maintient que le recourant a la qualité d'organe de la société et que sa responsabilité est engagée.

14. Par ordonnance du 10 novembre 2004, le Tribunal de céans a joint les causes sous le numéro A/1636/2004. Le même jour, il a entendu les parties en audience de comparution personnelle.

15. Monsieur A_____ a exposé qu'il était devenu administrateur de la société depuis le 10 décembre 2001, qu'il possédait une action à titre fiduciaire et qu'il ignorait quels étaient le ou les actionnaires de la société. Il a admis avoir pris connaissance du rapport de l'organe de contrôle relatif à l'exercice 2000 et savait que les charges sociales n'étaient pas payées, mais il n'avait pas approfondi la

question. Le directeur devait se charger du paiement des arriérés, mais la société manquait de liquidités, les clients ne payant pas dans les délais. Elle versait les salaires et les frais généraux, mais manquait d'argent pour s'acquitter des charges sociales. Il a expliqué que la société ne disposait plus de locaux et qu'elle était domiciliée à la rue du Rhône, chez la fiduciaire. Le directeur est toujours salarié de la société ; l'administrateur a déclaré cependant ignorer s'il exerce une autre activité en dehors de celle qu'il occupe pour la société. Pour le surplus, il a soutenu avoir pris diverses mesures en vue d'assurer les paiements, en fonction des affaires de la société, et d'avoir proposé un arrangement de paiement par mensualités de 700 fr., ce que la caisse n'a pas accepté.

16. La caisse a précisé que la proposition de paiement n'est intervenue que lors de la procédure d'opposition et qu'un arrangement n'est pas possible, dès lors que les charges sociales sont demeurées impayées depuis janvier 2002 et que de nouveaux actes de défaut de biens lui ont été délivrés par l'Office des poursuites pour les cotisations afférentes aux années 2002 et 2003.

17. Entendu le 1er décembre 2004, Monsieur V_____ a déclaré qu'il est le directeur de la société depuis février 1985, soit quelques mois après sa constitution. Il avait été engagé par le premier administrateur de la société, dont il ne se souvenait pas le nom. De même, il ignorait quels sont le ou les actionnaires de l'entreprise. Il est le seul salarié de la société depuis plusieurs années, mais soutient que s'il est inscrit au Registre du commerce, c'est uniquement pour une question de marketing. D'après son contrat, il est chargé des affaires courantes de la société, ce qui signifie qu'il doit vérifier notamment, du point de vue de la comptabilité, que les clients sont à jour. Il expose qu'il était occupé à plein temps, mais qu'à compter du 1er janvier 2002, son taux d'activité a été réduit à 20 %. La société n'a plus de locaux, de temps à autre elle loue une salle de conférence; pour le surplus, il est joignable sur son téléphone portable et travaille avec un ordinateur portable. Il allègue que le paiement des salaires et des charges sociales ne lui incombe pas et que s'il a signé l'attestation annuelle des salaires pour l'année 1998, c'est par ordre et à titre exceptionnel. Son salaire lui est versé en cash ou par chèque signé par l'administrateur. Il conteste toute responsabilité.

18. Le 20 décembre 2004, l'administrateur a communiqué au Tribunal copie d'une proposition de transaction qu'il a adressée à la caisse le même jour. La caisse a cependant refusé d'accorder un plan de paiement à la société, rappelant que les cotisations dues trimestriellement n'étaient pas payées et qu'au surplus, s'agissant des périodes pour lesquelles elle avait obtenu des actes de défaut de biens, la responsabilité personnelle des organes était engagée.

19. Le Tribunal a ordonné une nouvelle audience de comparution personnelle des parties le 7 avril 2005. L'administrateur a déclaré que le directeur n'a jamais engagé la société pour ce qui concerne le paiement des charge sociales. Questionné à

propos d'une attestation qu'il avait établie certifiant que Monsieur V_____ n'était pas actionnaire de la société alors qu'il avait déclaré au Tribunal qu'il ignorait le nom des actionnaires, Monsieur A_____ a affirmé qu'en réalité il ne savait pas si le directeur était actionnaire, mais qu'il ne le pensait pas. Il a expliqué qu'il établissait régulièrement des rapports de conseil d'administration que la fiduciaire soumet aux actionnaires, mais qu'il n'avait pas de retour.

Monsieur V_____ a quant à lui admis avoir établi et signé une déclaration d'intégralité du bilan de l'exercice 2000, mais affirme qu'en réalité cette démarche n'entrait pas dans ses compétences. Il ne se rappelait pas pourquoi il l'avait signée. Il a reconnu que dans le cadre des poursuites intentées par la caisse, c'est lui qui se présentait à l'Office des poursuites pour indiquer que la société n'avait aucun bien saisissable. Il a précisé cependant que c'est sur instruction de Monsieur A_____ qu'il s'y rendait, ce que ce dernier a confirmé. Sur question, il a indiqué que la caisse de chômage avait annulé sa décision d'octroi d'indemnités de chômage et lui a réclamé la restitution des indemnités versées, au motif qu'il avait la double qualité d'employeur et de salarié. Son recours ayant été rejeté par le Tribunal cantonal des assurances sociales, il a interjeté un recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral des assurances qui n'a pas encore statué.

20. Le Tribunal de céans a ouvert des enquêtes et procédé à l'audition de Messieurs R_____ et B_____.

Monsieur R_____ a confirmé avoir été administrateur de la société durant les années 1998 à 2000, à la demande de Monsieur V_____, qui en était l'animateur. D'après lui, c'est un membre de la famille de Monsieur V_____ qui avait créé la société, probablement son père, qui devait être l'actionnaire unique. Il ne l'avait cependant jamais rencontré. Durant l'exercice de son mandat, il savait que les cotisations AVS n'étaient pas payées. Il a déclaré à ce propos que c'était un combat permanent, qu'il ne cessait d'attirer l'attention du directeur sur l'obligation de payer les charges sociales, lui envoyait des sommations, en vain. Il a rapporté que Monsieur V_____, au bénéfice d'une signature individuelle, prélevait de l'argent dans les comptes de la société, sans acquitter les charges sociales. Le directeur s'occupait de toutes les affaires de la société. Alors même qu'il est à la tête d'une fiduciaire, Monsieur V_____ n'avait pas voulu qu'il s'occupe de la comptabilité de la société et c'est une autre fiduciaire qui en était chargée. Il a exposé qu'à la fin 2001, il avait posé des questions à l'organe de révision, car il avait constaté dans la comptabilité que la société avait fait une avance de 39'000 fr. à Monsieur V_____. Il a demandé au réviseur de vérifier la solvabilité du directeur, car il pensait qu'en réalité ce dernier devait être actionnaire de la société, le membre de sa famille servant d'écran. Il considérait que la société avait les moyens financiers pour payer les charges sociales, puisqu'elle avait avancé de l'argent au directeur et que le réviseur lui avait confirmé que ce dernier était solvable. Il a confirmé avoir signé le 14 septembre 2001 un message envoyé à

Monsieur V_____, aux termes duquel il l'invitait à lui retourner copie de sa lettre de congé. Passé ce délai, il déclarait qu'il lui signifierait son congé. Il a déclaré avoir fait cette lettre à la demande du directeur, que c'était en réalité une "magouille" afin que Monsieur V_____ puisse toucher le chômage.

Entendu le 21 septembre 2005, Monsieur B_____ a confirmé que sa fiduciaire assume la fonction d'organe de contrôle de la société depuis une dizaine d'années. Il connaît bien la société, mais ne sait pas qui l'avait créée. Pour l'établissement des comptes, il a affaire à l'administrateur. Il a confirmé que les charges sociales étaient impayées et que la société était surendettée, ce qu'il avait relevé dans ses rapports à l'assemblée générale. Il a admis avoir assisté à la dernière assemblée générale, mais ne se souvenait pas quels étaient les membres présents. Quant à l'avance faite par la société à Monsieur V_____, il a expliqué qu'il s'agissait d'un cumul de sommes avancées les années précédentes, car le directeur avait des difficultés. Il a confirmé que Monsieur V_____ dispose d'une surface financière et qu'on peut lui faire confiance, précisant qu'il possède une villa. Le réviseur a déclaré qu'il ne savait pas si le directeur suivait les instructions de Monsieur R_____.

Pour le surplus, les déclarations des témoins seront reprises en détail, en tant que de besoin, dans la partie en droit ci-après.

21. En cours de procédure, Me Alain DE MITRI s'est constitué pour la défense des intérêts de Monsieur A_____ et Me Iana MOGOUTINE CASTIGLIONI pour ceux de Monsieur V_____.

22. Dans ses écritures après enquêtes du 16 novembre 2005, la caisse a persisté dans ses conclusions, considérant que les enquêtes avaient démontré que Monsieur V_____ était bien administrateur de fait de la société et que Monsieur A_____ n'avait pris aucune mesure pour procéder au paiement des cotisations en retard.

23. L'administrateur a persisté à contester sa responsabilité, relevant que les cotisations impayées remontent à une période durant laquelle Monsieur R_____ était administrateur, que la société était surendettée depuis 1998, qu'il avait pris des mesures en réduisant notamment le taux d'activité du directeur et, enfin, qu'il n'avait pas aggravé le dommage subi par la caisse.

24. Monsieur V_____ a contesté le fait qu'il soit l'animateur de la société, alléguant que le témoignage de l'ancien administrateur n'était pas crédible, et qu'il n'a jamais eu d'autre fonction que celle d'employé. Il a produit copie de son contrat de travail du 24 février 2004.

25. Les écritures ont été communiquées aux parties, qui ont persisté dans leurs conclusions.

26. Pour le surplus, les divers allégués des parties, ainsi que les éléments pertinents ressortant du dossier et de l'instruction, seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

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

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

2. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 LOJ, 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) qui sont relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS).

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

3. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS, notamment en ce qui concerne l'art. 52 LAVS. Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'art. 52 LAVS et les art. 81 et 82 RAVS ont été abrogés.

   En l'occurrence, la caisse a réclamé aux recourants la réparation du dommage qu'elle a subi en raison de l'insolvabilité de la société X_____ SA par décision du 18 février 2004 (art. 52 al. 2 LPGA), de sorte que la LPGA est applicable.

4. Interjeté dans le délai de 30 jours dès la notification de la décision sur opposition et dans la forme prescrite auprès du Tribunal de céans (art. 84 LAVS et 58 al. 1 LPGA), le recours est recevable (art. 56 et 60 LPGA).

5. Aux termes de l'art. 52 al. 1 LAVS, en sa teneur en vigueur dès le 1er 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. Cette disposition reprend l'ancien art. 52 LAVS quasiment sans modification : les termes « caisses de compensation » sont remplacés par « assurance », sans que cela entraîne un changement quant aux conditions de la responsabilité de l'employeur (cf. ATF 129 V 13 ss consid. 3.5).

   Selon l'art. 52 al. 3 LAVS, 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. Contrairement à l'ancien droit, il s'agit de délais de prescription et non de péremption : ces délais peuvent être interrompus et l'employeur peut renoncer à invoquer la prescription (FF 1994 V p. 964 ss, 1999 p. 4422).

   L'art. 82 LPGA précise que les dispositions matérielles de la présente loi ne sont pas applicables aux prestations en cours et aux créances fixées avant son entrée en vigueur. La LPGA ne contient cependant pas de disposition transitoire relative aux délais de péremption et de prescription prévus par l'ancien art. 82 RAVS et l'art. 52 al. 3 LAVS. Dans un arrêt du 30 novembre 2004 (H 96/03), le Tribunal fédéral des assurances (TFA) s'est penché sur cette question, sans toutefois la trancher dans le cas d'espèce. Il a ainsi rappelé qu'en l'absence de disposition transitoire, on pourrait considérer comme un état de fait durable la créance en réparation du dommage soumise à prescription ou péremption, et lui appliquer la nouvelle réglementation dès son entrée en vigueur (cf. ATF 107 Ib 203 ss consid. 7 b, 102 V 207 ss consid. 2 ; RDAF 1998 II p.189 ss consid. 7a ; RDAT 1995 I n. 46 p. 115 ss consid 3). La péremption ou la prescription sont cependant des institutions de droit matériel qui concernent directement l'existence de la créance en réparation du dommage, à laquelle elles sont donc étroitement liées. Ce lien de connexité pourrait justifier de soumettre la naissance de la créance en réparation du dommage et sa péremption ou prescription à un seul et même régime de droit transitoire.

   En l'espèce, la caisse a reçu, dès le 27 octobre 2003, plusieurs actes de défaut de biens relatifs à des cotisations impayées pour les années 1998 à 2001 (cf. pièces nos 4, 9, 16, 23, 30, 47 caisse). De jurisprudence constante, en dehors de la faillite, lorsque la caisse subit un dommage à cause de l'insolvabilité de l'employeur, la délivrance par l'Office des poursuites de procès-verbaux de saisie valant actes de défaut de biens au sens des art. 115 al. 1 et 149 LP marque, outre le moment de la survenance du dommage et de la naissance de la créance en réparation du dommage, celui où la caisse a connaissance du dommage et, par conséquent, fixe le point de départ du délai de prescription de deux ans de l'art. 52 al. 3 LAVS, applicable en l'espèce (cf. ATF 113 V 256 consid. 3c, 112 V 158 consid. 3; ATFA du 19 février 2003 H 184/02).

Force dès lors est de constater qu'en notifiant ses demandes en réparation du dommage en date du 18 février 2004, la caisse a respecté le délai de prescription.

6. L'art. 14 al. 1 LAVS en corrélation avec les art. 34 ss RAVS, prescrit que l'employeur doit déduire, lors de chaque paie, la cotisation du salarié et verser celle-ci à la caisse de compensation en même temps que sa propre cotisation. Les employeurs doivent remettre périodiquement aux caisses les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs employés, de manière que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions.

   L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances a déclaré, à réitérées reprises, que celui qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'art. 52 LAVS et doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 118 V 195 consid. 2a et les références).

   Le TFA 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, page 259; RCC 1972, page 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, page 101).

   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; ATF 114 V 79, consid. 3; 113 V 256, consid. 3c; RCC 1988, page 136, consid. 3c; ATF 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'article 754, 1er alinéa, en corrélation avec l'article 759, 1er alinéa 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'article 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, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale de manière déterminante (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 II 442 consid. 2b, 571 consid. 3, 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., pages 209 et ss). Il faut cependant, dans cette dernière éventualité, que la personne en question ait eu la possibilité de causer un dommage ou de l'empêcher, c'est-à-dire d'exercer effectivement une influence sur la marche des affaires de la société (cf. ég. ATF 111 II 84 consid. 2).

7. En l'espèce, Monsieur A_____, inscrit au Registre du commerce en qualité d'administrateur de la société depuis le 10 décembre 2001, a indéniablement la qualité d'organe, ce qu'il ne conteste au demeurant pas. Il allègue cependant que sa responsabilité n'est pas engagée, dès lors que la société était surendettée depuis 1998, qu'il n'a pas aggravé le dommage subi par la caisse et enfin, qu'il a pris des mesures, en réduisant notamment le taux d'activité du directeur depuis le 1er janvier 2002 et en proposant un plan de paiement.

   Ces arguments ne résistent pas à l'examen. En effet, le Tribunal constate que toute la procédure de poursuite ayant abouti à la délivrance des actes de défaut de biens a été engagée par la caisse peu après l'entrée en fonction du recourant : les réquisitions de poursuite ont été déposées dès le 17 janvier 2002, les commandements de payer notifiés à partir de mai 2003 et les actes de défaut de biens délivrés à compter d'octobre 2003. Or, durant toute cette période, le recourant n'a pris aucune mesure concrète à l'égard de la caisse afin d'assurer le paiement des charges sociales; bien plus, de façon incompréhensible, il a laissé le directeur former délibérément et systématiquement opposition aux commandements de payer notifiés à la société, obligeant la caisse à agir en justice pour obtenir la mainlevée et requérir la continuation des poursuites. Ce faisant, il a bel et bien contribué à causer un dommage à la caisse.

   De même, le recourant ne saurait raisonnablement soutenir avoir pris des mesures d'assainissement ; en effet, la seule opération concrète qu'il ait accomplie, à savoir la réduction du taux d'activité du directeur à 20 % à compter du 1er janvier 2002, n'a eu aucune incidence sur le paiement des charges sociales, de sorte qu'on se pose même la question de savoir quel était en réalité le sens de cette décision. Quant à la proposition d'arrangement, le Tribunal relève qu'elle a été avancée seulement après que l'intimée lui ait notifié une décision en réparation du dommage. Enfin, il convient de souligner que la société persiste encore à l'heure actuelle à ne pas s'acquitter des cotisations courantes.

   Au vu de ce qui précède, le recourant, de par son comportement que l'on peut qualifier d'irresponsable de la part d'un administrateur, a violé gravement les

obligations qui lui incombent, engageant ainsi sa responsabilité au regard de l'art. 52 LAVS. Il répond en conséquence entièrement du dommage subi par l'intimée.

8. Quant à Monsieur V_____, bien qu'inscrit au Registre du commerce en qualité de directeur, il conteste être un organe de fait de la société, alléguant n'avoir jamais été qu'un employé de la société.

Il sied de rappeler en premier lieu qu'un directeur de société a généralement la qualité d'organe en raison de l'étendue des compétences que cette fonction suppose (ATF 104 II 197 consid., 3b; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, § 37, p. 443 note 17; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2e éd., p. 1072 note 1969). Mais il ne doit répondre que des actes ou des omissions qui relèvent de son domaine d'activité, ce qui, en d'autres termes, dépend de l'étendue des droits et des obligations qui découlent des rapports internes. Sinon, il serait amené à réparer un dommage dont il ne pouvait empêcher la survenance, faute de disposer des pouvoirs nécessaires (ATF 111 V 178 consid. 5a, Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 37, p. 442 note 8).

Le recourant allègue qu'il est inscrit au Registre du commerce uniquement à des fins commerciales et de marketing, mais qu'il ne disposerait en fait pas de pouvoirs de décisions quant à la marche des affaires de l'entreprise, qui relèvent des compétences de l'administrateur et plus particulièrement de l'ancien administrateur, pour ce qui concerne le paiement du dommage réclamé par la caisse. Ses fonctions recouvrent le marketing et la comptabilité relative aux clients externes à la société. Il est chargé des affaires courantes de la société, c'est-à-dire qu'il doit vérifier notamment que les clients sont à jour. En revanche, le paiement des salaires et des charges sociales ne lui incombent pas et s'il a signé l'attestation des salaires annuels de 1998, c'était par ordre et à titre tout à fait exceptionnel.

Le Tribunal de céans relève cependant que le recourant est inscrit au Registre du commerce en qualité de directeur, au bénéfice d'une signature individuelle, depuis de nombreuses années, et ce quelques mois seulement après la création de la société, et qu'il en est le seul salarié. Malgré ses dénégations, il apparaît bien comme étant l'animateur principal, voire le propriétaire de la société. En effet, l'ancien administrateur, Monsieur R_____, a déclaré que le recourant s'occupait de toutes les affaires de la société. Lorsqu'il a été nommé administrateur de la société, il y avait déjà un arriéré de cotisations impayées et les cotisations courantes n'étaient pas acquittées, le recourant donnant la priorité au paiement de son salaire. Selon le témoin, le directeur "faisait la pluie et le beau temps". Il prélevait aussi de l'argent dans les comptes de la société et s'était fait avancer des fonds pour un montant total de 39'000 fr. à la fin de l'exercice 2000, ce qui résulte d'ailleurs des comptes et bilans de la société. Le témoin a versé à la procédure divers documents, dont il résulte qu'il adressait régulièrement des messages au recourant, l'invitant à apporter des preuves concrètes relatives à la réduction des

dettes sociales de la société, le mettant en garde quant aux suites pénales en cas de détournement de cotisations, etc. (cf. pièces R_____).

Le recourant prétend ne pas connaître les actionnaires de la société; ses déclarations n'apparaissent toutefois pas crédibles, dès lors que la société a été, selon toute vraisemblance, créée par un membre de sa famille, comme le témoin R_____ l'a rapporté. Elles sont, de surcroît, contredites par les pièces du dossier : ainsi, il résulte des procès-verbaux des assemblées générales ordinaires de la société des années 1999 à 2004 qu'il participe toujours, à un titre ou à un autre, aux assemblées générales des actionnaires, qu'il établit régulièrement, en sa qualité de directeur, des rapports à l'attention de l'assemblée générale, qu'il a présidé celles des années 1999 à 2001 et qu'il représentait les actionnaires, soit 99 actions sur 100, lors de l'assemblée générale du 5 novembre 2002 (cf. pièces B_____).

Quant au prétendu lien de subordination dont fait état le recourant par rapport à l'ancien administrateur R_____, il est totalement démenti par les pièces du dossier, selon lesquelles il n'hésite pas à passer outre les instructions données par l'administrateur, notamment quant au paiement des charges sociales. S'agissant de la menace de licenciement, Monsieur R_____ a déclaré qu'il avait rédigé cette lettre à la demande du recourant et qu'il s'agissait en fait d'une "magouille" afin que le recourant puisse percevoir des indemnités de chômage.

Le Tribunal constate que le recourant agit bel et bien en administrateur de fait de la société, voire en propriétaire économique : c'est d'ailleurs en ces termes que Monsieur R_____ le qualifiait dans ses correspondances en 2002, confirmés lors de l'audience qui s'est tenue par-devant le Tribunal de première instance le 21 janvier 2003 (cf. not. pièces nos 7b, 8a, 9b R_____). L'actuel administrateur, Monsieur A_____, a d'ailleurs déclaré lors de cette même audience qu'il n'était pas l'animateur de cette société, qui est gérée par Monsieur V_____, directeur général. A cela s'ajoute le fait que le recourant a déjà été condamné, par jugement de la Commission cantonale de recours AVS-AI du 19 juin 2003, à réparer le dommage subi par la Caisse de compensation FER-CIAM en raison de cotisations impayées de 1993 à 1996, et que la caisse de chômage lui a refusé le paiement d'indemnités de chômage en raison de sa double qualité d'employeur et de salarié, décision qui a été confirmée par le Tribunal de céans.

Or, force est de constater, qu'en sa qualité d'organe de fait de la société, le recourant ne s'est pas acquitté, intentionnellement, des cotisations sociales, au mépris des obligations qui lui incombent, plus soucieux en réalité de percevoir son salaire en laissant perdurer le surendettement de la société.

Il répond en conséquence de la totalité du dommage subi par l'intimée, dont le montant correspond aux actes de défaut de biens qui lui ont été délivrés.

Les recours, entièrement mal fondés, seront rejetés.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

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

A la forme :

1. Déclare les recours recevables.

Au fond :

2. Les rejette.

3. Dit que la procédure est gratuite.

4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par pli recommandé adressé au Tribunal fédéral des assurances, Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE, en trois exemplaires. Le délai ne peut être prolongé. Le mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs il estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter sa signature ou celle de son représentant. Si le mémoire ne contient pas les trois éléments énumérés sous lettres a) b) et c) ci-dessus, le Tribunal fédéral des assurances ne pourra pas entrer en matière sur le recours qu'il devra déclarer irrecevable. Le mémoire de recours mentionnera encore les moyens de preuve, qui seront joints, ainsi que la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132, 106 et 108 OJ).

Le greffier — La Présidente

Walid BEN AMER — Juliana BALDE

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