

# NE\_GERICHTE CDP.2019.62 vom 5. Oktober 2018

NE Tribunal cantonal, 2018-10-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CDP.2019.62\\_d20181005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2019.62_d20181005)

FR: NE\_GERICHTE CDP.2019.62 du 5 octobre 2018

IT: NE\_GERICHTE CDP.2019.62 del 5 ottobre 2018

## Regeste

Responsabilité de l'employeur en cas d'octroi d'un sursis au paiement.

## Erwägungen

### E. 1

LAVS). Il ressort de l'article 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les articles 34 ss RAVS, 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. L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi et l'employeur qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'article 52 LAVS. Il doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné (ATF 132 III 523cons. 4.4 et les références citées, 129 V 11cons. 3.1). Les employeurs doivent remettre périodiquement aux caisses les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs employés, afin que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. La responsabilité suppose la réalisation de quatre conditions cumulatives : un dommage, un acte illicite, un lien de causalité et une faute (Kieser, Alters-und Hinterlassenversicherung, 2012, n° 13 ss ad art. 52 LAVS).

b) Si l'employeur est une personne morale, les membres de l'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à titre subsidiaire du dommage. Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles répondent solidairement de la totalité du dommage (art. 52 al. 1 et 2 LAVS; ATF 132 III 523cons. 4.5 et les références). Le caractère subsidiaire de la responsabilité des organes d'une personne morale signifie que la caisse de compensation ne peut agir contre ces derniers que si le débiteur des cotisations (la personne morale) est devenu insolvable (ATF 123 V 15cons. 5b et les références citées; Valterio, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI], 2011, § 126, no 2388 ss; Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, PJA 1996 no 7a, p. 1074; Frésard, Les développements récents de la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances relatives à la responsabilité de l'employeur selon l'art. 52 LAVS, RSA 1991, no 2, p. 163).

c) Il n'y a obligation de réparer le dommage, dans un cas concret, que s'il n'existe aucune circonstance justifiant le comportement fautif de l'employeur ou excluant l'intention et la négligence grave. Les facteurs pouvant justifier une disculpation de l'employeur ou des organes de la personne morale ne sont toutefois admis qu'à titre exceptionnel. Quant à la faute intentionnelle ou la négligence grave, elle doit être appréciée sur la base des circonstances objectives qui ont conduit au non-paiement des cotisations (Valterio, op. cit., § 126, no 2425 et les références citées). Selon la jurisprudence, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui manque de l'attention qu'un homme

raisonnable aurait observée dans la même situation et dans les mêmes circonstances. La mesure de la diligence requise s'apprécie d'après le devoir de diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie que celle de l'intéressé (arrêt du TF du 27.04.2010 [9C\_926/2009] cons. 4.3.2; arrêt de la CDP du 05.09.2013 [CDP.2013.185] cons. 2b). La question de la faute doit principalement être jugée en fonction des éléments qui ont conduit au non-paiement des cotisations (ATF 124 V 253 cons. 3b, p. 255). En présence d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions. Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur. Les faits reprochés à une entreprise ne sont pas nécessairement imputables à chacun des organes de celle-ci. Il convient bien plutôt d'examiner si et dans quelle mesure ces faits peuvent être attribués à un organe déterminé, compte tenu de la situation juridique et de fait de ce dernier au sein de l'entreprise. Savoir si un organe a commis une faute dépend des responsabilités et des compétences qui lui ont été confiées par l'entreprise (arrêt du TF du 27.04.2010 [9C\_926/2009] cons. 4.3.2 et la référence citée).

Une personne répond en principe de tout dommage qui est né en raison du non-paiement des cotisations à partir du moment où elle avait effectivement la qualité d'organe formel, matériel ou de fait et jusqu'à la perte de cette qualité. Pour ce qui concerne l'étendue temporelle de la responsabilité, la jurisprudence a développé un certain nombre de principes concernant les administrateurs d'une société anonyme. Ainsi, celui qui entre dans le conseil d'administration a le devoir de veiller au versement des cotisations courantes et à l'acquittement des cotisations arriérées, pour une période pendant laquelle il n'était pas encore administrateur. En règle générale, il y a un lien de causalité entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations, de sorte que l'administrateur répond solidairement du dommage subi par la caisse de compensation en cas de faillite de la société (Valterio, op. cit., n. 2412, p. 651 et la référence citée).

d) La notion d'organe doit être entendue d'une manière large : elle comprend tant les organes formels que matériels et de fait d'une personne morale. Les organes formels sont les organes décisionnels et de contrôle qui, compte tenu des dispositions organisationnelles de la personne morale ont été désignés par son organe supérieur et dont les compétences découlent directement de la loi. Les organes matériels peuvent être définis comme des personnes auxquelles l'exécution de certaines tâches a été déléguée par un acte juridiquement valable sur le plan interne; la personne est expressément désignée, en règle générale par un acte de nomination. L'organe matériel ne répond que des actes ou des omissions qui relèvent de son domaine d'activité, ce qui dépend de l'étendue des droits et des obligations découlant des rapports internes. La préparation de décisions par une collaboration technique, commerciale ou juridique ne suffit pas à conférer la qualité d'organe au sens matériel. 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 la création des bases de décisions, pour se concentrer sur la participation, comme telle, à la formation de la volonté de la société. En dernier lieu, la notion d'organe de fait englobe les personnes qui, sans être désignées formellement en tant qu'organes, prennent en fait les décisions réservées à ces derniers ou se chargent de la gestion proprement dite concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante. Un organe de fait n'est appelé à assumer une responsabilité que pour les domaines dans lesquels il a

effectivement déployé une activité (Valterio, op. cit., n° 2395 ss, p. 647 ss).

4.a) Le recourant invoque son insolvabilité pour qualifier d'inopportune la décision entreprise. Selon le chiffre 8062 des directives sur la perception des cotisations dans l'AVS, AI et APG (dans leur teneur au 01.01.2019), la caisse peut renoncer à engager une procédure en réparation contre un employeur ou un organe manifestement insolvable. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il s'agit là d'une faculté laissant à la caisse intimée un large pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de renoncer ou non à la procédure en réparation. Le seul fait d'invoquer que la caisse ne pourra vraisemblablement pas récupérer les montants en souffrance en raison du manque de moyens de la personne recherchée ne constitue pas un élément qui établirait que la caisse intimée aurait fait un usage contraire au droit de son pouvoir d'appréciation (arrêt du TF du 18.12.2017 [9C\_246/2017] cons. 5.2). De même, la Cour de droit public (arrêt non publié du 27.04.2017 [CDP.2016.155] cons. 4 in fine) a estimé que l'indigence invoquée ne peut avoir une incidence qu'au moment du recouvrement de la créance, soit une fois que la décision en réparation sera devenue définitive et exécutoire. Une caisse qui retient que la situation actuelle de l'intéressé ne doit pas entrer en ligne de compte pour déterminer sa responsabilité ne viole pas le droit.

b) Force est dès lors de constater que le grief du recourant relatif à l'inopportunité de la décision attaquée est mal fondé étant donné que la caisse intimée ne disposait que d'une faculté de renoncer à engager une procédure en réparation contre le recourant et n'a donc pas violé le droit par sa manière de procéder.

5.a) Il ressort du registre du commerce (extrait de A. \_\_\_\_\_ SA en liquidation sur <http://rc.ne.ch>) que X. \_\_\_\_\_ est administrateur-directeur avec signature individuelle depuis le 24 janvier 2017. Une publication de la Feuille officielle suisse du commerce de cette date indique qu'il était jusque-là secrétaire du conseil d'administration.

Or, le secrétaire ne revêt pas la qualité d'organe de la société ■ avec les compétences, obligations et responsabilités qui en découlent ■ sauf s'il est également membre du conseil d'administration. Il peut toutefois, s'il accomplit des tâches qui ne sont pas seulement administratives ou auxiliaires, être qualifié d'organe de fait de la société et répondre en tant que tel (CR CO II, Peter/Cavadini, art. 712 CO N 15 et 19).

Or, le dossier ne permet pas de déterminer si X. \_\_\_\_\_ était membre du conseil d'administration avant le 24 janvier 2017 ni s'il était éventuellement organe de fait. Il n'est dès lors pas certain qu'il puisse être tenu pour responsable des cotisations non versées antérieurement à cette date.

b) Quoi qu'il en soit, cette question peut demeurer ouverte étant donné que l'octroi d'un sursis au paiement le 18 janvier 2018 amène en l'occurrence à devoir nier l'existence d'une faute. En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 124 V 253 cons. 3 b), un sursis au paiement combiné avec un plan d'amortissement ne change rien au caractère illicite du paiement non conforme des cotisations. La question de la faute doit toutefois être appréciée d'après les circonstances qui ont conduit à l'octroi du sursis. La passation d'un tel accord a pour effet de modifier la situation juridique des parties en ce sens que de nouveaux délais de paiement commencent à courir en faveur de la société. Dès lors, on ne saurait retenir à charge du débiteur une violation grave de ses obligations engageant sa responsabilité lorsque l'entreprise ne s'est pas cantonnée dans l'immobilisme mais s'est adressée régulièrement à la caisse de compensation pour obtenir des sursis aux paiements qui lui ont été accordés sans autre formalité et lorsqu'il n'existe pas d'indices qui pourraient

laisser croire qu'il a demandé un sursis alors qu'il devait savoir que l'entreprise courait à la faillite et qu'elle ne pourrait pas respecter les délais de paiements différés (cf. également Valterio, op. cit., n°2442, p. 661).

En l'espèce, suite à des arriérés de cotisations durant l'année 2015, A. \_\_\_\_\_ SA a obtenu un sursis au paiement le 26 mai 2016. Il résulte de l'échéancier y relatif que les 7 premières mensualités prévues jusqu'à fin décembre 2016 ont été versées dans les délais. Certaines cotisations étant demeurées impayées, la société A. \_\_\_\_\_ SA a fait l'objet de poursuites dès janvier 2017. Le 19 mai 2017, X. \_\_\_\_\_ a transmis à la CCIH un courrier de l'entreprise D. \_\_\_\_\_ du 16 mai 2017, cette dernière manifestant vouloir s'impliquer dans une tentative de redressement de la société A. \_\_\_\_\_ SA, le but étant d'obtenir un ajournement ou un sursis provisoire mettant la société temporairement à l'abri de ses créanciers. Le 28 septembre 2017, C. \_\_\_\_\_, administrateur de D. \_\_\_\_\_ a annoncé à la CCIH que l'ajournement de faillite avait été prononcé et que la société souhaitait trouver un arrangement. Après avoir pris connaissance dudit jugement, la caisse, X. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ ont convenu d'un rendez-vous le 25 octobre 2017 à l'issue duquel la caisse a fait des propositions (courriel du 06.11.2017) dont une était intitulée ainsi : "Un sursis de paiement vous est accordé sur 48 mois, moyennant un 1er versement immédiat de min. CHF 10'181.- (et non plus CHF 15'000.- comme discuté précédemment). L'acompte se montera ensuite à CHF 4'800.- par mois. Cet accord pourra être maintenu tant que vous payez les acomptes dans les délais, tout comme des décomptes courants."

Cette solution a été mise en œuvre par décision de sursis au paiement du 18 janvier 2018. Le premier versement a été opéré avant la date de l'échéance alors que quatre versements ont ensuite été opérés mais postérieurement aux dates d'échéance prévues (du 12.03. au 25.09.2018).

Vu la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral, il y a lieu de considérer que par cette décision de sursis au paiement, les termes ordinaires de paiement en faveur des débiteurs des cotisations ont été modifiés. On ne saurait par ailleurs retenir, vu les considérants de la décision d'ajournement de faillite rendue le 29 septembre 2017 par le Tribunal civil des Montagnes et du Val-de-Ruz, que X. \_\_\_\_\_ savait, lorsqu'il a commencé à négocier un sursis au paiement, que l'entreprise courait à la faillite et qu'il ne pourrait pas respecter les délais de paiements différés. Si ces derniers n'ont pu être respectés et que la société est tombée en faillite, on ne saurait le tenir pour responsable étant donné que, comme l'a retenu la caisse dans sa décision sur opposition, le recourant avait perdu sa qualité d'organe dès fin octobre 2017. Il en résulte qu'aucune faute ne peut lui être imputée et que la décision entreprise doit être annulée, sans qu'il y ait lieu de traiter les autres griefs de son recours.

6. Les considérants qui précèdent amènent à l'admission du recours et à l'annulation de la décision attaquée.

La procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), il n'est pas perçu de frais de justice. Le recourant, représenté par un mandataire professionnel, a droit à l'octroi de dépens dans la mesure fixée par le tribunal, leur montant étant déterminé sans égard à la valeur litigieuse d'après l'importance et la complexité du litige (art. 61 let. g LPGA). Le montant des dépens doit être défini dans les limites prévues par le décret du 6 novembre 2012 fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative (TFrais), soit en particulier en fonction du résultat obtenu (art. 60 al. 2 TFrais). Le mandataire du recourant n'ayant pas déposé d'état de ses honoraires et frais

(art. 66 al. 1 TFrais), la Cour de céans fixera en conséquence les dépens sur la base du dossier (art. 66 al. 2 TFrais). Dans ce cadre, l'activité déployée par Me B. \_\_\_\_\_ peut être évaluée à environ 10 heures. Eu égard au tarif horaire usuellement appliqué par la Cour de céans de l'ordre de 280 francs de l'heure (soit en l'espèce CHF 2'800.00), des débours à raison de 10 % des honoraires (art. 65 TFrais, soit CHF 280.00) et de la TVA (au taux de 7,7 %, soit CHF 237.15), l'indemnité de dépens est fixée à 3'317.15 francs, débours et TVA compris.

Par ces motifs, la Cour de droit public

1. Admet le recours.

2. Annule la décision de la CCIH rendue sur opposition le 16 janvier 2019 et la décision du 5 octobre 2018.

3. Statue sans frais.

4. Condamne la CCIH à verser à X. \_\_\_\_\_ une indemnité de dépens de 3'317.15 francs, tout compris.

Neuchâtel, le 1er novembre 2019

1 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.

2 Si l'employeur est une personne morale, les membres de l'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à titre subsidiaire du dommage. Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles répondent solidairement de la totalité du dommage.<sup>2</sup>

3 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. L'employeur peut renoncer à invoquer la prescription. Si le droit pénal prévoit un délai de prescription plus long, celui-ci est applicable.<sup>3</sup>

4 La caisse de compensation fait valoir sa créance en réparation du dommage par voie de décision.<sup>4</sup>

5 En dérogation à l'art. 58, al. 1, LPGA<sup>5</sup>, le tribunal des assurances du canton dans lequel l'employeur est domicilié est compétent pour traiter le recours.

6 La responsabilité au sens de l'art. 78 LPGA est exclue.

1 Nouvelle teneur selon l'annexe ch. 7 de la LF du 6 oct. 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, en vigueur depuis le 1er janv. 2003 (RO20023371; FF1991II 181 888, 1994V 897, 19994168).<sup>2</sup> Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 7 juin 2011 (Amélioration de la mise en oeuvre), en vigueur depuis le 1er janv. 2012 (RO20114745; FF2011519).<sup>3</sup> Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 7 juin 2011 (Amélioration de la mise en oeuvre), en vigueur depuis le 1er janv. 2012 (RO20114745; FF2011519).<sup>4</sup> Nouvelle teneur selon le ch. I de la LF du 7 juin 2011 (Amélioration de la mise en oeuvre), en vigueur depuis le 1er janv. 2012 (RO20114745; FF2011519).<sup>5</sup> RS830.1

**E. 2**

a) Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle ancrée à l'article 29 al. 2 Cst. féd. Sa violation conduit à l'annulation de la décision entreprise indépendamment des chances de succès du recours sur le fond ( ATF 137 I 195 cons. 2.2, 135 I 279 cons. 2.6.1). Il comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'avoir accès au dossier, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre ( ATF 142 III 48 cons. 4.1.1, 140 I 285 cons. 6.3.1 et les références citées). Une violation du droit d'être entendu peut être réparée dans une instance ultérieure si l'autorité exerce un pouvoir d'examen complet et qu'il n'en résulte aucun préjudice pour le justiciable ( ATF 136 III 174 cons. 5.1.2, 135 I 279 cons. 2.6.1). b) La Cour de céans ayant mis à disposition du recourant les documents déposés par l'intimée en annexe à son mémoire de réponse, même s'il fallait reconnaître une violation du droit d'être entendu, celle-ci devrait de toute façon être considérée comme réparée, la Cour de céans disposant d'un pouvoir d'examen non limité à la violation du droit, mais s'étendant également à l'opportunité ( ATF 137 V 71 cons. 5.2). Si la caisse n'a, dans un premier temps, pas transmis l'entier de son dossier au recourant, une éventuelle violation du droit d'être entendu doit dès lors être considérée comme réparée.

### **E. 3**

a) 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 (art. 52 al. 1 LAVS ). Il ressort de l'article 14 al. 1 LAVS, en corrélation avec les articles 34 ss RAVS, 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. L'obligation de l'employeur de percevoir les cotisations et de régler les comptes est une tâche de droit public prescrite par la loi et l'employeur qui néglige de l'accomplir enfreint les prescriptions au sens de l'article 52 LAVS . Il doit, par conséquent, réparer la totalité du dommage ainsi occasionné ( ATF 132 III 523 cons. 4.4 et les références citées, 129 V 11 cons. 3.1). Les employeurs doivent remettre périodiquement aux caisses les pièces comptables concernant les salaires versés à leurs employés, afin que les cotisations paritaires puissent être calculées et faire l'objet de décisions. La responsabilité suppose la réalisation de quatre conditions cumulatives : un dommage, un acte illicite, un lien de causalité et une faute ( Kieser , Alters-und Hinterlassenversicherung, 2012, n° 13 ss ad art. 52 LAVS). b) Si l'employeur est une personne morale, les membres de l'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à titre subsidiaire du dommage. Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles répondent solidairement de la totalité du dommage (art. 52 al. 1 et 2 LAVS ; ATF 132 III 523 cons. 4.5 et les références). Le caractère subsidiaire de la responsabilité des organes d'une personne morale signifie que la caisse de compensation ne peut agir contre ces derniers que si le débiteur des cotisations (la personne morale) est devenu insolvable ( ATF 123 V 15 cons. 5b et les références citées; Valterio , Droit de l'assurance-vieillesse et survivants [AVS] et de l'assurance-invalidité [AI], 2011, § 126, n o 2388 ss; Nussbaumer , Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, PJA 1996 no 7a, p. 1074; Frésard , Les développements récents de la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances relatives à la responsabilité de l'employeur selon l'art. 52 LAVS, RSA 1991, no 2, p. 163). c) Il n'y a obligation de réparer le dommage, dans un cas concret, que s'il n'existe aucune circonstance justifiant le comportement fautif de l'employeur ou

excluant l'intention et la négligence grave. Les facteurs pouvant justifier une disculpation de l'employeur ou des organes de la personne morale ne sont toutefois admis qu'à titre exceptionnel. Quant à la faute intentionnelle ou la négligence grave, elle doit être appréciée sur la base des circonstances objectives qui ont conduit au non-paiement des cotisations (Valterio, op. cit., § 126, n° 2425 et les références citées). Selon la jurisprudence, se rend coupable d'une négligence grave l'employeur qui manque de l'attention qu'un homme raisonnable aurait observée dans la même situation et dans les mêmes circonstances. La mesure de la diligence requise s'apprécie d'après le devoir de diligence que l'on peut et doit en général attendre, en matière de gestion, d'un employeur de la même catégorie que celle de l'intéressé (arrêt du TF du 27.04.2010 [9C\_926/2009] cons. 4.3.2; arrêt de la CDP du 05.09.2013 [CDP.2013.185] cons. 2b). La question de la faute doit primordialement être jugée en fonction des éléments qui ont conduit au non-paiement des cotisations (ATF 124 V 253 cons. 3b, p. 255). En présence d'une société anonyme, il y a en principe lieu de poser des exigences sévères en ce qui concerne l'attention qu'elle doit accorder au respect des prescriptions. Une différenciation semblable s'impose également lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité subsidiaire des organes de l'employeur. Les faits reprochés à une entreprise ne sont pas nécessairement imputables à chacun des organes de celle-ci. Il convient bien plutôt d'examiner si et dans quelle mesure ces faits peuvent être attribués à un organe déterminé, compte tenu de la situation juridique et de fait de ce dernier au sein de l'entreprise. Savoir si un organe a commis une faute dépend des responsabilités et des compétences qui lui ont été confiées par l'entreprise (arrêt du TF du 27.04.2010 [9C\_926/2009] cons. 4.3.2 et la référence citée). Une personne répond en principe de tout dommage qui est né en raison du non-paiement des cotisations à partir du moment où elle avait effectivement la qualité d'organe formel, matériel ou de fait et jusqu'à la perte de cette qualité. Pour ce qui concerne l'étendue temporelle de la responsabilité, la jurisprudence a développé un certain nombre de principes concernant les administrateurs d'une société anonyme. Ainsi, celui qui entre dans le conseil d'administration a le devoir de veiller au versement des cotisations courantes et à l'acquittement des cotisations arriérées, pour une période pendant laquelle il n'était pas encore administrateur. En règle générale, il y a un lien de causalité entre l'inaction de l'organe et le non-paiement des cotisations, de sorte que l'administrateur répond solidairement du dommage subi par la caisse de compensation en cas de faillite de la société (Valterio, op. cit., n. 2412, p. 651 et la référence citée). d) La notion d'organe doit être entendue d'une manière large : elle comprend tant les organes formels que matériels et de fait d'une personne morale. Les organes formels sont les organes décisionnels et de contrôle qui, compte tenu des dispositions organisationnelles de la personne morale ont été désignés par son organe supérieur et dont les compétences découlent directement de la loi. Les organes matériels peuvent être définis comme des personnes auxquelles l'exécution de certaines tâches a été déléguée par un acte juridiquement valable sur le plan interne; la personne est expressément désignée, en règle générale par un acte de nomination. L'organe matériel ne répond que des actes ou des omissions qui relèvent de son domaine d'activité, ce qui dépend de l'étendue des droits et des obligations découlant des rapports internes. La préparation de décisions par une collaboration technique, commerciale ou juridique ne suffit pas à conférer la qualité d'organe au sens matériel. 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 la création des bases de décisions, pour se concentrer sur la participation, comme telle, à la formation de la volonté de la société. En dernier lieu, la notion d'organe de fait englobe les

personnes qui, sans être désignées formellement en tant qu'organes, prennent en fait les décisions réservées à ces derniers ou se chargent de la gestion proprement dite concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante. Un organe de fait n'est appelé à assumer une responsabilité que pour les domaines dans lesquels il a effectivement déployé une activité ( Valterio , op. cit., n° 2395 ss, p. 647 ss).

#### **E. 4**

a) Le recourant invoque son insolvabilité pour qualifier d'inopportune la décision entreprise. Selon le chiffre 8062 des directives sur la perception des cotisations dans l'AVS, AI et APG (dans leur teneur au 01.01.2019), la caisse peut renoncer à engager une procédure en réparation contre un employeur ou un organe manifestement insolvable. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il s'agit là d'une faculté laissant à la caisse intimée un large pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de renoncer ou non à la procédure en réparation. Le seul fait d'invoquer que la caisse ne pourra vraisemblablement pas récupérer les montants en souffrance en raison du manque de moyens de la personne recherchée ne constitue pas un élément qui établirait que la caisse intimée aurait fait un usage contraire au droit de son pouvoir d'appréciation (arrêt du TF du 18.12.2017 [9C\_246/2017] cons. 5.2). De même, la Cour de droit public (arrêt non publié du 27.04.2017 [ CDP.2016.155 ] cons. 4 in fine) a estimé que l'indigence invoquée ne peut avoir une incidence qu'au moment du recouvrement de la créance, soit une fois que la décision en réparation sera devenue définitive et exécutoire. Une caisse qui retient que la situation actuelle de l'intéressé ne doit pas entrer en ligne de compte pour déterminer sa responsabilité ne viole pas le droit. b) Force est dès lors de constater que le grief du recourant relatif à l'inopportunité de la décision attaquée est mal fondé étant donné que la caisse intimée ne disposait que d'une faculté de renoncer à engager une procédure en réparation contre le recourant et n'a donc pas violé le droit par sa manière de procéder.

#### **E. 5**

a) Il ressort du registre du commerce (extrait de A.\_\_\_\_\_ SA en liquidation sur <http://rc.ne.ch> ) que X.\_\_\_\_\_ est administrateur-directeur avec signature individuelle depuis le 24 janvier 2017. Une publication de la Feuille officielle suisse du commerce de cette date indique qu'il était jusque-là secrétaire du conseil d'administration. Or, le secrétaire ne revêt pas la qualité d'organe de la société – avec les compétences, obligations et responsabilités qui en découlent – sauf s'il est également membre du conseil d'administration. Il peut toutefois, s'il accomplit des tâches qui ne sont pas seulement administratives ou auxiliaires, être qualifié d'organe de fait de la société et répondre en tant que tel (CR CO II, Peter/Cavadini , art. 712 CO N 15 et 19). Or, le dossier ne permet pas de déterminer si X.\_\_\_\_\_ était membre du conseil d'administration avant le 24 janvier 2017 ni s'il était éventuellement organe de fait. Il n'est dès lors pas certain qu'il puisse être tenu pour responsable des cotisations non versées antérieurement à cette date. b) Quoi qu'il en soit, cette question peut demeurer ouverte étant donné que l'octroi d'un sursis au paiement le 18 janvier 2018 amène en l'occurrence à devoir nier l'existence d'une faute. En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral ( ATF 124 V 253 cons. 3 b), un sursis au paiement combiné avec un plan d'amortissement ne change rien au caractère illicite du paiement non conforme des cotisations. La question de la faute doit toutefois être appréciée d'après les circonstances qui ont conduit à l'octroi du sursis. La passation d'un tel accord a pour effet de modifier la situation juridique des parties en ce sens que de nouveaux délais de paiement commencent à courir en faveur de la société. Dès lors, on ne saurait retenir à charge du

débiteur une violation grave de ses obligations engageant sa responsabilité lorsque l'entreprise ne s'est pas cantonnée dans l'immobilisme mais s'est adressée régulièrement à la caisse de compensation pour obtenir des sursis aux paiements qui lui ont été accordés sans autre formalité et lorsqu'il n'existe pas d'indices qui pourraient laisser croire qu'il a demandé un sursis alors qu'il devait savoir que l'entreprise courait à la faillite et qu'elle ne pourrait pas respecter les délais de paiements différés (cf. également Valterio, op. cit., n° 2442, p. 661). En l'espèce, suite à des arriérés de cotisations durant l'année 2015, A. \_\_\_\_\_ SA a obtenu un sursis au paiement le 26 mai 2016. Il résulte de l'échéancier y relatif que les 7 premières mensualités prévues jusqu'à fin décembre 2016 ont été versées dans les délais. Certaines cotisations étant demeurées impayées, la société A. \_\_\_\_\_ SA a fait l'objet de poursuites dès janvier 2017. Le 19 mai 2017, X. \_\_\_\_\_ a transmis à la CCIH un courrier de l'entreprise D. \_\_\_\_\_ du 16 mai 2017, cette dernière manifestant vouloir s'impliquer dans une tentative de redressement de la société A. \_\_\_\_\_ SA, le but étant d'obtenir un ajournement ou un sursis provisoire mettant la société temporairement à l'abri de ses créanciers. Le 28 septembre 2017, C. \_\_\_\_\_, administrateur de D. \_\_\_\_\_ a annoncé à la CCIH que l'ajournement de faillite avait été prononcé et que la société souhaitait trouver un arrangement. Après avoir pris connaissance dudit jugement, la caisse, X. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ ont convenu d'un rendez-vous le 25 octobre 2017 à l'issue duquel la caisse a fait des propositions (courriel du 06.11.2017) dont une était intitulée ainsi : "Un sursis de paiement vous est accordé sur 48 mois, moyennant un 1<sup>er</sup> versement immédiat de min. CHF 10'181.- (et non plus CHF 15'000.- comme discuté précédemment). L'acompte se montera ensuite à CHF 4'800.- par mois. Cet accord pourra être maintenu tant que vous payez les acomptes dans les délais, tout comme des décomptes courants." Cette solution a été mise en œuvre par décision de sursis au paiement du 18 janvier 2018. Le premier versement a été opéré avant la date de l'échéance alors que quatre versements ont ensuite été opérés mais postérieurement aux dates d'échéance prévues (du 12.03. au 25.09.2018). Vu la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral, il y a lieu de considérer que par cette décision de sursis au paiement, les termes ordinaires de paiement en faveur des débiteurs des cotisations ont été modifiés. On ne saurait par ailleurs retenir, vu les considérants de la décision d'ajournement de faillite rendue le 29 septembre 2017 par le Tribunal civil des Montagnes et du Val-de-Ruz, que X. \_\_\_\_\_ savait, lorsqu'il a commencé à négocier un sursis au paiement, que l'entreprise courait à la faillite et qu'il ne pourrait pas respecter les délais de paiements différés. Si ces derniers n'ont pu être respectés et que la société est tombée en faillite, on ne saurait le tenir pour responsable étant donné que, comme l'a retenu la caisse dans sa décision sur opposition, le recourant avait perdu sa qualité d'organe dès fin octobre 2017. Il en résulte qu'aucune faute ne peut lui être imputée et que la décision entreprise doit être annulée, sans qu'il y ait lieu de traiter les autres griefs de son recours.

## **E. 6**

Les considérants qui précèdent amènent à l'admission du recours et à l'annulation de la décision attaquée. La procédure étant gratuite (art. 61 let. a LPGA), il n'est pas perçu de frais de justice. Le recourant, représenté par un mandataire professionnel, a droit à l'octroi de dépens dans la mesure fixée par le tribunal, leur montant étant déterminé sans égard à la valeur litigieuse d'après l'importance et la complexité du litige (art. 61 let. g LPGA). Le montant des dépens doit être défini dans les limites prévues par le décret du 6 novembre 2012 fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative (TFrais), soit en particulier en fonction du résultat obtenu (art. 60 al. 2 TFrais). Le mandataire du recourant n'ayant pas déposé d'état de ses

honoraires et frais (art. 66 al. 1 TFrais ), la Cour de céans fixera en conséquence les dépens sur la base du dossier (art. 66 al. 2 TFrais ). Dans ce cadre, l'activité déployée par Me B.\_\_\_\_\_ peut être évaluée à environ 10 heures. Eu égard au tarif horaire usuellement appliqué par la Cour de céans de l'ordre de 280 francs de l'heure (soit en l'espèce CHF 2'800.00), des débours à raison de 10 % des honoraires (art. 65 TFrais , soit CHF 280.00) et de la TVA (au taux de 7,7 %, soit CHF 237.15), l'indemnité de dépens est fixée à 3'317.15 francs, débours et TVA compris.

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