

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3724/2006  
A/3725/2006

ATAS/487/2008

**ARRET**

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES  
ASSURANCES SOCIALES**

**Chambre 5**

**du 23 avril 2008**

En la cause

Monsieur R\_\_\_\_\_, domicilié à GENEVE

recourant

contre

LA CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,  
sise route de Chêne 54, GENEVE

intimées

SERVICE CANTONAL D'ALLOCATIONS FAMILIALES, c/o  
CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,  
sise route de Chêne 54, GENEVE

Monsieur S\_\_\_\_\_, domicilié à VESENAZ, comparant avec  
élection de domicile en l'étude de Maître PRENSILEVICH Bogdan

Appelé en  
cause

**Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Christine BULLIARD MANGILI et Monique  
STOLLER FÜLLEMANN, Juges assesseurs**

---

### EN FAIT

1. Fondée en octobre 1994, la société X\_\_\_\_\_ SA (ci-après: la société) a pour but la fourniture de « services de gestion, de management, d'administration, de marketing, de représentation, de recherche et de développement ou d'autres types d'assistance, pour le compte de ses actionnaires ou des sociétés affiliées du groupe, dans des affaires portant sur le commerce international de marchandises, produits et autres biens, notamment de produits pétroliers ».
2. Monsieur R\_\_\_\_\_, avocat à Genève (ci-après: administrateur, puis recourant), en est administrateur unique avec signature individuelle depuis sa fondation, la société étant domiciliée auprès de son étude.
3. En dates des 8 et 9 mars 2001, la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la caisse), auprès de laquelle la société était affiliée en tant qu'employeur, a procédé à un contrôle portant sur la période du 1<sup>er</sup> janvier 1996 au 31 décembre 1999. Le contrôleur de la caisse a rencontré à cet effet le comptable de la société et a examiné les documents comptables afférents à la période de contrôle.
4. Par décision du 27 mars 2001, la caisse a invité la société à s'acquitter d'un montant de 48'285 fr. 55 représentant les cotisations AVS/AI/APG/AC impayées, selon décompte complémentaire arrêté au 31 décembre 1999, y compris les intérêts moratoires dus pour janvier et février 2001. Assortie de l'indication de la voie et du délai de recours, cette décision était accompagnée du rapport de contrôle, qui faisait ressortir une reprise d'honoraires payés en 1996 à une personne non affiliée comme indépendante (11'244 fr.), ainsi que la reprise du salaire de Monsieur S\_\_\_\_\_, directeur de la société, non déclaré correctement en 1998, en 1999 et en 2000, hors période de contrôle (53'333 fr. 20 en 1998, 160'000 fr. en 1999 et 133'333 fr. 50 en 2000).
5. Par décision datée du même jour, le Service cantonal d'allocations familiales (ci-après : le SCAF) a invité la société à s'acquitter d'un montant de 5'635 fr. 30, au titre de contributions complémentaires au régime cantonal d'allocations familiales.
6. Par courrier daté du 10 mai 2001, la société a écrit à la caisse, sous la signature de son administrateur, qu'elle avait bien reçu les deux décisions du 27 mars 2001 et qu'elle restait devoir des sommes de 48'285 fr. 55 et 5'635 fr. 30. Toutefois, elle se trouvait dans une période financière difficile, raison pour laquelle elle sollicitait des facilités de paiement lui permettant de s'acquitter du montant total de 53'920 fr. 85 en douze mensualités, dès le 30 juin 2001.
7. Le 17 mai 2001, la caisse a sommé la société de s'acquitter de la somme de 48'285 fr. 55, plus 150 fr. de frais de sommation, dans un délai de 15 jours.

8. En date du 22 mai 2001, le SCAF a accordé à la société des délais extraordinaires pour le paiement de la créance de 5'635 fr. 30, selon un échéancier mensuel arrêté, s'étalant du 31 mai 2001 au 30 avril 2002. En cas de non respect de l'accord de paiement, le sursis était révoqué et la totalité de la créance serait recouvrée par voie de poursuite.
9. Le 11 décembre 2003, le SCAF a fait notifier à la société, qui a formé opposition le même jour, un commandement de payer en vue de recouvrer le paiement du solde des cotisations au régime d'allocations familiales impayées, plus frais et intérêts.
10. En date du 17 décembre 2003, la caisse a fait notifier à la société, qui a formé opposition, un commandement de payer, portant sur le solde des cotisations paritaires impayées, plus frais et intérêts.
11. Par courrier du 14 avril 2004, la caisse a accordé à la société, à sa demande, la possibilité de régler la « créance du solde du rapport de contrôle arrêté au 31 décembre 1999, soit la somme de 23'387 fr. 85 (hormis les frais et les intérêts moratoires) », en six mensualités, et ce dès le 30 avril 2004 jusqu'à extinction de la dette. En cas d'inobservation de l'arrangement, la caisse procéderait au recouvrement de sa créance.
12. Le 28 avril 2005, l'Office des poursuites de Genève a dressé deux procès-verbaux de saisie, établis en présence de Monsieur S\_\_\_\_\_. Il en ressortait que tant le solde de la créance de la caisse de 28'479 fr. 60 (22'058 fr. 30 en capital plus frais et intérêts), que celui du SCAF de 3'206 fr. 80 (2'113 fr. 05 en capital, plus frais et intérêts), n'avaient pu être recouverts, la société ne possédant aucun bien saisissable et ne déployant plus d'activité depuis 2000. Les procès-verbaux de saisie valaient actes de défaut de biens.
13. Par décision du 18 mai 2006, la caisse a invité l'administrateur unique de la société, en sa qualité d'organe responsable du préjudice subi par la caisse, à s'acquitter de la somme de 28'479 fr. 60, représentant les cotisations paritaires impayées au 31 décembre 1999, y compris les frais et les intérêts moratoires.
14. Par décision séparée du même jour, le SCAF a invité l'administrateur de la société à payer le montant de 3'206 fr. 80, représentant les contributions au régime cantonal d'allocations familiales impayées, y compris les frais.
15. Le 22 mai 2006, l'administrateur a formé opposition à ces deux décisions. Il alléguait en substance que sa responsabilité d'administrateur n'était pas engagée, dès lors que la société, qui n'avait plus d'activité, était détenue et gérée par Monsieur Serguei S\_\_\_\_\_, domicilié à Vézenaz, qui en était l'actionnaire unique et l'organe de fait.

16. La caisse a rejeté l'opposition par décision du 14 septembre 2006. Elle rappelait que la décision de reprise de cotisations pour un montant de 48'285 fr. 55 était entrée en force et un arrangement de paiement avait été convenu. Par la suite, la société n'avait pas respecté les modalités de paiement et un acte de défaut de biens portant sur le solde de la créance, soit 28'489 fr. 60 avait été délivré. Cette créance n'étant pas recouvrable, en raison de l'insolvabilité de la société, la caisse avait subi un préjudice. Or, les organes d'une société étaient appelés à répondre du préjudice subi par la caisse, en cas d'intention ou de négligence grave. En l'espèce, le fait que la société fut détenue et gérée par un tiers ne libérait pas son administrateur de ses responsabilités. Selon la jurisprudence, la passivité d'un administrateur, au courant du non paiement des cotisations, représentait une négligence grave. Partant, en sa qualité d'administrateur, l'intéressé était tenu pour responsable du préjudice subi par la caisse, solidairement avec Monsieur S\_\_\_\_\_.
17. Par décision du même jour, le SCAF a aussi rejeté l'opposition de l'administrateur, pour les mêmes motifs que ceux exposés dans la décision de la caisse, à laquelle il renvoyait.
18. Par actes séparés datés du 13 octobre 2006, l'administrateur de la société a formé recours devant le Tribunal cantonal des assurances sociales contre les deux décisions du 14 septembre 2006, en concluant à leur annulation. Ces causes ont été enregistrées sous les numéros A/3724/06 et A/3725/06. Il exposait que la société était devenue active en 1996, dès que son unique actionnaire et directeur général, Monsieur S\_\_\_\_\_, avait obtenu l'autorisation de séjourner en Suisse avec sa famille. Au bénéfice d'un forfait fiscal, Monsieur S\_\_\_\_\_ n'avait pas le droit de réaliser des revenus en Suisse pendant la durée de l'accord passé avec l'administration fiscale, soit entre 1996 et 2001 et il n'avait donc pas pu toucher de salaire de directeur de la société pendant cette période. Enfin, le propriétaire de la société était gravement tombé malade en 1998, ce qui expliquait les problèmes financiers rencontrés par la société. Dans ces conditions, aucune négligence grave ne pouvait être imputée au recourant, dès lors que les problèmes rencontrés par la société étaient exclusivement imputables à la maladie qui avait affecté son animateur. Le procès-verbal de saisie était d'ailleurs incomplet, dès lors que la société était propriétaire d'une voiture de Marque MERCEDES, utilisée par M. S\_\_\_\_\_, qui au demeurant disposait d'une fortune personnelle confortable, puisqu'il avait vendu sa maison à Coligny pour 4'500'000 fr. Enfin, le recourant, qui n'avait plus perçu d'honoraires d'administrateur depuis fin 2000, avait convoqué à maintes reprises l'actionnaire de la société pour lui faire part de sa volonté de déposer le bilan de celle-ci devant le juge.
19. Dans leurs réponses aux recours du 13 novembre 2006, la caisse et le SCAF ont fait valoir que l'argument du recourant selon lequel M. S\_\_\_\_\_ ne touchait pas de salaires suisses jusqu'en 2001 n'était pas pertinent dès lors que la décision de reprise des cotisations était entrée en force. Toutefois, deux décisions identiques à

celles adressées au recourant avaient été notifiées à M. S\_\_\_\_\_ le 18 octobre 2006, qui n'avait en l'état pas encore réagi ni formé recours. Les intimés proposaient donc de suspendre la procédure dans l'attente d'un éventuel recours ou paiement de la part de M. S\_\_\_\_\_.

20. En date du 22 décembre 2006, le Tribunal de céans a invité la caisse à lui faire savoir si le directeur de la société, qui n'avait fait parvenir aucun recours contre les décisions du 18 octobre 2006, s'était acquitté de sa dette.
21. Le 11 janvier 2007, la caisse a répondu que M. S\_\_\_\_\_ ne s'était pas acquitté de sa dette, raison pour laquelle il convenait de reprendre la procédure.
22. Les parties ont été entendues en comparution personnelle le 14 mars 2007. A cette occasion, la représentante de la caisse a déclaré qu'une décision en réparation du dommage avait été notifiée le 18 octobre 2006 à M. S\_\_\_\_\_. Le 23 janvier 2007, celui-ci avait été sommé de payer la somme due dans un délai de 10 jours, dès lors que la décision était entrée en force. Par courrier du 30 janvier 2007, son avocat avait contesté le montant réclamé à son client. Quant au recourant, il a déclaré qu'il savait que M. S\_\_\_\_\_ avait de l'argent et qu'il était donc solvable. Il proposait ainsi la suspension de la procédure, dans l'attente du résultat des poursuites à son encontre, proposition qui a été acceptée par l'intimée à l'audience.
23. Par courrier du 14 septembre 2007, la caisse a informé le Tribunal de céans qu'il ne lui avait été possible d'obtenir aucun paiement de la part de M. S\_\_\_\_\_. Partant, elle sollicitait la reprise de l'instruction de la cause, ainsi que l'appel en cause de ce dernier.
24. Par ordonnance du 21 septembre 2007, le Tribunal de céans a décidé de reprendre l'instruction de la procédure et prononcé la jonction des causes A/3724/2006 et A/3725/2006. Il a également ordonné l'appel en cause de M. S\_\_\_\_\_ (ci-après : l'appelé en cause) et l'a invité à se déterminer sur les recours.
25. Dans sa détermination du 18 novembre 2007, l'appelé en cause, par l'intermédiaire de son conseil, a exposé qu'il était un homme d'affaires, salarié de la société. Au mois de décembre 1998, il avait été hospitalisé et un myélome avait été diagnostiqué, nécessitant de la chimiothérapie et une transplantation allogénique. Sa capacité de travail avait été nulle jusqu'en juillet 2001 et n'était que de 40% en juillet 2004, raison pour laquelle il avait négligé ses affaires, l'administrateur de la société en ayant fait apparemment de même. En tout état de cause, il était incapable de rembourser en une fois les montants réclamés et il avait donc trouvé, le 13 septembre 2007, un accord avec la caisse pour le remboursement échelonné de la totalité de la dette. Dans la mesure où cet accord était respecté, l'appelé en cause ne comprenait pas que la caisse ait demandé la reprise de l'instance. Pour le surplus, il s'en rapportait à justice.

26. Par courrier du 18 décembre 2007, la caisse a exposé qu'un arrangement avait été trouvé pour le paiement des cotisations personnelles de l'appelé en cause, arrangement qui a été entériné par un courrier du 18 septembre 2007 faisant état d'une créance de 13'056 fr. 25. Aucun accord n'avait été trouvé concernant la créance en réparation du dommage, même si le dommage subi par la caisse était en relation avec des cotisations impayées sur le salaire de l'appelé en cause, pendant la période au cours de laquelle il avait été en incapacité de travail.
27. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

### **EN DROIT**

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS). Il est également compétent pour les contestations prévues à l'art. 38A de la loi cantonale sur les allocations familiales du 1<sup>er</sup> mars 1996 (LAF), en vertu de l'art. 56V al. 2 let. e LOJ.

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

2. a) La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-vieillesse, notamment en ce qui concerne l'art. 52 de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (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 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS) ont été abrogés. Les nouvelles dispositions légales ont notamment remplacé la procédure de la décision administrative, suivie, en cas d'opposition, d'une action de la caisse en réparation du dommage (ancien art. 81 RAVS), par une procédure de décision, de décision sur opposition et de recours de droit administratif (art. 52 al. 2 LAVS, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2003, art. 52 et 56 LPGA).
- b) La procédure de l'action en réparation du dommage n'est plus applicable en l'espèce, dès lors que la LPGA était en vigueur au moment où la caisse a rendu sa décision en réparation de son dommage, le 18 mai 2006 (cf. ATF 130 V 1 consid. 3.3.2). Il en va de même s'agissant de la responsabilité de l'employeur pour le préjudice occasionné au régime cantonal des allocations familiales, l'art. 30 al. 3 LAF renvoyant à l'art. 52 LAVS.

c) Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2 et références). Le dommage étant survenu postérieurement au 1er janvier 2003 vu la date des actes de défaut de biens, la LPGA est applicable. Les modifications légales contenues dans la LPGA constituent, en règle générale, une version formalisée dans la loi, de la jurisprudence relative aux notions correspondantes avant l'entrée en vigueur de la LPGA; il n'en découle aucune modification du point de vue de leur contenu, de sorte que la jurisprudence développée à leur propos peut être reprise et appliquée (ATF 130 V 345 consid. 3).

d) Interjetés dans les forme et délai prescrits, les recours formés le 13 octobre 2006 contre les décisions sur opposition du 14 septembre 2006 sont recevables (art. 56 et ss LPGA).

3. Le litige porte sur le droit de la caisse et du SCAF au paiement respectivement de 28'479 fr. 60 et de 3'206 fr. 80, à titre de réparation du dommage que les intimés ont subi en raison du non-paiement de cotisations sociales par la société.

4. a) Aux termes de l'art. 52 al. 1 LAVS, l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, n'observe pas des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse de compensation 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 12 consid. 5b; 122 V 65 consid. 4a; 119 V 401 consid. 2 et les références).

b) 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. 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).

c) 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).

d) En matière d'allocations familiales, l'art. 27 al. 1 LAF dispose que le revenu soumis à contributions est le même que celui qui sert de base au calcul des cotisations paritaires selon la LAVS. Par ailleurs, selon l'art. 30 al. 3 LAF, la responsabilité de l'employeur qui, intentionnellement ou par négligence grave, viole des prescriptions et cause ainsi un dommage à la caisse d'allocations familiales est tenu de le réparer, cette disposition prévoyant l'application par analogie de l'art. 52 LAVS. Ainsi, les conditions qui régissent la responsabilité d'un employeur en matière de non paiement des cotisations paritaires selon la LAVS sont les mêmes qu'en matière de régime cantonal d'allocations familiales, les développements présentés ci-dessous valant par conséquent pour les deux recours.

5. a) En vertu de 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. Ces délais peuvent être interrompus et l'employeur peut renoncer à s'en prévaloir. Il s'agit de délais de prescription, et non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (FF 1994 V 964 sv., 1999 p. 4422 ; cf. ATF non publié H 96/03 du 30 novembre 2004, consid. 5.1.2).

b) Selon la jurisprudence rendue à propos de l'ancien art. 82 al. 1 RAVS, et valable sous l'empire de l'art. 52 al. 3 LAVS (ATF non publié, H 18/06, du 8 mai 2006, consid. 4.2), il faut entendre par moment de la «connaissance du dommage», 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 (ATF 128 V 15 consid. 2a p. 17, 126 V 443 consid. 3a p. 444, 450 consid. 2a p. 452, 121 III 381 consid. 3b p. 388 et les références). En cas de faillite, ce moment correspond en règle générale à celui du dépôt de l'état de collocation, ou celui de la publication de la suspension de la liquidation de la faillite faute d'actifs (ATF 129 V 193 consid. 2.3 p. 195 sv.). Lorsque les cotisations demeurent impayées en raison de l'insolvabilité de l'employeur (personne morale), le dommage est réputé survenu au moment où les créances de cotisations sont irrécouvrables, c'est-à-dire au moment où, eu égard à l'insolvabilité de l'employeur, les cotisations ne peuvent plus être perçues selon la procédure ordinaire (ATF 112 V 157, consid. 2; MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, volume II, p. 69). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a "rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer" (cf. FRITSCHÉ : "Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd. p. 112), d'où résulte la perte de la créance de la caisse.

c) La procédure ordinaire de perception des cotisations relève des règles applicables dans le cadre des articles 14 et suivants LAVS. Selon l'art. 15, al. 1 LAVS, les cotisations non versées après sommation sont perçues sans délai par voie de poursuite, à moins qu'elles ne puissent être compensées avec des rentes échues. Les cotisations seront, en règle générale, recouvrées par voie de saisie également contre un débiteur soumis à la poursuite par voie de faillite (cf. article 15, alinéa 2 LAVS; art. 43 LP). Dans la poursuite par voie de saisie, le créancier qui n'a pas été payé intégralement sur le produit de la réalisation reçoit un acte de défaut de biens définitif après saisie - lequel est fondé sur le résultat de la réalisation - à la différence de l'acte de défaut de biens provisoire après saisie, qui est fondé sur l'estimation de l'office - pour le montant impayé, c'est-à-dire pour le montant de son découvert (cf. article 149, alinéa 1 LP; GILLIERON, Poursuites pour dettes, faillite et concordat, in Collection juridique romande, Lausanne 1985, p. 224). Il peut arriver qu'un acte de défaut de biens définitif après saisie soit délivré sans réalisation préalable. Ainsi, le procès-verbal de saisie vaut acte de défaut de biens définitif, lorsqu'il indique que les biens saisissables font entièrement défaut (article 115, alinéa 1 en relation avec l'article 149 LP; ATF 113 V 258, consid. 3 c), RCC 1988, p. 137; GILLIERON, op. cit. pages 179, 224).

d) En l'espèce, la caisse et le SCAF se sont vus délivrer des actes de défaut de biens après saisie en date du 31 mai 2005, l'office des faillites n'ayant constaté la présence d'aucun bien saisissable auprès de l'employeur. Les intimés ont ainsi subi un dommage au sens de l'art. 52 LAVS, dès lors qu'elles ne pouvaient obtenir, de ce fait, le paiement des cotisations sociales arriérées (ATF 125 V 15 s.). C'est d'ailleurs à ce moment-là qu'ils ont su qu'ils subiraient un dommage. En réclamant la réparation de celui-ci par décisions du 18 mai 2006, les intimés ont fait valoir leurs prétentions dans les délais.

6. Le recourant conteste sa responsabilité principalement au motif qu'il estime ne pas avoir commis de négligence grave. Il soutient en substance qu'en dépit du fait qu'il eut été administrateur unique de la société, il n'avait aucun pouvoir de décision, la société étant détenue et gérée dans les faits par Monsieur S\_\_\_\_\_, qui en avait donc le contrôle complet. De plus, ce dernier ne pouvait pas être un salarié de la société, dès lors qu'il avait été mis au bénéfice d'un forfait fiscal pour personnes sans activité lucrative jusqu'en 2001 et qu'il avait été gravement malade depuis 1998.

a) La jurisprudence considère que, 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 12 consid. 5b p. 15, 122 V 65 consid. 4a, 114 V 219 consid. 3b, confirmés in ATF 129 V 11 consid. 3; critique: WYSS, Fallen unter den Begriff des Arbeitgebers nach Art. 52 AHVG zu Recht auch Organe einer juristischen Person?, RSAS 2004, p. 82). Dans le cas d'une société anonyme, la notion d'organe selon l'art. 52 LAVS est en principe identique à celle qui se dégage de l'art. 754 al. 1 CO.

Ainsi, la responsabilité incombe en première ligne aux organes statutaires ou légaux, en particulier aux administrateurs.

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

b) En l'espèce, il convient d'observer que le recourant a été - et l'était toujours au moment de la décision litigieuse - l'unique administrateur de la société depuis sa fondation, et ce avec signature individuelle. Or, selon la jurisprudence, celui qui revêt la qualité d'administrateur sans en assumer la fonction dans les faits, méconnaît tout simplement l'une des attributions intransmissibles et inaliénables que lui confère l'art. 716a al. 1 CO, soit l'exercice de la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, pour s'assurer notamment que celles-ci observent la loi, les règlements et les instructions données. D'après les déclarations du recourant, sa situation s'apparente à celle d'un homme de paille confronté à un propriétaire de la société dont on peut penser qu'il voulait diriger celle-ci dans les faits. Or, celui qui se déclare prêt à assumer un mandat d'administrateur, tout en sachant qu'il ne pourra pas le remplir consciencieusement, viole son obligation de diligence (cf. ATF 122 III 2000). Comme l'a jugé le Tribunal fédéral à l'égard d'un administrateur qui avait été relevé de toute responsabilité par l'actionnaire unique et gérant de fait de la société, une telle passivité constitue une négligence grave au sens de l'art. 52 LAVS (ATF non publié du 8 septembre 2005, cause H 126/04, consid. 4.2). Ainsi, le fait qu'un tiers intervienne dans la gestion au point d'empêcher l'administrateur de remplir ses obligations ne saurait excuser celui-ci. Dans un tel cas, l'administrateur est tenu de démissionner, ce que le recourant n'a en l'espèce pas fait. En omettant d'exercer son devoir de surveillance et de contrôle indépendamment des circonstances concrètes du cas, le recourant a commis une faute grave, d'autant plus qu'étant l'unique administrateur de la société, son devoir de surveillance était soumis à des exigences élevées (cf. ATF non publié du 16 mai 2006, H 68/05, consid. 4.2 ; ATF non publié du 8 octobre 2002, H 149/02, résumé in PJA 2003, p. 1460 et les références citées). Le Tribunal de céans observe encore

qu'il n'est pas établi, comme le recourant l'allègue, qu'il aurait à plusieurs reprises convoqué l'appelé en cause pour lui faire part de son intention de déposer le bilan de la société devant le juge en cas de non redressement de la situation financière. En tout état de cause, de tels avertissements ne sauraient suffire pour libérer le recourant de sa responsabilité, aucune démarche concrète n'ayant été entreprise dans ce sens.

La passivité du recourant est également en relation de causalité adéquate et naturelle avec le dommage subi par la caisse. En effet, si le recourant avait correctement exécuté son mandat d'administrateur, il aurait pu veiller au paiement des cotisations aux assurances sociales, ce d'autant plus que la société avait son adresse à son étude, ce qui lui permettait de se rendre immédiatement compte des problèmes rencontrés et d'entreprendre les démarches nécessaires, tâche d'autant plus aisée que la structure organisationnelle de la société était simple (ATF 108 V 203, consid. 3b).

Force est ainsi de constater que la responsabilité du recourant pour le dommage subi par les intimés est engagée.

7. a) En ce qui concerne l'étendue de la créance en réparation du dommage, celle-ci repose sur des décisions de reprise de cotisations du 27 mars 2001, entrées en force sans avoir été querellées. En sa qualité d'administrateur de la société, le recourant était d'ailleurs à même de les contester. Il en va autrement dans l'hypothèse, non réalisée en l'espèce, où la créance porte sur des cotisations qui ont fait l'objet de décisions rendues postérieurement à l'ouverture de la faillite, car dans ce cas les administrateurs ne sont plus à même de contester ces décisions (cf. ATF non publié du 28 janvier 2004, H 307/02, consid. 7.2). Selon la jurisprudence, la possibilité de recourir contre une décision de paiement rétroactif constitue une garantie suffisante contre des prétentions en dommages-intérêts injustifiées (RCC 1991 p. 133 - 134). Ainsi, le juge saisi d'une action en réparation du dommage selon l'art. 52 LAVS n'a pas à examiner l'exactitude du montant réclamé de ce chef (ATF non publié du 28 janvier 2004, H 307/02, consid. 7.1 ; RCC 1991 p. 133 s. consid. II/1b), sous réserve des cas où le dossier contient des indices pour une fixation des cotisations manifestement inexacte, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Il apparaît en effet qu'en date du 10 mai 2001, le recourant a accusé réception des deux décisions de reprise de cotisations et a demandé à ce que des facilités de paiement soient accordées à la société pour s'acquitter des montants réclamés. Il n'a soulevé aucun grief s'agissant de la réalité des salaires objets de la reprise de cotisations, en particulier le salaire de directeur de l'appelé en cause. Le recourant est donc malvenu de ne contester le bien-fondé de ces décisions, entrées en force, qu'au moment où sa responsabilité personnelle est mise en cause. De plus, l'argument selon lequel M. S\_\_\_\_\_ n'avait pu toucher aucun salaire de la société dès lors qu'il était au bénéfice du forfait fiscal pour personnes sans activité

lucrative pour les années 1996 à 2001, est contredit tant par les constatations de la caisse lors du contrôle d'employeur, que par les déclarations de Monsieur S\_\_\_\_\_, qui a exposé dans sa détermination du 18 novembre 2007 qu'il était « un homme d'affaires, salarié par la société X\_\_\_\_\_ SA ». Enfin, même si l'appelé en cause a fait état de graves problèmes de santé ayant entraîné une incapacité de travail entière à partir du mois de décembre 1998, le Tribunal de céans constate que ni le recourant, ni M. S\_\_\_\_\_ n'ont fourni aucun élément concret, notamment de nature comptable, permettant de mettre en doute le versement effectif des salaires à Monsieur S\_\_\_\_\_, constaté par la caisse entre 1998 et 2000.

Dans ces conditions, il y a lieu d'observer que le dossier ne contient aucun indice sérieux et suffisant permettant de conclure que les décisions de reprise de cotisations du 27 mars 2001 étaient sans nul doute erronées.

d) Enfin, dans la mesure où les intimés ont tenu compte dans leur calcul des sommes payées par la société après les décisions de reprise de cotisations et jusqu'à la délivrance des actes de défaut de bien, les montants réclamés au titre de réparation du préjudice subi par la caisse ne sont pas critiquables, ce que le recourant ne conteste du reste pas. Il va de soi que si Monsieur S\_\_\_\_\_, débiteur solidaire des créances en réparation du dommage subi par les intimés, selon décisions du 18 octobre 2006 entrées en force sans avoir été attaquées, s'acquitte en tout ou en partie de la dette, celle du recourant sera réduite ou annulée en conséquence.

8. Au vu de ce qui précède, les recours sont rejetés. Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

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

**Statuant**

**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 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); 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

Claire CHAVANNES

Maya CRAMER

La secrétaire-juriste :

Verena PEDRAZZINI  
RIZZI

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