

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3055/2010

ATAS/1321/2010

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 2**

**du 21 décembre 2010**

En la cause

Monsieur J \_\_\_\_\_, domicilié à Vessy

recourants

Monsieur K \_\_\_\_\_, domicilié à Cologny

contre

FER CIAM 106.1, Caisse interprofessionnelle AVS de la  
Fédération des Entreprises Romandes; sise rue de Saint-Jean 98,  
1201 Genève

intimé

**Siégeant : Sabina MASCOTTO, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et  
Patrick MONNEY, Juges assesseurs**

---

**EN FAIT**

1. X\_\_\_\_\_ SA (ci après la société), dont le but est le consulting, en particulier dans le domaine de la gestion et de la stratégie d'entreprises, est inscrite au Registre du commerce (RC) le 2 mai 2002. Selon l'extrait du RC, L\_\_\_\_\_ (ci-après le président) est administrateur président du 2 mai 2002 au 2 septembre 2009, puis liquidateur, K\_\_\_\_\_ est administrateur vice-président du 2 mai 2002 au 22 septembre 2006, J\_\_\_\_\_ est administrateur secrétaire du 2 mai 2002 au 22 septembre 2006 (ci-après les administrateurs ou les recourants) et M\_\_\_\_\_ est directeur du 16 septembre 2002 au 13 octobre 2006 (ci-après le directeur), tous avec signature collective à deux. N\_\_\_\_\_ dispose d'une procuration avec signature collective à deux depuis le 16 septembre 2002.
2. La société est affiliée auprès de la caisse de compensation de la fédération des entreprises romandes FER CIAM (ci-après la caisse) du 2 mai 2002 au 31 décembre 2006, puis de la caisse cantonale de compensation.
3. Un contrat de fiducie est conclu le 4 juin 2002 entre L\_\_\_\_\_ (le mandant) et Y\_\_\_\_\_ SA (le mandataire) selon lequel le mandataire met à disposition du mandant deux administrateurs pour une somme de 5'000 fr. par an; le mandant assume toute la responsabilité des actes accomplis par le mandataire, qui agit selon les instructions de celui-ci.
4. Y\_\_\_\_\_ SA est une fiduciaire inscrite au RC, K\_\_\_\_\_ et J\_\_\_\_\_ ayant une signature collective à deux selon inscription au RC. Ils sont les signataires de la convention de fiducie précitée.
5. Les acomptes de cotisations paritaires sont payés avec retard dès 2003, les retards se sont accentués en 2004 et les cotisations ne sont plus acquittées du tout dès juillet 2005. Une sommation et une décision de taxation par mois de cotisation dû sont adressées par la caisse à la société, dès le 23 août 2005 et jusqu'au 19 avril 2006. Des réquisitions de poursuites sont notifiées en janvier et mars 2006.
6. Selon l'attestation des salaires pour l'année 2005 adressée par la société à la caisse le 1<sup>er</sup> décembre 2005, le salaire brut total versé aux trois employés s'élève à 240'000 fr.
7. Par pli du 2 mai 2006 adressé à la société, se référant à des entretiens des 13 et 21 avril 2006, la caisse accorde le sursis au paiement demandé pour les cotisations dues de juillet 2005 à février 2006 de 25'224 fr 50, payables par acomptes de 2'102 fr. dès fin mai 2006.

Un courrier similaire est adressé le même jour à la société par la CIEPP, l'institution de prévoyance LPP.

8. Entre-temps, les locaux de la société sont mis sous scellés le 4 avril 2006 et le président est incarcéré.
9. Par plis du 10 avril 2007, la caisse réclame aux administrateurs le décompte des salaires pour l'année 2006 et attire leur attention sur leur responsabilité, notamment pénale, s'agissant des cotisations retenues aux employés. Les cotisations dues selon les éléments connus sont de 31'706 fr. 15, dont 13'033 fr. de part pénale.
10. Selon l'attestation des salaires de l'année 2006 du 23 août 2007, établie malgré les scellés selon les indications transmises par le président, le salaire total versé en 2006 est de 60'000 fr.
11. La caisse intente des poursuites contre la société, soldées par des procès-verbaux de saisie valant actes de défaut de biens notifiés le 13 février 2007.
12. Après plusieurs courriers échangés avec les administrateurs et l'avocat de l'un d'eux, et des pourparlers en vue du paiement des cotisations prélevées aux employés, la caisse dénonce pénalement le 12 février 2008 les trois administrateurs pour non-paiement des cotisations retenues, soit 8'931 fr. 70, sur la base des attestations. La caisse octroie le 28 mars 2008 un sursis au paiement de la part pénale des cotisations dues au président. Celui-ci s'est acquitté du montant dû et la caisse retire le 14 août 2008 sa constitution de partie civile.
13. Entre-temps, par quatre décisions en réparation du dommage du 10 juillet 2008 adressées aux administrateurs, au président et au directeur, la caisse réclame le paiement de 21'394 fr. 55, correspondant aux cotisations encore dues, pour les périodes de juillet à décembre 2005, de janvier à mars 2006, du complément de l'année 2006, ainsi que des cotisations dues au régime des allocations familiales et assurance maternité pour les mêmes périodes.
14. Les administrateurs forment opposition le 17 juillet 2008. Ils font valoir qu'ils ont rempli leur mandat d'administrateurs fiduciaires avec toute la diligence requise, conformément au contrat de fiducie conclu. Ils se réfèrent au courrier adressé au juge d'instruction le 5 mars 2008 dans lequel ils indiquent que les comptes ont été régulièrement tenus et contrôlés pour les exercices 2002 à 2004. Pour l'exercice 2004, et malgré un exercice bénéficiaire, ils ont demandé à l'administrateur de Z\_\_\_\_\_ SA de postposer la créance de celle-ci dans la société X\_\_\_\_\_ SA à concurrence de 450'000 fr. Ils ont régulièrement interpellé le président lorsque des factures étaient impayées ou des questions de la fiduciaire en suspens et vérifié l'état des poursuites de la société fin 2003. Les questions posées en juin 2005 au président ont reçu une réponse et aucun indice ne laissait supposer, lors de l'assemblée générale de septembre 2005, que des problèmes de règlement des cotisations AVS se posaient. Les annexes jointes sont, notamment :

- a) le contrat de fiducie déjà cité;
- b) le procès-verbal du conseil d'administration de la société du 4 juin 2002, qui fixe le règlement d'organisation de la société et prévoit notamment que le conseil d'administration délègue la gestion de la société au président, qui assume l'ensemble de la gestion commerciale de la société, la gestion administrative interne (personnel, AVS, LPP, charges sociales), la planification et le contrôle des finances, l'obligation de faire rapport au conseil d'administration ;
- c) la convention de postposition déjà citée ;
- d) un courrier de Y\_\_\_\_\_ SA au président du 4 juin 2003, lui demandant de répondre aux questions de la fiduciaire du 28 mai 2003, s'agissant notamment des décomptes de charges sociales définitives AVS et LPP pour l'année 2002, et lui rappelant que leurs honoraires d'administrateur pour l'année 2002 et 2003 n'étaient pas payés ;
- e) un courrier de Y\_\_\_\_\_ SA au président du 14 novembre 2003, lui rappelant les multiples rappels de la fiduciaire, s'agissant de ses honoraires impayés ;
- f) un courrier de K\_\_\_\_\_, avocat, à l'Office des poursuites, sollicitant l'état des poursuites de Z\_\_\_\_\_ SA et X\_\_\_\_\_ SA le 21 novembre 2003, muni du tampon de l'Office des poursuites du 25 novembre 2003, attestant que les deux sociétés ne font état d'aucune poursuite;
- g) des courriers de Y\_\_\_\_\_ SA au président des 24 septembre 2004 et 2 juin 2005, sollicitant des informations sur l'état d'encaissement de diverses factures et, s'agissant du courrier du 2 juin 2005, des explications concernant les commandements de payer et avis de saisie mis en œuvre par la caisse AVS, ainsi que la menace de dénonciation pénale de l'institution de prévoyance LPP, la CIEPP. Le courrier précise qu'en leur qualité d'administrateurs, les signataires sont inquiets de la santé financière de la société, ce d'autant plus que leurs factures d'administration et la facture de XA\_\_\_\_\_ sont impayées à ce jour ;
- h) un courrier de X\_\_\_\_\_ Consulting du 17 juin 2005, signé par le président, donnant des explications quant aux diverses factures évoquées, correspondant à des honoraires d'études de la société et mentionnant « nous vous confirmons que les cotisations AVS et CIEPP dues au 31.12.2004 sont entièrement payées ». Le président précise : « nous comprenons les raisons de votre inquiétude à la lecture des documents au 31.12.2004, mais nous vous confortons, par les réponses apportées ci-dessus, que notre société ne se trouve

pas actuellement dans une situation de difficultés extrêmes (...) elle rencontre des difficultés de trésorerie» ;

- i) un courrier de Y\_\_\_\_\_ SA au président du 13 mars 2006 lui demandant d'adresser à XA\_\_\_\_\_ SA les documents nécessaires à la révision de l'exercice 2005 ;
  - j) leur courrier, pour X\_\_\_\_\_ Consulting SA, au directeur du 28 avril 2006, résiliant son contrat de travail avec effet au 30 juin 2006.
15. Par pli du 7 août 2008, le directeur forme opposition à la décision. Il fait valoir qu'il n'a jamais eu de responsabilité de décision, compte tenu de son rôle d'employé à temps partiel pour la société, selon le contrat de travail conclu avec X\_\_\_\_\_ SA. Sa fonction de directeur a eu pour objet de gérer le service comptabilité, organiser le système informatique de gestion de fortune pour Y\_\_\_\_\_ SA et participer au choix des titres constituant la liste d'achat de cette société. Il n'a jamais eu accès aux décisions concernant des projets d'investissement, de gestion du personnel ou de gestion financière de la société. Il réfute donc toute responsabilité dans la gestion de X\_\_\_\_\_ SA. La caisse a admis l'opposition.
16. Par décisions sur opposition du 16 juillet 2010, la caisse rejette les oppositions et confirme ses décisions du 10 juillet 2008. Elle résume l'ensemble des faits de la cause et motive sa décision sur la base de l'art. 52 LAVS. La jurisprudence et les directives applicables prévoient la responsabilité de l'employeur, soit des organes d'une personne morale, lorsque les cotisations dues ne peuvent plus être recouvrées. Sont considérées comme des organes agissant au nom de l'employeur, les personnes physiques qui représentent la personne morale à l'extérieur, soit les organes formels. Ceux-ci répondent solidairement et la délégation des fonctions de gestion et de représentation à des tiers ne décharge pas les organes de leur obligation de surveillance au sens de l'art. 716 a al. 1 CO. L'administrateur qui ne demande aucun renseignement sur le paiement et les décomptes de cotisations, ne donne pas d'instructions et n'ordonne pas de contrôle alors que les pertes prennent des proportions menaçantes, agit par négligence grave. En l'espèce, les opposants ont été des organes formels du 2 mai 2002 au 26 septembre 2006, soit durant la période où les cotisations n'ont pas été versées. Le fait que la gestion courante de la société ait été formellement déléguée au président en juin 2002 ne modifie en rien la responsabilité des opposants, qui restent tenus de surveiller la gestion, s'ils la délèguent. L'échange de correspondance entre Y\_\_\_\_\_ et le président de juin 2005 ne démontrait pas la surveillance régulière, ni une vérification correcte de la marche financière de la société, dès lors que les opposants avaient eux-mêmes constaté, en juin 2005, l'existence d'un contentieux non négligeable avec la caisse. Ils auraient alors dû procéder à de réels contrôles et ne pas se contenter d'une simple affirmation du président. Les opposants pouvaient également demander la

réunion du conseil d'administration en tout temps et, de façon formelle, solliciter des pièces relatives aux cotisations sociales au président. Les opposants ne s'étaient par ailleurs jamais adressés à la caisse pour connaître l'état du contentieux de la société. Or, le contentieux et la dette de la société n'ont fait qu'augmenter durant la seconde moitié de 2005 et 2006, ce dont les opposants ne se sont pas souciés, au mépris de leurs obligations résultant de l'art. 716 a al. 1 ch. 5 CO. Compte tenu du fait toutefois que le président avait réglé la part pénale et une partie des cotisations dues, la responsabilité conjointe et solidaire des trois administrateurs, y compris le président, était limitée à 18'928 fr. 65.

17. Par deux actes distincts, mais en tout point identiques, les administrateurs forment recours devant le Tribunal de céans le 14 septembre 2010. Ils rappellent les faits déjà mentionnés et concluent à ce qu'ils soient relevés de toute responsabilité dans le paiement de 18'928 fr. 65 et que la caisse soit condamnée en tous les dépens d'instance et à une équitable participation aux honoraires d'avocat. Ils estiment avoir rempli leur mandat d'administrateurs fiduciaires avec toute la diligence requise et leur mandat de surveillance régulière de la gestion courante de X\_\_\_\_\_ SA, se référant encore une fois au courrier du Y\_\_\_\_\_ SA au juge d'instruction du 5 mars 2008.
18. Par ordonnance du 24 septembre 2010, le Tribunal de céans a ordonné la jonction des causes A/3055/2010 et A/3057/2010 sous la cause A/3055/2010 et fixé un délai aux recourants pour compléter leur acte de recours.
19. Par pli du 20 octobre 2010, les deux recourants ont rappelé les faits déjà mentionnés et ajouté que X\_\_\_\_\_ a été déclarée dissoute d'office en septembre 2008, se référant à la motivation en droit des actes de recours du 14 septembre 2010.
20. Par pli du 16 novembre 2010, la caisse a maintenu les termes de ses décisions du 16 juillet 2010, rappelant que les recourants ne peuvent pas s'abriter derrière la notion d'administrateurs fiduciaires pour exclure toute faute ou négligence de leur part.
21. Lors de l'audience du 7 décembre 2010, les recourants ont indiqué être respectivement avocat - directeur d'une fiduciaire et agent fiduciaire. Exerçant l'activité d'administrateurs d'une quarantaine de sociétés, l'un depuis 35 ans et l'autre depuis 27 ans, ils n'ont jamais été confrontés à une telle situation.

S'agissant de leurs obligations de surveillance, ils ont été diligents. L'Office des poursuites a attesté le 25 novembre 2003 qu'aucune poursuite n'était en cours contre les deux sociétés susmentionnées. Leurs honoraires impayés pour les années 2004 et 2005 ne les ont pas particulièrement alertés puisque, souvent, le démarrage des sociétés est difficile. Lors des assemblées générales pour l'exercice 2003, en octobre 2004 et l'exercice 2004, en septembre 2005, l'organe de révision avait

procédé à la révision des comptes et toutes les cotisations AVS étaient payées au 31 décembre 2003, respectivement 2004. Il n'y avait donc pas lieu de s'inquiéter.

La comptabilité annuelle était examinée par l'un de leur collègues de Y\_\_\_\_\_ avant d'être adressée au réviseur, pour l'assemblée générale, et c'est ainsi qu'ils ont su qu'il y avait eu des problèmes de paiement des cotisations en 2004. C'est d'ailleurs grâce à leur intervention que ces retards ont été payés.

Après leur courrier du 2 juin 2005, ils ne se sont pas contentés des affirmations du président du 17 juin 2005, mais ont vu, lors de l'assemblée générale du 21 septembre 2005, l'un des comptes de la comptabilité, qui montrait que des versements avaient été faits à la caisse durant le premier semestre 2005, sans qu'il s'agisse toutefois de pièces comptables démontrant que la totalité des cotisations était versée. Ils ont alors pensé que le président avait compris et qu'il avait fait le nécessaire pour payer régulièrement les cotisations sociales.

Suite à l'assemblée générale du 21 septembre 2005, ils étaient rassurés, le président était serein et rien ne permettait de douter que les cotisations paritaires n'étaient pas payées. Ils n'ont pas procédé à des contrôles de la comptabilité, ni interrogé l'Office des poursuites ou la caisse AVS.

Les recourants estiment donc qu'entre le 21 septembre 2005 et le 13 mars 2006, date à laquelle ils ont demandé au président les comptes pour les transmettre au réviseur et juste avant la mise sous scellés de la société, il ne s'est écoulé que quelques mois et qu'une inaction de leur part durant une aussi courte période ne relève pas de la négligence grave.

La caisse a confirmé que les cotisations 2003, 2004 et le premier semestre de 2005 sont entièrement payées, après des poursuites toutefois s'agissant de montants dus pour 2004. C'est à partir de juillet 2005 que les cotisations n'ont plus été payées du tout.

Elle persiste dans ses conclusions dès lors que les documents produits ne sont pas suffisants, selon la jurisprudence, pour admettre que le contrôle a été suffisant.

22. Avec l'accord des parties, la cause a été gardée à juger à l'issue de l'audience.

### **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).

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

2. Aux termes de l'art. 1<sup>er</sup> al. 1<sup>er</sup> LAVS, les dispositions de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1) s'appliquent à l'AVS réglée dans la première partie, à moins que la LAVS ne déroge expressément à la LPGA.
3. Déposé en temps utile et dans la forme légale, le recours est recevable.
4. La question litigieuse est de savoir si les recourants sont responsables du dommage causé par le non-paiement des cotisations sociales dues de juillet 2005 à mars 2006, ainsi que le complément 2006, soit 18'928 fr. 65.
5. a) L'art. 52 al. 3 LAVS prévoit 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 (ATF 134 V 353 consid. 3.1).  
  
b) Par « moment de la connaissance du dommage » au sens de l'art. 52 al. 3 LAVS, il faut entendre, en règle générale, 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 (cf. ATF 128 V 15 consid. 2a, 126 V 443 consid. 3a, 121 III 388 consid. 3b, la jurisprudence rendue à propos de l'ancien art. 82 al. 1<sup>er</sup> du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants [RAVS ; RS 831.101] demeurant applicable ; ATF du 11 septembre 2007, H 220/06, consid. 3.3 et du 8 mai 2006, H 18/06, consid. 4.2). Dans le cas d'une faillite, cette insolvabilité est constatée au moment de la publication de l'état de collocation (RCC 1992 p. 502) ou, en cas de suspension de la liquidation de la faillite par défaut d'actifs, de la publication de cette suspension (VSI 2003/6 p. 435 ; ATF 129 V 193 consid. 2.3) : c'est à ce moment que prend naissance la créance en réparation du dommage et que, au plus tôt, la caisse subit un dommage et a connaissance de celui-ci.  
  
c) En l'espèce, le délai part du 13 février 2007, date de notification des actes de défaut de biens à la caisse, la société ayant été dissoute d'office le 2 septembre 2008. La décision en réparation du dommage, notifiée le 10 juillet 2008, est par conséquent intervenue dans le délai de deux ans prescrit par l'art. 52 al. 3 LAVS.
6. a) Aux termes de l'art. 52 al. 1<sup>er</sup> LAVS, 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. Il sied de rappeler que cet article est une disposition spéciale (RCC 1989, p. 117).

La nouvelle teneur de l'art. 52 al. 1<sup>er</sup> LAVS en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2003 reprend l'ancien art. 52 LAVS quasiment sans modification. Les termes « caisse de compensation » sont remplacés par « assurances », sans que cela n'entraîne un changement quand aux conditions de la responsabilité de l'employeur (ATF 129 V 13 sv. consid. 3.5). Le TF a ainsi déjà affirmé que l'on ne pouvait inférer ni du message du Conseil fédéral concernant la 11<sup>ème</sup> révision de l'AVS, ni des travaux préparatoires de la LPGA, des raisons de s'écarter de la jurisprudence constante relative à l'art. 52 LAVS.

b) L'art. 14 al. 1<sup>er</sup> LAVS en corrélation avec les art. 34 et suivants 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 les décomptes est, pour l'employeur, une tâche de droit public prescrite par la loi. A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances a déclaré, à répétées reprises, que la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS est liée au statut de droit public (ATF 112 V 155, consid. 5; 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 (ATF 111 V 173, consid. 2; 108 V 186, consid. 1a, 192 consid. 2a; RCC 1985, p. 646, consid. 3a).

c) 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 (No 6003 des directives de l'Office fédéral des assurances sociales sur la perception des cotisations, ci-après : DP; ATF 114 V 79, consid. 3; 113 V 256, consid. 3c; RCC 1988, p. 136, consid. 3c; ATF 111 V 173, RCC 1985, p. 649, consid. 2.).

d) Selon la jurisprudence constante, ont la qualité d'organe, au sens de l'art. 52 LAVS, toutes les personnes physiques qui agissent de manière déterminante pour elle et qui influent de manière déterminante sur la formation de sa volonté. L'organe dirigeant ne peut se dégager de sa responsabilité en déléguant tout ou partie de ses compétences à un tiers ; la diligence requise lui impose de le choisir correctement, de lui donner des instructions et de le surveiller (ATF 114 V 219, RCC 1989 p. 116 ; VSI 2002 p. 52, consid. 3c). 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 (no 6004 DP). Lorsqu'il est saisi du cas d'une société anonyme, le Tribunal fédéral s'est toujours référé à l'art. 754 al. 1er CO, en corrélation avec l'art. 759 al 1er CO.

Conformément à ces dispositions, 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'elles leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs et les personnes qui répondent d'un même dommage en sont tenues solidairement. La notion d'organe au sens de l'art. 52 LAVS comprend non seulement les organes formellement nommés, qu'ils aient fait usage ou non de cette compétence, mais également les organes dirigeants matériels, soit les personnes qui prennent les décisions réservées aux organes formels ou qui se sont chargées de la gestion proprement dite, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 132 III 523 consid. 4.5, 128 III 29 consid. 3aATF [107 II 353](#), consid. 5a; 112 II 1985 et l'arrêt non publié du Tribunal fédéral du 21 avril 1988 en la cause A. ; FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2ème éd., p. 209 et ss).

Supprimé : 107 II 353

Si la personne morale compte plusieurs organes, ils répondent solidairement du dommage qu'ils ont causé (ATF 119 V 78 ; ATF 108 V 189 = RCC 1983 p. 102).

f) Celui qui appartient au conseil d'administration d'une société et qui ne veille pas au versement des cotisations courantes et à l'acquittement des cotisations arriérées est réputé manquer à ses devoirs (cf. arrêt du TFA H 96/03 du 30 novembre 2004, in SJ 2005 I p. 272, consid. 7.3.1). La négligence grave mentionnée à l'art. 52 LAVS est admise très largement par la jurisprudence. Selon la pratique, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui ne respecte pas la diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie. Dans le cas d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention que la société doit accorder, en tant qu'employeur, au respect des prescriptions de droit public sur le paiement des cotisations d'assurances sociales. Les mêmes exigences s'imposent également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur. Par exemple, les administrateurs d'une société qui se trouve dans une situation financière désastreuse, qui parant au plus pressé, en réglant les dettes les plus urgentes à l'exception des dettes de cotisations sociales, dont l'existence et l'importance leur sont connues, sans qu'ils ne puissent guère espérer, au regard de la gravité de la situation, que la société puisse s'acquitter des cotisations en souffrance dans un délai raisonnable (cf. [ATF 108 V 183](#) consid. 2 p. 188 s.), commettent une négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS (arrêt du 5 mars 1996 in SVR 1996 AHV no 98 p. 299, consid. 3; cf. [ATF 108 V 189](#) consid. 4). Un administrateur ne peut se libérer de sa responsabilité en se bornant à soutenir qu'il n'a jamais participé à la gestion de l'entreprise, qu'il n'a participé à la fondation de cette dernière qu'à titre fiduciaire et qu'il n'a jamais perçu de rémunération, prétendant ainsi n'avoir joué qu'un rôle subalterne, car cela constitue déjà en soi un cas de négligence grave (cf. notamment RCC 1992 p. 268-269 consid. 7b, 1989 p. 115-116 consid. 4; ATFA du 21 mai 2003, H 13/03).

Supprimé : ATF 108 V 183

Supprimé : ATF 108 V 189

g) Un principe se résume par l'adage latin « *ne bis in idem* » : les mêmes parties ne peuvent pas remettre en cause devant quelque juridiction que ce soit un litige tranché par l'autorité compétente avec force de chose jugée. Il a pour but d'assurer la sécurité du droit en empêchant que la régularité d'un acte constatée sur recours ou action soit indéfiniment remise en question et, partant, que le même contrôle soit mis en œuvre indéfiniment (MOOR, Droit administratif, volume II, Berne 2002, p. 324).

7. En l'espèce, les recourants sont administrateurs inscrits au RC et donc organes formels de la société. Ils ont délégué par un contrat de fiducie toute la gestion de la société au président, contre une rémunération de 5'000 fr./an. Ils ne contestent pas leur qualité d'organe, mais estiment avoir fait diligence pour surveiller la gestion effective et n'être de ce fait pas responsables du dommage causé.

L'argumentation ne résiste toutefois pas à l'examen. En premier lieu, si les cotisations ont certes été payées en totalité pour les années 2003 et 2004, c'est avec retard et après poursuites. En second lieu, les recourants ont dû fermement intervenir en septembre 2004 et en juin 2005 auprès du président pour qu'il mette à jour les cotisations impayées et affirment d'ailleurs que sans leur intervention, cela n'aurait pas été fait. Ainsi, le président ne révèle pas de lui-même le retard dans les paiements et les poursuites, il attend que les recourants l'apprennent lors de l'examen des comptes. En troisième lieu, les recourants constatent que leurs honoraires et ceux de la fiduciaire chargée de la révision sont impayés (ou payés avec deux ans de retard) en 2002 et 2003, et totalement impayés en 2004 et 2005. En quatrième lieu, ils ont connaissance des difficultés financières relatives non seulement à la trésorerie (vu l'affirmation en ce sens du président), mais encore à l'équilibre du bilan, compte tenu de la convention de postposition conclue. Pourtant, et malgré ces manquements, ils se contentent des explications du président lors de l'assemblée générale de septembre 2005, sans vérifier, pièces comptables à l'appui, que l'intégralité des cotisations sociales est payée. Il s'avère qu'elles l'ont été jusqu'à fin juin 2005.

Les recourants n'ont ainsi procédé à aucune vérification sérieuse du paiement effectif des cotisations sociales après le seul contrôle concret auprès de l'Office des poursuites à fin 2003. Compte tenu de leur connaissance des retards de paiement des cotisations, de la situation financière, de l'attitude du président, qui n'annonce pas spontanément les retards et poursuites, les recourants ne pouvaient pas se contenter des affirmations du président et devaient procéder à des contrôles effectifs et réguliers du paiement des cotisations. La surveillance régulière de la gestion déléguée implique d'obtenir des renseignements précis, réguliers et documentés, sur la marche des affaires et le paiement des cotisations. Les recourants devaient ainsi réclamer mensuellement ou trimestriellement les pièces relatives au paiement des cotisations sociales. Ils pouvaient également interpellier la caisse, ainsi que l'Office des poursuites.

Il s'avère en définitive qu'ils ont estimé que leur rôle se limitait à transmettre au président les remarques et demandes du réviseur et à vérifier une fois par année, à l'occasion de la transmission des comptes pour l'assemblée générale tenue relativement tard en automne, que les cotisations sociales de l'année précédente avaient bien été réglées.

Ainsi, le Tribunal retiendra que si les recourants avaient exercé leur surveillance en procédant aux contrôles indiqués ci-dessus et qui étaient commandés par les circonstances, ils auraient constaté en automne 2005, au plus tard en décembre 2005, que les cotisations n'étaient plus payées du tout, corollairement que la situation financière de la société était grave, et auraient pu prendre les mesures qui s'imposaient, soit notamment le licenciement immédiat du personnel.

Les recourants ont donc commis une négligence grave en ne surveillant et en ne contrôlant pas la gestion déléguée au président s'agissant du paiement des cotisations sociales. Ils sont donc, conjointement et solidairement avec le président, responsables du dommage causé, à hauteur du montant ressortant de la décision sur opposition.

S'agissant des arguments des recourants tirés de la comparaison de leur situation avec celle du directeur, également inscrit au RC, le Tribunal relève que leur situation n'est pas identique. Il est vrai que la décision de la caisse de libérer le directeur, également inscrit au RC, de sa responsabilité peut soulever des interrogations eu égard à son cahier des charges et au montant de son salaire du directeur. Cette question ayant été toutefois définitivement tranchée sur opposition, le Tribunal ne peut pas revenir dessus. Cela étant, si la responsabilité du directeur était engagée, celle des recourants le demeurerait également.

8. Au vu des développements qui précèdent, le recours est rejeté. 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. Le 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 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

Florence SCHMUTZ

Sabina MASCOTTO

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