

GE_GERICHTE ATAS/806/2013 vom 28. August 2013

GE Cour de justice, 2013-08-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_806_2013

FR: GE_GERICHTE ATAS/806/2013 du 28 août 2013

IT: GE_GERICHTE ATAS/806/2013 del 28 agosto 2013

Erwägungen

E. 36

Dans sa réponse du 19 janvier 2011, la caisse de compensation conclut au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Se fondant sur la jurisprudence, la caisse estime que l'employeur et les organes restent tenus de faire tout leur possible pour payer les cotisations dues et ce même en cas de surendettement de l'entreprise. Or, dans le cas d'espèce, de telles mesures n'ont à l'évidence pas été prises. Par ailleurs, le fait que la sàrl n'avait plus d'employés, n'a aucune incidence dans la mesure où, dès son entrée en fonction, un organe est responsable des cotisations sociales en cours et de celles échues. Concernant la position d'organe de fait, la caisse relève que le recourant était propriétaire de l'intégralité des parts de Y_____ AG. De plus, il s'occupait de l'organisation, du personnel ainsi que des finances de l'entreprise. Partant, ces éléments démontraient clairement que Y_____ AG, et par conséquent le recourant, en sa qualité de gérant et, dès le 8 mai 2007, comme unique membre du conseil d'administration avec signature individuelle, pouvait influencer, de manière décisive, la sàrl et cela dès sa fondation. Par ailleurs, dans la mesure où le recourant avait versé 190'724 fr. sur le compte de la sàrl, il avait un intérêt propre à se consacrer aux paiements de cette société. Partant, il était établi, au degré de la vraisemblance prépondérante, que le recourant occupait une position d'organe de fait. Enfin, la caisse a détaillé le dommage, notamment son calcul et le montant réclamé.

E. 37

Les audiences de comparution personnelle fixées pour les 30 mars, 25 mai et 14 septembre 2011 ont dû être annulées, Monsieur A_____ étant notamment

A/3465/2010 - 11/35 - en voyage à l'étranger, puis sous mandat d'arrêt dans le cadre de la procédure pénale pendante à Zoug, aucun sauf-conduit ne lui ayant été accordé. b. La procédure A/3561/2010 (Monsieur B_____)

E. 38

Par écriture du 18 octobre 2010, Monsieur B_____ interjette recours contre la décision sur opposition du 8 septembre 2010, concluant, sous suite de frais et dépens, à son annulation et au rejet de la demande de dommages-intérêts. Reprenant les faits d'ores et déjà exposés dans son opposition du 11 janvier 2010 et son complément du 18 juin 2010, le recourant explique, en outre, avoir fait l'objet de deux procédures pénales, qui se sont toutefois soldées par un non-lieu, aucune infraction n'ayant pu lui être reprochée. Il rappelle que Y_____ sàrl n'a servi que comme société de gestion et qu'elle n'était donc compétente que pour la comptabilité des sociétés du groupe A_____ et n'avait aucune activité sur le plan opérationnel. Tous les salaires étaient, pour l'essentiel, versés par l'intermédiaire de la sàrl, même si cette dernière n'avait plus de revenus. Dans une telle

situation, il n'était donc possible de payer les factures et les salaires que si Monsieur A_____ versait des fonds sur le compte de la sàrl. Le recourant conteste en outre le dommage retenu par la caisse, considérant notamment qu'il n'est pas possible de vérifier le montant et notamment de contrôler les versements effectués par la sàrl. Il demande donc que la caisse produise le décompte annuel pour 2007 communiqué par la sàrl et les versements réalisés en 2007 et 2008, ainsi que les décomptes de salaires et versements à effectuer. Concernant le décompte pour l'année 2008, il n'est pas exact, dans la mesure où Monsieur D_____, un autre directeur, et Monsieur C_____ ainsi que lui-même n'avaient perçu de salaire que jusqu'en avril 2008. Le recourant estime en outre que, dans la mesure où il a été révoqué de sa fonction de gérant en août 2008, il ne peut plus être tenu pour responsable de l'établissement du décompte annuel des salaires, dès lors que celui-ci ne doit être transmis qu'à la fin du mois de janvier de l'année suivante. Ainsi, le seul responsable pour l'établissement du décompte et sa transmission est Monsieur A_____. Par ailleurs, le recourant rappelle qu'il n'a cessé de rappeler l'existence de problèmes financiers à Monsieur A_____ et lui a demandé des solutions. Enfin, il sollicite l'octroi d'une indemnité équitable pour la procédure d'opposition.

E. 39

Par réponse du 4 février 2011, la caisse conclut au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée. Elle rappelle que le recourant était inscrit au registre du commerce de Zoug en qualité de gérant et était de ce fait considéré comme un organe formel. Un tel organe est tenu de s'informer sur la marche des affaires et, si nécessaire, d'adopter

A/3465/2010 - 12/35 - les mesures appropriées pour respecter les obligations envers la caisse de compensation, et ce indépendamment de la répartition interne. De plus, il était responsable de la comptabilité de la sàrl et gérait le compte bancaire de cette dernière comme cela ressort de sa prise de position du 18 juin 2010. Il était donc également responsable du versement des cotisations sociales. Outre le paiement des salaires, il lui incombait de s'assurer que les créances de cotisations en découlant soient couvertes. Selon les relevés bancaires, le recourant a pu verser les salaires de janvier à juin 2008 et payer d'autres dettes jusqu'en août 2008. Dans la mesure où il n'a rien entrepris pour s'acquitter des cotisations sociales vu sa qualité de gérant, qui plus est responsable de la comptabilité de la sàrl, le recourant a commis une négligence grave. La caisse a ensuite détaillé le montant du dommage. Pour 2007, elle se fonde sur le décompte annuel de 2007, signé par le recourant lui-même, selon lequel les salaires versés s'élevaient à 761'939 fr. Le salaire de Madame F_____ afférent au mois de décembre 2007, d'un montant brut recomposé de 4'121 fr. 10, a été versé le 9 janvier 2008, raison pour laquelle il a été pris en considération ultérieurement. Concernant l'année 2008, une décision de taxation d'office basée sur une masse salariale de 1'000'000 fr. avait été rendue, décision qui n'a pas été contestée. En annexe à son opposition, Monsieur B_____ lui a cependant remis une feuille de calcul, dont il ressortait que des salaires d'un montant total brut de 139'800 fr. avaient été versés (soit 141'800 fr. – 2'000 fr. d'allocations familiales). Ce montant correspond à celui indiqué par Monsieur C_____ et le montant des salaires nets, de 111'703 fr. figurant sur la feuille de calcul de Monsieur B_____ correspondait au relevé bancaire relatif au compte de la sàrl. L'intimée a ainsi pris en compte le montant des salaires effectivement versés en 2008. Enfin, concernant l'indemnité équitable réclamée, la caisse relève que la procédure d'opposition ne présentait pas de difficultés particulières et que les questions de droit matériel n'étaient pas telles qu'il avait besoin d'être représenté par un avocat.

E. 40

Le recourant réplique par écriture du 20 mai 2011. Après avoir rappelé que Monsieur A _____ contrôlait la société et que les directeurs engagés n'étaient que de simples hommes de paille, le recourant admet avoir établi la liste des nouveaux collaborateurs employés dès le 1er janvier 2007, avec leurs salaires annuels. Cependant, s'agissant des salaires pour l'année 2008, c'est Monsieur C _____ qui a établi les attestations annuelles et qui les a transmises en janvier 2009. Il persiste en outre à contester le montant du dommage, constatant qu'aucune des pièces du dossier ne fait état des versements effectués et sollicite la production de documents commerciaux pour la période du 1er septembre 2006 jusqu'à l'ouverture de la faillite en 2009. Pour le surplus, le recourant se réfère aux arguments qu'il a d'ores et déjà fait valoir dans son recours.

A/3465/2010 - 13/35 -

E. 41

Entendu lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 13 octobre 2011, le recourant a expliqué qu'il ne s'occupait que de la comptabilité des sociétés en commandite et des décomptes de salaire pour Y _____ sàrl. Cette dernière société avait été créée pour s'occuper de la comptabilité et des placements des sociétés en commandite qui devaient la rémunérer pour cela. Dans les faits, cependant, c'était la société X _____ qui la payait, jusqu'à sa mise en faillite en janvier 2008. Monsieur A _____ avait avancé, à titre privé, les montants des salaires pour l'année 2007. Lors de son audition, le recourant a également confirmé que Messieurs A _____, D _____ et lui-même disposaient de la signature sur le compte bancaire. Dès qu'il a constaté qu'il n'y avait plus d'argent sur le compte précité, il a interpellé Monsieur A _____. Ces interpellations écrites étaient cependant en mains du contrôleur mandaté par la CFB. c. La procédure A/3854/2010 (Monsieur C _____)

E. 42

Monsieur C _____ interjette recours par écriture du 10 novembre 2010 concluant, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision sur opposition du 13 octobre 2010. A l'appui de ses conclusions, il rappelle qu'il n'exerçait aucune fonction dans la société Y _____ sàrl, étant uniquement inscrit pour pouvoir diriger la succursale sise en France. Malgré son inscription au registre du commerce en Suisse, il se croyait uniquement engagé à gérer et surveiller l'activité de Y _____ sàrl en France. Il ne disposait notamment d'aucun droit de disposer des biens de Y _____ sàrl en Suisse et n'avait pas la possibilité de contrôler les activités de cette dernière. Il n'aurait donc pas pu verser les cotisations à la caisse. Le recourant estime également que même s'il fallait lui reconnaître une position d'organe formel ou d'organe de fait, cela n'aurait été que de courte durée (soit jusqu'à la déclaration de faillite au plus tard, respectivement jusqu'à la décision de la CFB voire au blocage de tous les comptes effectué le 11 janvier 2008). Il n'était à l'évidence pas en mesure de contrôler l'état des activités commerciales pendant un si court laps de temps. En outre, dès qu'il a appris le défaut de paiement des cotisations sociales, il a immédiatement donné sa démission. Enfin, il considère que son droit d'être entendu a été violé, la caisse n'ayant pas procédé à l'audition des témoins qu'il avait cités.

E. 43

Dans sa réponse du 21 janvier 2011, la caisse rappelle que le recourant était inscrit au registre du commerce du 13 juillet 2007 au 11 août 2008. Ainsi, dès son entrée en fonction,

il était responsable du paiement des cotisations sociales en cours ainsi que de celles qui étaient échues de sorte qu'il est également tenu à réparation pour les cotisations dues pour l'année 2007, avant son entrée en fonction. S'agissant de

A/3465/2010 - 14/35 - l'année 2008, le montant du dommage a été calculé en tenant uniquement compte des cotisations dues sur les salaires versés jusqu'en avril 2008, alors que le recourant a quitté Y_____ sàrl en août 2008. Il est donc bien tenu à réparation du montant réclamé. En qualité de gérant de Y_____ sàrl, le recourant était tenu, de par la loi, de s'occuper activement et à temps du versement des salaires et des cotisations sociales. Dès lors qu'il ne l'a pas fait, une négligence grave peut lui être reprochée. Enfin, la caisse relève que l'audition de témoins est réservée aux tribunaux et que l'audition des parties n'est pas un moyen de preuve admis en procédure d'opposition. Partant, le droit d'être entendu n'a pas été violé.

E. 44

Le recourant a été entendu au cours d'une audience de comparution personnelle des parties qui s'est tenue le 30 mars 2011. A cette occasion, il a précisé qu'il avait été engagé comme responsable technique d'un projet de construction du Groupe A_____ en France, pays dans lequel se déroulait exclusivement son activité. Le Groupe A_____ et, par la suite, Y_____ France avaient deux projets de construction aux ISSAMBRES et à ROQUEBRUNE (sises sur la même commune). Il n'était pas en mesure de préciser si la société Y_____ France était juridiquement une succursale de la sàrl suisse ou non. Il avait cependant été désigné comme gérant de la « succursale » en France et travaillait dans des bureaux sis dans ce pays, en collaboration avec trois secrétaires. Tous les salariés de la société en France étaient payés en euros par la société française. Il disposait du droit de signature sur les comptes français de la succursale. Pour sa part, il avait dans un premier temps été payé en euros. Avant la faillite de la société, il avait dû se débrouiller pour se faire payer par la société française. S'agissant de son inscription au registre du commerce en qualité de gérant de Y_____ sàrl, Monsieur G_____, gérant et administrateur du Groupe A_____ (recte de X_____) lui avait expliqué que c'était pour qu'il puisse exercer l'activité de gérant en France. Il n'a cependant jamais travaillé au sein de la société à Zoug et ne s'occupait pas du personnel administratif ou technique ni des affaires de la sàrl. Il n'avait pas été informé du retard dans le paiement des cotisations sociales ni des autres problèmes liés à la gestion de la société. Il n'avait pas la possibilité de demander à vérifier les comptes et n'avait pas connaissance de difficultés financières rencontrées à Zoug. C'était en réalité Monsieur A_____ qui s'occupait de tout pour la Sàrl. Messieurs B_____ et D_____ s'occupaient de la gestion de la sàrl au jour le jour. Cependant, toutes les décisions pour le compte de la sàrl étaient prises par Monsieur A_____. Il n'avait pour sa part jamais signé de documents engageant la sàrl ni d'attestations de salaires relatives aux employés de cette dernière. Il n'avait jamais participé à des assemblées générales, hormis celle où il avait démissionné, ou à des réunions de direction de la sàrl.

A/3465/2010 - 15/35 - Enfin, il a expliqué qu'il avait notamment donné sa démission car le projet en France touchait à sa fin et qu'il avait appris de son institution de prévoyance que les cotisations le concernant n'avaient pas été payées.

E. 45

Par courriers des 15 avril et 4 mai 2011, la caisse, respectivement Monsieur C _____, ont persisté dans leurs conclusions.

d. La jonction des procédures

E. 46

Par ordonnance du 19 octobre 2011, la Cour de céans a joint les procédures A/3465/2010, A/3561/2010 et A/3854/2010 sous le numéro de cause A/3465/2010. Dans la même ordonnance, elle a octroyé un délai à Monsieur B _____ pour fournir une liste des documents dont il souhaitait la production.

E. 47

Le 30 novembre 2011, ce dernier a transmis à la Cour de céans un courrier du 29 novembre 2011, dans lequel le contrôleur mandaté par la CFB attestait avoir été ou être encore le liquidateur de plusieurs sociétés du groupe A _____ et que compte tenu des décisions de la CFB des 11 janvier 2008 et 20 mai 2008, il n'avait plus autorisé de virements en faveur de Y _____ sàrl.

E. 48

Par courrier du 7 décembre 2011, la caisse a attiré l'attention de la Cour de céans sur le fait qu'elle n'avait jamais prétendu que les sociétés du groupe A _____ avaient effectué des virements en faveur de Y _____ sàrl. C'était en effet Monsieur A _____ personnellement qui avait versé divers montants entre janvier et mai 2008.

E. 49

Une audience d'enquêtes, à laquelle ni Monsieur A _____, interdit de voyage en raison d'une cardiopathie, ni la caisse n'ont assisté, a été fixée pour le 4 avril 2012. Entendu à cette date, Monsieur H _____, ancien manager auprès du contrôleur, a expliqué que la CFB, devenue depuis lors la FINMA, n'avait prononcé aucune sanction à l'encontre de Y _____ sàrl ou de Y _____ AG, sociétés qui étaient indépendantes du groupe A _____. Le but de la FINMA était en effet de liquider toutes les sociétés du groupe à l'exception des sociétés Y _____ sàrl et Y _____ AG, raison pour laquelle il n'avait pratiquement rien eu à voir avec elles et n'avait jamais vu leur comptabilité. Le témoin a également expliqué qu'il avait rencontré Monsieur B _____, qui était le comptable, à plusieurs reprises au sujet de la comptabilité du groupe A _____. Celui-ci ne lui avait jamais demandé d'effectuer des paiements en faveur de Y _____ sàrl. Il ne savait pas si cette dernière société dépendait

A/3465/2010 - 16/35 - financièrement du groupe A _____ ou non. La FINMA avait retiré les pouvoirs de Monsieur A _____ au sein des sociétés du groupe, à l'exception des deux sociétés Y _____. Ces dernières avaient d'ailleurs fait valoir des créances à l'encontre du groupe, mais il ne savait plus pour quel montant. Monsieur H _____ a également indiqué qu'il n'avait jamais rencontré Monsieur C _____. Enfin, le témoin a surtout donné des informations relatives aux sociétés du groupe A _____, à l'exception des sociétés Y _____.

E. 50

Le même jour s'est tenue une audience de comparution personnelle, au cours de laquelle Monsieur C _____ a indiqué qu'il connaissait Monsieur B _____, avec lequel il avait eu des contacts, notamment téléphoniques, en raison d'un chantier à Weggis

(Lucerne), ville dans laquelle le second habitait. Il a également contesté le montant du dommage, en raison de la durée de cotisations prise en considération par la caisse. 51. Par courrier du même jour, Monsieur I _____, également collaborateur auprès du contrôleur, a expliqué son absence lors de l'audience d'enquêtes et a confirmé que la Y _____ sàrl ne faisait pas partie du cercle des sociétés du groupe A _____, pour lesquelles son employeur avait été mandaté par la FINMA en tant qu'organe de contrôle, respectivement en tant que liquidateur. Il a, en outre, confirmé que le contrôleur n'avait autorisé aucun paiement en faveur de Y _____ sàrl. 52. Dans un courrier du 12 avril 2012, Monsieur C _____ rappelle que selon le registre du commerce du canton de Zoug, le capital social de Y _____ sàrl est intégralement détenu par Y _____ AG, dont l'administrateur unique est Monsieur A _____, ce qui démontre que Y _____ sàrl est complètement dominée et contrôlée par Monsieur A _____. 53. Par courrier du 18 avril 2012, la caisse a transmis à la Cour de céans un relevé de compte, dont il ressort que Y _____ sàrl a procédé à plusieurs paiements durant les années 2007 et 2008 pour un montant total de 25'346 fr. 65. 54. Pour sa part, Monsieur B _____ s'est exprimé par courrier du 14 mai 2012, expliquant que Monsieur A _____ dirigeait, directement ou indirectement, l'ensemble des sociétés du groupe, de sorte qu'il était seul responsable des décisions et transactions financières y relatives. Pour le surplus, il demande la production, par la voie de l'entraide judiciaire, des pièces relatives aux sociétés du groupe A _____, saisies par le juge d'instruction du canton de Zoug.

A/3465/2010 - 17/35 - Enfin, il produit plusieurs pièces complémentaires, expliquant qu'en raison des problèmes de liquidités des diverses sociétés du groupe, les factures établies par Y _____ sàrl n'étaient pas payées. Cette dernière société ne pouvait ainsi pas verser les salaires à ses employés, raison pour laquelle les salaires de Messieurs C _____ et D _____ avaient été directement versés par Y _____ AG et X _____, suite à une décision personnelle de Monsieur A _____. 55. Par ordonnance du 16 mai 2012, la Cour de céans a ordonné l'apport de la procédure pénale n° URA 2005/671/CMA et plus particulièrement des pièces listées. 56. Sur demande du Tribunal supérieur (Obergericht) de Zoug, la Cour de céans a expliqué, par courrier du 15 juin 2012, les raisons pour lesquelles elle demandait l'apport de la procédure pénale susmentionnée. 57. Par courrier du 19 juin 2012, Monsieur B _____ a transmis à la Cour de céans un article intitulé « Dieses Urteil weckt bei den Anlegern Hoffnung », paru dans la Zuger Zeitung du même jour, selon lequel Monsieur A _____ a été condamné à trois ans d'emprisonnement avec 21 mois de sursis pour escroquerie par métier et gestion déloyale. 58. Dans la mesure où la procédure pénale comportait 15 classeurs fédéraux, le Tribunal supérieur de Zoug a transmis à la Cour de céans, par courrier du 3 juillet 2012, la liste des pièces, en lui demandant de préciser celles dont la production était souhaitée. La Cour de céans pouvait également consulter l'intégralité du dossier à Zoug. 59. La Cour de céans a communiqué ce courrier aux parties en date du 28 juillet 2012, les invitant à se déterminer. 60. Par courrier du 5 octobre 2012, le conseil de Monsieur B _____ a transmis à la Cour de céans un extrait de pièces du dossier pénal. Le recourant conclu, dans ses observations du 9 octobre 2012, qu'il ressortait de la procédure pénale qu'il n'était en réalité qu'un employé exécutant et qu'il n'avait strictement aucun pouvoir d'encaissement des honoraires pour les travaux de comptabilité, le versement dépendant de la volonté de Monsieur A _____. Il pouvait donc encore moins verser des charges sociales sans disposer, préalablement, des moyens financiers nécessaires devant lui être fournis par Monsieur A _____. Partant, aucune

responsabilité ne peut lui être imputée. 61. Les pièces produites ont été mises à la disposition des parties. 62. La caisse relève, par courrier du 14 novembre 2012, que le dossier pénal ne concerne que les sociétés du groupe et non la Y_____ sàrl, de sorte qu'il n'est pas pertinent dans la procédure soumise à la Cour de céans. A cela s'ajoute en A/3465/2010 - 18/35 - outre le fait que cela ne décharge pas Messieurs B_____ et C_____, dès lors qu'ils étaient tenus de par la loi, en tant qu'organes formels de Y_____ sàrl, de se charger, activement et à temps, du versement des salaires et de s'assurer du paiement des cotisations dues sur ces salaires. Du reste, il n'est pas prouvé que Monsieur A_____ aurait trompé les gérants précités de manière telle qu'ils n'auraient pas été capables de remplir leurs devoirs, ou du moins, de donner leur démission immédiate. 63. Monsieur C_____ s'est référé, par courrier du 16 novembre 2012, aux conclusions de Monsieur B_____, qu'il a complétées en rappelant qu'il n'avait aucune fonction matérielle dans Y_____ sàrl, qu'il ne pouvait examiner ses dossiers, qu'il n'avait jamais participé aux réunions de gestion ou de direction de la sàrl ni visité son siège social, qu'il ne disposait d'aucune compétence pour déclencher les paiements et enfin qu'il n'avait aucune possibilité d'intervenir dans l'administration de la société précitée. 64. Pour sa part, Monsieur B_____ a établi une déclaration personnelle, en date du 8 novembre, mais transmise à la Cour de céans le 4 décembre 2012. Après avoir expliqué le but de la société Y_____ sàrl – soit la gestion des biens fonciers des sociétés en commandite –, il a expliqué qu'il avait personnellement et régulièrement attiré l'attention de Monsieur A_____ sur la situation financière insoutenable, ce qui avait entraîné de vives discussions et un licenciement immédiat le 31 mai 2008. Jusqu'à son départ de la société, il avait tout tenté pour inciter Monsieur A_____ à investir dans la sàrl les fonds dont elle avait besoin. Il avait donc agi en toute bonne foi et tout tenté dans la mesure du possible, mais sans succès. 65. Une dernière audience de comparution personnelle des parties a été fixée pour le 27 février 2013. En raison de l'absence de toutes les parties, elle a été annulée et la cause a été gardée à juger.

EN DROIT 1. a) Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 (aLOJ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaissait, 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; RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS; RS 831.10). Depuis le 1er janvier 2011, cette compétence est revenue à la Chambre des assurances sociales de la Cour de justice, laquelle reprend la procédure pendante

A/3465/2010 - 19/35 - devant le Tribunal cantonal des assurances sociales (art. 143 al. 6 de la LOJ du 26 septembre 2010). b) Selon l'art. 52 al. 5 LAVS, en dérogation à l'art. 58 al. 1 LPGA, le tribunal des assurances du canton dans lequel l'employeur est domicilié est compétent pour traiter le recours. Cette disposition est également applicable lorsque la caisse recherche un organe de l'employeur en réparation du dommage (REICHMUTH, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, 2008, n° 1042, p. 247). c) La société étant domiciliée dans le canton de Genève dès le 3 octobre 2008 jusqu'au moment de la faillite, la Cour de céans est compétente ratione materiae et loci pour juger du cas d'espèce. 2. 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 y est réglée de

manière plus détaillée qu'auparavant et les art. 81 et 82 RAVS ont été abrogés. Sur le plan matériel, le cas d'espèce est régi par le nouveau droit dès lors que les périodes de cotisations pertinentes et la décision litigieuse sont postérieures au 1er janvier 2003. Il faut toutefois préciser que le nouveau droit n'a fait que reprendre textuellement, à l'art. 52 al. 1 LAVS, le principe de la responsabilité de l'employeur figurant à l'art. 52 aLAVS, la seule différence portant sur la désignation de la caisse de compensation, désormais appelée assurance. Les principes dégagés par la jurisprudence sur les conditions de droit matériel de la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 aLAVS (dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2002) restent par ailleurs valables sous l'empire des modifications introduites par la LPGA (ATF 129 V 11, consid. 3.5 et 3.6). 3. Interjeté dans les formes et délai prévus par la loi, les recours sont recevables (art. 56 à 61 LPGA). 4. Le litige porte sur la responsabilité des recourants au sens de l'art. 52 LAVS dans le préjudice causé à l'intimée, par la perte des cotisations sociales (AVS-AI-APG et AC) entre janvier 2007 et août 2008. 5. Messieurs C _____ et A _____ invoquent tout d'abord une violation de leur droit d'être entendu. Le premier reproche à l'intimée de ne pas l'avoir auditionné et de ne pas avoir entendu les témoins qu'il citait. Quant au second, il reproche à l'intimée de ne pas avoir mis au dossier toutes les pièces pertinentes pour le calcul du dommage. Ce grief, de nature formelle, doit être examiné en premier lieu (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa, 124 V 90 consid. 2 notamment).

A/3465/2010 - 20/35 - a) La jurisprudence rendue sous l'empire de l'art. 4 aCst., qui s'applique également à l'art. 29 al. 2 Cst. (ATF 127 I 54 consid. 2b, 127 III 576 consid. 2c), a déduit du droit d'être entendu, en particulier, le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 126 I 15 consid. 2a/aa, 124 V 180 consid. 1a). L'art. 29 al. 2 Cst. ne confère cependant pas le droit d'être entendu oralement (ATF 134 I 140 consid. 5.3 p. 148 et les références) ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 130 II 425 consid. 2.1), pas plus du reste que l'art. 42 LPGA, qui s'applique à la procédure administrative en matière d'assurances sociales (arrêt C 128/04 du 20 septembre 2005, in SVR 2006 ALV n° 5 p. 15). En effet, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 130 II 425 consid. 2.1 ; ATF 125 I 127 consid. 6c/cc in fine, ATF 124 I 417 consid. 7b; ATF 124 I 208 consid. 4a, ATF 124 I 274 consid. 5b; ATF 115 Ia 8 consid. 3a; ATF 106 Ia 161 consid. 2b). La violation du droit d'être entendu - pour autant qu'elle ne soit pas d'une gravité particulière - est réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen. Au demeurant, la réparation d'un vice éventuel ne doit avoir lieu qu'exceptionnellement (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa, 126 I 70, 126 V 130 consid. 2b et les références). b/aa) En l'espèce, Monsieur C _____ a pu faire valoir ses arguments dans son opposition de sorte que son droit d'être entendu a été respecté. En effet, comme cela ressort du considérant ci-dessus, le droit d'être entendu ne confère pas le droit d'être entendu oralement ni celui d'obtenir l'audition de témoins. Par ailleurs, en admettant même que le droit d'être entendu du recourant ait été violé par l'intimée, il faut considérer que cette supposée violation a été réparée dès lors que la Cour de céans a entendu Monsieur C _____. Par ailleurs, les pièces du dossier permettent de se prononcer en l'état, de

sorte qu'il y a lieu de renoncer à l'audition de Monsieur G_____ (appréciation anticipée des preuves ; ATF 122 II 464 consid. 4a, 122 III 219 consid. 3c). b/bb) Quant à Monsieur A_____, il a pu accéder au dossier, dans lequel figuraient les pièces suivantes : la déclaration des salaires 2007 établie par Monsieur B_____ le 28 février 2008 (pièce 29, chargé intimée) ; le détail des salaires versés en 2008 (pièce 47, chargé intimée) ; le relevé de compte interne de Y_____ sàrl (pièce 48, chargé intimée) ; les mises en demeure () et les actes

A/3465/2010 - 21/35 - de défaut de biens. Il pouvait ainsi vérifier les calculs de la caisse en les confrontant aux pièces du dossier. Quant aux intérêts moratoires et aux frais d'administration, il suffisait à Monsieur A_____ de se référer à la disposition légale pertinente. Il ne peut, partant, reprocher à la caisse de lui avoir caché des pièces. Quand bien même cela aurait été le cas, toutes les pièces ont été produites en instance de recours et toutes les explications lui ont été données. Monsieur A_____ disposait par conséquent d'un dossier complet en instance de recours, de sorte qu'une éventuelle violation du droit d'être entendu aurait, quoi qu'il en soit, été réparée à ce stade. Or, force est de constater que suite aux explications données par la caisse, le recourant n'a plus contesté le montant et il ne s'est plus exprimé sur la violation du droit d'être entendu. c) Au vu de ce qui précède, le grief de violation du droit d'être entendu soulevé tant par Monsieur C_____ que par Monsieur A_____ est infondé. 6. Le droit d'être entendu de Messieurs C_____ et A_____ n'ayant pas été violé, il y a désormais lieu de déterminer si c'est à juste titre que l'intimée a tenu les recourants pour responsables de son dommage. a) L'art. 14 al. 1er LAVS en corrélation avec les art. 34 et suivants du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS ; RS 831.101), 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 a déclaré, à réitérées reprises, que la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS est liée au statut de droit public (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). b) A teneur de l'art. 52 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 (al. 1). La caisse de compensation compétente fait valoir sa créance en réparation du dommage par décision (al. 2). 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

A/3465/2010 - 22/35 - dommage. Ces délais peuvent être interrompus. L'employeur peut renoncer à invoquer la prescription (al. 3). 7. A titre liminaire, il convient d'examiner si la prétention de la caisse est prescrite. a/aa) Les délais prévus par l'art. 52 al. 3 LAVS doivent être qualifiés de délais de prescription, non de péremption, comme cela ressort du texte légal et des travaux préparatoires de la LPGA (cf. SVR 2005 AHV n° 15 p. 49 consid. 5.1.2; FF 1994 V 964 sv., 1999 p. 4422). Cela signifie qu'ils ne sont plus sauvegardés une fois

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

a/bb) Le dommage survient dès que l'on doit admettre que les cotisations dues ne peuvent plus être recouvrées, pour des motifs juridiques ou de fait (ATF 129 V 195 consid. 2.2, 126 V 444 consid. 3a, 121 III 384 consid. 3bb, 388 consid. 3a). Tel sera le cas lorsque des cotisations sont frappées de péremption, ou en cas de faillite, en raison de l'impossibilité pour la caisse de récupérer les cotisations dans la procédure ordinaire de recouvrement. Le montant du dommage correspond à celui pour lequel la caisse de compensation subit une perte. Appartiennent à ce montant les cotisations paritaires (cotisations patronales et d'employés ou ouvriers) dues par l'employeur, les contributions aux frais d'administration, les intérêts moratoires, les taxes de sommation et les frais de poursuite (Directives sur la perception des cotisations -DP, no 8016 et 8017).

a/cc) 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 (ATFA 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 129 V 195). 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.). En revanche, lorsque la caisse subit un dommage à cause de l'insolvabilité de l'employeur mais en dehors de la faillite de celui-ci, le moment de la connaissance du dommage et, partant, le point de départ du délai de prescription coïncident avec le moment de la délivrance d'un acte de défaut de biens ou d'un procès-verbal de saisie valant acte de défaut de biens définitif au sens de l'art. 115 al. 1 LP (en corrélation avec l'art. 149 LP), soit lorsque le procès-verbal de saisie indique que les biens saisissables sont entièrement défaut (ATF 113 V 256 consid. 3c). C'est à ce moment que prend naissance la

A/3465/2010 - 23/35 - créance en réparation du dommage et que, au plus tôt, la caisse a connaissance de celui-ci au sens de l'art. 82 aRAVS (ATFA non publié H 284/02 du 19 février 2003, consid. 7.2; voir aussi NUSSBAUMER, Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS, in RCC 1991, p. 405 s.).

a/dd) S'agissant des actes interruptifs de prescription, il sied de retenir ce qui suit. Tandis que le juge ne peut interrompre la prescription que par une ordonnance ou une décision, «chaque acte judiciaire des parties» suffit à produire cet effet (art. 138 al. 1 CO). Cette notion d'acte judiciaire des parties doit être interprétée largement (ATF 106 II 35 consid. 4; BERTI, Commentaire zurichois, n. 18 ad art. 138 CO; DÄPPEN, Commentaire bâlois, 3^e édition, n. 2 ad art. 138 CO; PICHONNAZ, Commentaire romand, n. 4 ad art. 138 CO), tout en ayant égard à la ratio legis de la disposition citée, qui est de sanctionner l'inaction du créancier. Il faut donc considérer comme acte judiciaire d'une partie tout acte de procédure relatif au droit invoqué en justice et susceptible de faire progresser l'instance (ATF 130 III 207 consid. 3.2). Par ailleurs, conformément à l'ATF 135 V 74, l'opposition à une décision interrompt le délai de prescription de deux ans et fait courir un nouveau délai de même durée.

b) En l'espèce, le 23 janvier 2008, trois actes de défaut de biens concernant les cotisations relatives aux mois de mai à juillet 2007 ont été délivrés à l'intimée. Par la suite, la faillite de la société a été prononcée le 28 avril 2009 et la liquidation de la faillite a été suspendue, faute d'actifs, le 15 décembre 2009. Cette suspension a été publiée dans la

Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) le 27 avril 2010. L'intimée a donc eu connaissance du dommage subi au plus tôt le 23 janvier 2008 en ce qui concerne les cotisations afférentes aux mois de mai à juillet 2007 et le 15 décembre 2009 en ce qui concerne les autres cotisations. Ce n'est en effet qu'à ces dates que l'intimée pouvait savoir qu'elle ne recouvrerait pas les cotisations en souffrance. Il s'ensuit que les décisions des 7 décembre 2009 (notifiée à Messieurs B_____ et C_____) et 7 janvier 2010 (notifiée à Monsieur A_____) sont intervenues en temps utile, soit pendant les délais de deux et cinq ans prescrits par l'art. 52 al. 3 LAVS. Par la suite, ledit délai a été interrompu et un nouveau délai de même durée a commencé à courir en date des 8 décembre 2009 (opposition de Monsieur C_____), 11 janvier 2010 (opposition de Monsieur B_____), 6 février 2010 (opposition de Monsieur A_____), 8 septembre et 13 octobre 2010 (décisions sur opposition) ainsi que 11 octobre 2010 (recours de Monsieur A_____), 18 octobre 2010 (recours de Monsieur B_____) et 10 novembre 2010 (Monsieur C_____), et depuis lors, par chaque acte judiciaire des parties de sorte qu'à ce jour, la prescription n'est pas acquise.

A/3465/2010 - 24/35 - 8. L'action en réparation du dommage n'étant pas prescrite, il convient à présent d'examiner si les autres conditions de la responsabilité de l'art. 52 LAVS sont réalisées, à savoir si les recourants peuvent être considérés comme étant « l'employeur » tenu de verser les cotisations à l'intimée, s'ils ont commis une faute ou une négligence grave et enfin s'il existe un lien de causalité adéquate entre leur comportement et le dommage causé à l'intimée. 9. En premier lieu, il sied de déterminer si les recourants peuvent être considérés comme étant « l'employeur » tenu de verser les cotisations à l'intimée au sens de l'art. 52 LAVS. 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). b/aa) 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. En matière de responsabilité des organes d'une société anonyme, l'art. 52 LAVS vise en première ligne les organes statutaires ou légaux de celle-ci, soit les administrateurs, l'organe de révision ou les liquidateurs (ATF 128 III 30 consid. 3a, 117 V 441 consid. 2b, 571 consid. 3, 107 II 353 consid. 5a; NUSSBAUMER, *Les caisses de compensation en tant que parties à une procédure de réparation d'un dommage selon l'art. 52 LAVS*, RCC 1991 p. 403 ss.; KNUS, *Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV*, thèse Zurich 1989, p. 14 ss). Mais les critères d'ordre formel ne sont, à eux seuls, pas décisifs et la qualité d'organe s'étend aux personnes qui ont pris des décisions réservées aux organes ou se sont chargées de la gestion proprement dite, participant ainsi de manière déterminante à la formation de la volonté de la société (ATF 119 II 255, 117 II 571 consid. 3, 441 consid. 2b, 114 V 214 ss consid. 4, 79 sv.; FORSTMOSER, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, 2e éd., p. 209 ss; BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 2e éd., p. 1072, note 1969; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, § 37, note 4; KUNZ, *Rechtsnatur und Einreideordnung der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*, thèse Berne 1993, p. 182 ss). La qualité d'organe est donc réservée aux personnes exécutant leurs obligations au sein de la société ou à l'égard des tiers en vertu de leur propre pouvoir de décision. Le fait qu'une personne est inscrite au registre du commerce avec droit de signature n'est, à lui seul, pas déterminant (FORSTMOSER, op. cit., p. 209, note 656). La préparation de décisions par un

collaborateur technique, commercial ou juridique

A/3465/2010 - 25/35 - ne suffit pas à conférer la qualité d'organe au sens matériel. En d'autres termes, la responsabilité liée à la qualité d'organe présuppose que l'intéressé ait eu des compétences allant nettement au-delà d'un travail préparatoire et de création des bases de décisions, pour se concentrer sur la participation, comme telle, à la formation de la volonté de la société. La responsabilité pour la gestion ne vise ainsi que la direction supérieure de la société, au plus haut niveau de sa hiérarchie (ATFA non publié H 128/04 du 14 février 2006 consid. 3, ATF 117 II 572). Un organe de fait n'est appelé à assumer une responsabilité que pour les domaines dans lesquels il a effectivement déployé une activité (FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2e éd., p. 216 n° 687).

Contrairement à un organe au sens formel, il n'a donc pas un devoir de surveillance (cura in custodiendo) à l'endroit de l'activité des autres organes, de fait ou de droit, de la société (voir à ce sujet l'arrêt ATF 114 V 223 consid. 4a; FORSTMOSER, op. cit., p. 115 n° 321; EGLI, Aperçu de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral relative à la responsabilité des administrateurs de sociétés anonymes, Recueil des travaux de la Journée d'étude organisée le 6 novembre 1986 par la Fédération suisse des avocats et le Centre du droit de l'entreprise, publication CEDIDAC 1987, p. 33). b/bb) S'agissant plus particulièrement du cas d'une Sàrl, les gérants qui ont été formellement désignés en cette qualité, ainsi que les personnes qui exercent cette fonction en fait, sont soumis à des obligations de contrôle et de surveillance étendues, dont le non-respect peut engager leur responsabilité (art. 827 CO en corrélation avec l'art. 754 CO). Ils répondent selon les mêmes principes que les organes d'une société anonyme pour le dommage causé à une caisse de compensation ensuite du non-paiement de cotisations d'assurances sociales (ATF 126 V 237; ATFA non publié H 252/01 du 14 mai 2002, in VSI 2002 p. 176 s. consid. 3b et d; ATF non publié 9C_344/2011 du 3 février 2012, consid. 3.2). c) En l'espèce, les trois recourants doivent être considérés comme des organes de la sàrl pour les motifs suivants : c/aa) S'agissant tout d'abord de Messieurs B _____ et C _____, ils étaient inscrits au registre du commerce du canton de Zoug en qualité de gérants, le premier avec signature collective à deux entre septembre 2006 et février 2007, puis avec signature individuelle entre février 2007 et août 2008 et le second avec signature collective à deux entre juillet 2007 et août 2008. Par conséquent, conformément à la jurisprudence citée supra sous consid. 9 b), ils doivent être qualifiés d'organes formels de la sàrl et ils répondent du dommage subi - pour autant que les autres conditions soient remplies - indépendamment de leur fonction effective et de leur influence sur la volonté de la sàrl, ainsi que de leur

A/3465/2010 - 26/35 - pouvoir de signature et de la raison pour laquelle ils ont accepté le mandat (contrat de fiducie, obligations résultant du contrat de travail, etc.). c/bb)

Concernant Monsieur A _____, force est de constater qu'il a été inscrit au registre du commerce, en qualité de gérant, dès le mois d'août 2008, de sorte qu'il était à l'évidence un organe formel dès cette date. Pour la période précédant son inscription, il revêtait toutefois la qualité d'organe de fait pour les motifs suivants. Par le biais d'hommes de paille, Monsieur A _____ a fondé Y _____ AG et s'est fait transférer la propriété de toutes ses actions (voir jugement du 14 mars 2012, dossier pénal, chargé du 5 octobre 2012). Afin de bénéficier d'une société pouvant s'occuper de la gestion et de l'administration des biens immobiliers des sociétés du groupe A _____, sans que le nom de Monsieur A _____ n'apparaisse, la sàrl a été créée (voir procès-verbal de l'audition de Monsieur J _____ du 22 août 2008, chargé du 5 octobre 2012). Il appert

également que Y _____ AG était propriétaire de l'intégralité du capital social de Y _____ Sàrl et que lors de la fondation de cette dernière société, le 1er juin 2006, Monsieur A _____ disposait de la signature individuelle, tout d'abord en qualité de gérant puis dès le mois de mai 2007, en tant que membre du conseil d'administration. En d'autres termes, par le biais de Y _____ AG, Monsieur A _____ détenait l'intégralité du capital de la sàrl. En tant qu'actionnaire unique, gérant et ensuite membre du conseil d'administration de Y _____ AG, qui plus est disposant de la signature individuelle, il prenait seul toutes les décisions réservées à l'assemblée générale et pouvait donc donner des instructions à Monsieur B _____. Certes, le fait que Monsieur A _____ était, par le biais de Y _____ AG, associé unique de la sàrl n'est pas décisif pour le qualifier d'organe de fait. Cela étant, d'autres éléments viennent s'y ajouter. Il ressort tout d'abord du recours du 18 octobre 2010 de Monsieur B _____ et des déclarations de Monsieur C _____ (voir procès-verbal de l'audience de comparution personnelle du 30 mars 2011, p. 2) que Monsieur A _____ prenait toutes les décisions. Il ressort également des pièces produites par Monsieur B _____ que l'avenir des sociétés Y _____ était notamment discuté, lors de séances, en sa présence (voir pièces 27 et 28, chargé du 14 mai 2012). Force est donc de constater que Monsieur A _____ était parfaitement conscient de la situation financière de la sàrl. C'est dans un tel contexte qu'il a décidé que les salaires de Messieurs C _____ et D _____ seraient pris en charge par la Y _____ AG (pièces 27 et 28, chargé du 14 mai 2012), qu'il a avancé à titre privé les montants des salaires pour 2007 (procès-verbal de comparution

A/3465/2010 - 27/35 - personnelle du 13 octobre 2011, p. 2) et qu'il a investi, de ses propres deniers, près de 270'000 fr. dans la sàrl pour l'année 2008 (pièce 48, chargés caisse). A cela s'ajoute le fait que Monsieur A _____ disposait de la signature sur le compte bancaire de Y _____ Sàrl (procès-verbal d'audition de Monsieur B _____ du 13 octobre 2011, p. 2).

L'ensemble de ces éléments, que l'intéressé n'a au demeurant jamais contestés, permettent d'établir, au degré de la vraisemblance prépondérante (ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3; 126 V 353 consid. 5b) que Monsieur A _____ occupait une position d'organe de fait antérieurement à son inscription au registre du commerce en qualité de gérant. Il prenait les décisions, notamment financières, qu'il pouvait ensuite exécuter étant donné qu'il avait la signature sur le compte bancaire de Y _____ sàrl.

A noter que Monsieur A _____ admet avoir occupé une position d'organe de fait dès le mois de mai 2008, en résiliant, le 31 mai 2008, au nom de Y _____ AG, le contrat de travail de Monsieur B _____ avec effet au 31 août 2008, alors que ce dernier était encore formellement gérant de la sàrl ; en suggérant, en date du 28 juin 2008, à Monsieur B _____ de résilier son propre contrat de travail ainsi que celui de Messieurs C _____ et D _____, avec effet au 30 août 2008, en lui expliquant qu'il devait procéder à ladite résiliation en sa qualité de gérant de la société et lui envoyer les courriers auprès de la société XD _____, où allait se tenir une séance dans la journée. 10. Les recourants revêtant tous la qualité d'organe formel ou de fait, il convient maintenant de déterminer s'ils ont commis une faute qualifiée ou une négligence grave au sens de l'art. 52 al. 1 LAVS. a) 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'assurance-vieillesse et survivants (RCC 1978, p. 259; RCC 1972, p. 687). Il faut donc un manquement d'une certaine gravité. Pour savoir si

tel est le cas, il convient de tenir compte de toutes les circonstances du cas concret (ATF 121 V 244). 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 (arrêt du Tribunal fédéral du 28 juin 1982, in : RCC 1983 p. 101). De jurisprudence constante, notre Haute Cour a reconnu qu'il y a négligence grave lorsque l'employeur ne se conforme pas à ce qui peut être raisonnablement exigé de toute personne capable de discernement, dans une situation identique et dans les

A/3465/2010 - 28/35 - mêmes circonstances (RCC 1972, p. 690). La mesure de ce que l'on est en droit d'exiger à cet égard doit donc être évaluée d'après ce que l'on peut ordinairement attendre, en matière de comptabilité et de gestion, d'un employeur de la même catégorie que l'intéressé. Lorsqu'il s'agit d'une société anonyme, on peut, par principe, poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions (RCC 1972, p. 690 ; RCC 1978, p. 261). Une différenciation semblable s'impose également, lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur (SVR 1996 AHV no 98 p. 299, consid. 2c ; ATF 108 V 202 consid. 3a; RCC 1985, p. 51, consid. 2a et p. 648, consid. 3b). La négligence grave mentionnée à l'art. 52 aLAVS est admise très largement par la jurisprudence (ATF 132 III 523 consid. 4.6). b) Ainsi, 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 (ATFA non publié H 96/03 du 30 novembre 2004, in SJ 2005 I p. 272, consid. 7.3.1). Commettent ainsi une négligence grave au sens de l'art. 52 aLAVS les administrateurs d'une société qui se trouve dans une situation financière désastreuse, qui parent 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 (ATF 108 V 183 consid. 2 ; arrêt du 5 mars 1996 précité, in SVR 1996 AHV no 98 p. 299, consid. 3). La négligence grave est également donnée lorsque l'administrateur n'assume pas son mandat dans les faits. Ce faisant, il n'exerce pas la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion, attribution inadmissible et inaliénable du conseil d'administration conformément à l'art. 716a CO. Une personne qui se déclare prête à assumer ou à conserver un mandat d'administrateur tout en sachant qu'elle ne pourra pas le remplir consciencieusement viole son obligation de diligence (ATF 122 III 195, consid. 3b). Sa négligence peut être qualifiée de grave sous l'angle de l'art. 52 LAVS (ATF 112 V 1, consid. 5b). Notre Haute Cour a ainsi eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises qu'un administrateur, dont la situation est à cet égard proche de celle de l'homme de paille, ne peut s'exonérer de ses responsabilités légales en invoquant son rôle passif au sein de la société (ATF non publié 9C_289/2009 du 19 mai 2010, consid. 6.2; ATF non publié H 87/04 du 22 juin 2005, consid. 5.2.2; ATF non publié H 234/00 du 27 avril 2001, consid. 5d; ATF non publié H 225/00 du 13 février 2001, consid. 3c). c) La responsabilité d'un administrateur dure en règle générale jusqu'au moment où il quitte effectivement le conseil d'administration et non pas jusqu'à la date où son nom est radié du registre du commerce. Cette règle vaut pour tous les cas où les démissionnaires n'exercent plus d'influence sur la marche des affaires et ne reçoivent plus de rémunération pour leur mandat d'administrateur (ATF 126 V 61).

A/3465/2010 - 29/35 - En d'autres termes un administrateur ne peut être tenu pour responsable que du dommage résultant du non-paiement de cotisations qui sont venues à échéance et auraient dû être versées entre le jour de son entrée effective au conseil d'administration et celui où il a quitté effectivement ces fonctions, soit pendant la durée où il a exercé une influence sur la marche des affaires (ATFA non publié H 263/02 du 6 février 2003). Demeurent réservés les cas où le dommage résulte d'actes qui ne déploient leurs effets qu'après le départ du conseil d'administration. d) Dans certaines circonstances, un employeur peut causer intentionnellement un préjudice sans être dans l'obligation de le réparer, lorsqu'il retarde le paiement des cotisations pour maintenir son entreprise en vie, lors d'une passe de trésorerie difficile. Mais il faut alors qu'il ait eu des raisons sérieuses et objectives de penser qu'il pourrait s'acquitter de sa dette dans un délai raisonnable (RCC p. 261 et la jurisprudence citée; ATF 108 V 188). e/aa) En l'espèce, Monsieur B _____ était chargé de la gestion de Y _____ sàrl « au jour le jour » (procès-verbal du 30 mars 2011). Il s'occupait notamment des décomptes de salaire pour Y _____ Sàrl et disposait de la signature sur son compte bancaire (procès-verbal du 13 octobre 2011). Il a ainsi procédé au versement des salaires de janvier à avril 2008 (le salaire d'avril ayant toutefois été viré en juin 2008), à quatre paiements en faveur de la caisse (deux fois 8'113 fr., 445 fr. 90 et 471 fr. 75 en février 2008) soit un montant total de 17'143 fr. 65 et il s'est également acquitté, pour le compte de la société, d'autres dettes jusqu'en août 2008 (voir pièce 48, chargé de la caisse du 4 février 2011). Au vu de ce qui précède, il doit être considéré que le recourant a commis une faute grave en laissant délibérément en souffrance, pendant plus d'une année, les créances de la caisse de compensation, alors qu'il disposait des ressources financières pour ce faire. Si les ressources financières de la Sàrl ne permettaient pas de payer les cotisations dans leur intégralité, il aurait dû ne verser que les salaires pour lesquels les créances de cotisations qui en découlent de par la loi étaient couvertes (SVR 1995 AHV n° 70 p. 214 consid. 5 ; voir également l'ATF non publié 9C_338/2007 du 21 avril 2008, consid. 3.1). En s'abstenant de procéder de la sorte, il a également commis une faute grave. Le recourant tente de se disculper en expliquant qu'il a attiré l'attention de Monsieur A _____ à plusieurs reprises sur la problématique des cotisations en souffrance. Cela n'est cependant pas suffisant. En effet, comme l'a relevé le Tribunal fédéral à plusieurs reprises, si l'organe se trouvait, en raison de l'attitude du tiers, dans l'incapacité de prendre ces mesures ou même d'exercer son devoir de surveillance, il devait alors démissionner de ses fonctions (voir par exemple les ATF non publiés 9C_344/2011 du 3 février 2012 consid. 4.3 ; 9C_289/2009 du 19 mai 2010 consid. 6.2 ; 9C_351/2008 consid. 5.2 ou encore l'ATFA non publié H 224/06 du 10 décembre 2007 consid. 6).

A/3465/2010 - 30/35 - e/bb) Quant à Monsieur C _____, en acceptant la position de gérant de Y _____ sàrl, il devait assumer les obligations qui lui incombaient de par la loi et plus particulièrement celles visées par l'art. 810 al 2 ch. 4 CO, soit notamment exercer la surveillance sur les personnes chargées de parties de la gestion pour s'assurer qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données. Entre autres obligations, il était tenu de se mettre régulièrement au courant de la marche des affaires et de veiller personnellement à ce que les cotisations paritaires afférentes aux salaires versés fussent effectivement payées à l'AVS (ATF non publié H 220/06 du 11 septembre 2007, consid. 4.1 ; SVR 2003 AHV n° 5 p. 14 consid. 5.3.2), et cela quel que soit le mode de répartition interne des tâches convenu au sein de la société (voir notamment ATF non publié 9C_961/2012). Comme cela a déjà été relevé, dans les faits, c'était Monsieur

B _____ qui s'occupait de la comptabilité et des salaires de la Sàrl et il disposait des pouvoirs sur le compte de cette dernière société (voir consid. 9 e/aa supra). Monsieur C _____ devait ainsi veiller à ce que le gérant précité s'acquitte des cotisations paritaires et cela même si, en réalité, c'était Monsieur A _____ qui prenait toutes les décisions. En s'abstenant de le faire, le recourant s'est rendu coupable à tout le moins d'une négligence grave. Pour justifier son inaction, le recourant explique qu'il a été inscrit au registre du commerce en qualité de gérant afin de pouvoir représenter la « succursale » française de la société mais qu'il ne prenait aucune décision et ne participait pas à la gestion de la société. Cette argumentation ne permet cependant pas de le libérer de toute responsabilité. En effet, sa situation semble comparable à celle d'un homme de paille et c'est précisément en cela que réside sa faute, car celui qui se déclare prêt à assumer ou à conserver un mandat de gérant d'une sàrl, tout en sachant qu'il ne pourra pas le remplir consciencieusement, viole son obligation de diligence (ATF non publiés 9C_289/2009 ; ATF 122 III 195 consid. 3b p. 200; RDAT 1993, I, p. 374 consid. 6). e/cc) Enfin, concernant Monsieur A _____, il y a lieu de rappeler qu'il a investi 271'000 fr., montant versé en plusieurs fois en 2008. En investissant des fonds, sans faire en sorte que les montants reçus servent en priorité à payer les cotisations sociales en souffrance, il a commis une faute au sens de l'art. 52 LAVS (voir dans ce sens ATFA non publié H 305/00 du 6 septembre 2001 consid. 4 b). A cela s'ajoute le fait que le recourant intervenait dans la gestion financière de la société (pouvoir de signature sur le compte bancaire, décision quant au versement des salaires, versement des 271'000 fr., etc.) et qu'à ce titre, il lui appartenait de vérifier que les cotisations sociales soient payées, notamment en proposant des mesures strictes pour que la société s'acquitte des cotisations AVS/AI/APG. Ainsi, en négligeant de procéder aux démarches nécessaires, le recourant a non seulement violé ses obligations, mais s'est montré gravement négligent au sens où l'entend la

A/3465/2010 - 31/35 - jurisprudence en relation avec l'art. 52 LAVS (voir dans ce sens ATF 132 III 523 consid. 4.6). 11. a/aa) La responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 52 LAVS suppose enfin un rapport de causalité (naturelle et) adéquate entre la violation intentionnelle ou par négligence grave des prescriptions et la survenance du dommage. La causalité est adéquate si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance (ATF 119 V 401 consid. 4a p. 407 et la référence). L'administrateur d'une société anonyme répond non seulement des cotisations d'assurances sociales courantes, mais également de la dette de cotisations échues avant son entrée dans le conseil d'administration. En effet, selon la jurisprudence, le nouvel administrateur a le devoir de veiller tant au versement des cotisations courantes qu'à l'acquittement des cotisations arriérées, qui sont dues pour la période où il ne faisait pas encore partie du conseil d'administration car il y a dans les deux cas un lien de cause à effet entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations. Ce lien de cause à effet n'existe pas, toutefois, quand un dommage au sens de l'art. 52 LAVS préexiste, parce que la société était déjà insolvable avant l'entrée du nouveau membre au conseil d'administration (ATFA non publié H 295/00 du 22 janvier 2001, consid. 6a ; ATF 119 V 401 consid. 4c). a/bb) Le lien de causalité adéquate entre le comportement fautif – soit la rétention des cotisations alors même que les salaires sont versés - et le dommage survenu ne peut pas être contesté avec succès lorsque les salaires versés sont tels que les créances de cotisations qui en découlent directement ex lege ne sont plus couvertes (SVR 1995 AHV n° 70 p. 214 consid. 5 ; voir également ATFA non publié H 167/05 du 21 juin

2006 consid. 8 ; ATFA non publiés H 74/05 du 8 novembre 2005 consid. 4.3 ; H 61/01 du 16 mai 2002 consid. 4 in AHI 2003 p. 101 H 198/00 du 25 février 2002 consid. 3c et H 357/99 du 6 juillet 2011 consid. 4b). b/aa) En l'espèce, le comportement fautif de Monsieur B _____ est à l'évidence en lien de causalité naturelle et adéquate avec le dommage de la caisse. En effet, alors même qu'il avait la possibilité de s'acquitter des cotisations sociales, dans la mesure où il était formellement gérant et qu'il disposait de la signature sur le compte bancaire de la société, il ne s'est pas acquitté des cotisations auprès de la caisse mais a préféré verser les salaires ainsi que d'autres dettes. Il est ainsi évident que s'il avait correctement exécuté sa charge de gérant, il aurait veillé à ce que les cotisations sociales fussent régulièrement versées en 2007 et 2008. Contrairement à ce qu'il allègue, la dette de cotisation ainsi que l'obligation de rendre des comptes naissent ex lege en même temps que le versement du salaire (art. 14 et 51 LAVS ; voir dans ce sens ATF 110 V 2 consid. 3a et ATFA non publié H 112/03 consid.3.5.1). C'est ainsi celui qui disposait, à ce moment, du pouvoir d'ordonner

A/3465/2010 - 32/35 - des versements en faveur de la caisse de compensation, qui est responsable du défaut de paiement des cotisations (REICHMUTH, op.cit., n° 268). b/bb) Quant à Monsieur C _____, son attitude passive est également en relation de causalité naturelle et adéquate avec le dommage subi par la caisse de compensation. En effet, s'il avait correctement exécuté sa charge de gérant, en surveillant l'activité de Monsieur B _____, qui s'occupait de la gestion au jour le jour, et notamment des salaires et en exigeant de consulter tous les documents comptables pertinents (pièces bancaires, correspondance avec l'AVS, etc.), il aurait pu constater que les cotisations sociales 2007 et 2008 étaient impayées et prendre les mesures qui s'imposaient. S'il n'avait plus la volonté de s'occuper de la gestion de la société, il devait alors démissionner de ses fonctions. Ne l'ayant pas fait, le recourant répond du dommage subi par la caisse. b/cc) Enfin, s'agissant de Monsieur A _____, il ressort clairement des faits constatés qu'un lien de causalité doit être tenu pour établi. Il a, en effet, manqué à ses devoirs par son inaction, n'émettant pas de propositions concrètes de règlement des cotisations sociales en souffrance et ne faisant pas en sorte que les fonds apportés courant 2008 servent en premier lieu à payer les cotisations arriérées. Il s'agit donc d'une situation caractéristique dans laquelle il convient d'admettre, en application de la règle générale dégagée par la jurisprudence, un lien de causalité adéquate entre la passivité de l'organe et le non-paiement des cotisations sociales. 12. Il y a encore lieu d'examiner le montant du dommage subi par l'intimé, les recourants contestant les chiffres articulés. Selon les décisions sur oppositions querellées, le montant du dommage s'élève à 87'946 fr. 55. Par écritures des 19 janvier, 4 février et 28 septembre 2011, la caisse a explicité le calcul du dommage, en se référant aux pièces dont elle disposait. Concernant les frais d'administration, dont le calcul n'a pas été abordé par la caisse, force est de constater que la « Décision de la direction de l'économie du canton de Zoug relative au montant des frais d'administration de la caisse de compensation de Zoug » (Verfügung über die Verwaltungskostenbeiträge der Ausgleichskasse Zug) du 15 novembre 2002, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, prévoit à son § 1 al. 2 que la caisse de compensation peut réclamer des frais d'administration correspondant à 3% des cotisations sociales lorsque l'employeur ne remplit pas son obligation de verser les cotisations. Dès lors qu'il correspond à 3% des cotisations AVS/AI/AMat de 77'372 fr. 10, le montant de 2'321 fr. 20 retenu par l'intimée est conforme au droit. Au vu des explications qui précèdent, le montant du dommage doit être confirmé. b) Monsieur C _____ considère, dans ses observations du 4 mai 2011, que seul un montant total de 39'182 fr. 35 pourrait

éventuellement être retenu à son

A/3465/2010 - 33/35 - rencontre. En effet, selon lui, dans la mesure où il est entré en fonction le 13 juillet 2007, il ne peut être tenu pour responsable du non-paiement des cotisations antérieures à cette date. Dans le même ordre d'idées, dès lors qu'il a démissionné le 3 juin 2008, les cotisations dues pour les périodes postérieures à cette date ne sont pas dues. D'emblée, il y a lieu de rappeler que la responsabilité des organes formels s'étend également aux dettes de cotisations échues. C'est donc à juste titre que l'intimée a réclamé au recourant le paiement du dommage correspondant aux cotisations échues avant son entrée en fonction. De plus, force est de constater que l'assemblée générale extraordinaire de la sàrl, du 22 juillet 2008, a pris acte de la démission du recourant, avec effet au 2 juillet 2008, soit postérieurement au dernier salaire versé en date du 27 juin 2008 (cf. pièce no. 45 annexe 3 chargé intimée – dossier C_____).

c) Partant, le montant total dû par les recourants, pris conjointement et solidairement, s'élève bien à 87'946 fr. 55, tel que réclamé par l'intimée. 13. Enfin, reste à répondre à la question de savoir si la caisse intimée aurait dû octroyer des dépens pour la procédure d'opposition à Monsieur B_____. a) Selon l'art. 52 al. 3 LPGA, il n'est en règle générale pas alloué de dépens dans le cadre d'une procédure d'opposition. A l'ATF 130 V 570, le Tribunal fédéral a considéré qu'il y a lieu d'admettre une exception au principe selon lequel des dépens ne sont pas alloués pour la procédure d'opposition, lorsque l'opposant qui obtient gain de cause aurait pu prétendre à l'assistance judiciaire en cas de perte du procès (consid. 2.1 et 2.2). Il a laissé ouverte la question de savoir si un droit aux dépens peut être reconnu dans d'autres cas d'exception - dépenses ou difficultés particulières - (consid. 2.3). b) En l'espèce, force est de constater que le recourant n'a pas demandé à pouvoir bénéficier de l'assistance judiciaire en cas de perte du procès, aucune conclusion n'ayant été prise dans ce sens, ni dans le mémoire d'opposition du 11 janvier 2010 ni dans le recours du 18 octobre 2010. Partant, l'exception prévue par le Tribunal fédéral dans son ATF 130 V 570 n'est pas réalisée en l'espèce. Il appert en outre que le cas, à savoir la contestation de la décision du 7 décembre 2009 ne posait pas de questions complexes de droit et de fait. L'avocat mandaté pouvait dès lors se contenter d'une opposition concise de sorte qu'il ne saurait être considéré que le recourant devait faire des dépenses exagérées. Par ailleurs, s'il est vrai que la décision du 7 décembre 2009 était manifestement erronée s'agissant du montant du dommage, cette erreur a pu être corrigée dans le cadre de la procédure d'opposition. Cela démontre l'utilité d'une telle procédure dont le but est précisément de corriger les erreurs de l'assureur, sans que l'assuré doive entamer

A/3465/2010 - 34/35 - une procédure judiciaire (voir ATF 130 V 570 consid. 2.1 et 2.3.2). Une complexité particulière de la procédure n'est cependant pas pour autant établie. Partant, c'est à juste titre que l'intimée n'a pas octroyé de dépens pour la procédure d'opposition et le recourant doit donc être débouté sur ce point. 14. Au vu des considérations qui précèdent, les recours, mal fondés, sont rejetés. Selon la réglementation légale et la jurisprudence, les assureurs sociaux qui obtiennent gain de cause devant une juridiction de première instance n'ont pas droit à une indemnité de dépens (cf. art. 61 let. g LPGA). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/3465/2010 - 35/35 - PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE 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; RS 173.110). Selon l'art. 85 LTF, s'agissant de contestations pécuniaires, le recours est irrecevable si la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 francs (al. 1 let. a). Même lorsque la valeur litigieuse n'atteint pas le montant déterminant, le recours est recevable si la contestation soulève une question juridique de principe (al. 2). 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

Isabelle CASTILLO

La présidente

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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.