RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**A/1334/2001** **ATAS/203/2004**

# ARRÊT

# DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

## du 31 mars 2004

## 4ème Chambre

En la cause

| | |
|---|---|
| **CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,** Route de Chêne 54, 1211 Genève 29 | Demanderesse en mainlevée d'opposition |

contre

| | |
|---|---|
| **Monsieur A_____,** comparant par Me Peter PIRKL en l'Etude duquel il élit domicile | Défendeur<br><br>Ancien administrateur de la société X_____ SA (faillie) |

---

**Siégeant : Mme Juliana BALDE, Présidente, Mmes Maya CRAMER et Isabelle DUBOIS, juges**

---

## EN FAIT

1. X_____ SA (ci-après la Société) était une société anonyme inscrite au registre du commerce de Genève depuis le 9 janvier 1991 dont le but consistait en la conception, l'exploitation et la gestion du service traiteur des services hôteliers ou de restaurants ainsi qu'en l'importation, la préparation et la distribution de produits alimentaires.

2. Monsieur A_____ en a été l'administrateur président avec signature collective à deux avec Monsieur B_____, également administrateur du 11 août 1992 au 28 avril 1995, puis administrateur unique avec signature individuelle jusqu'au jugement de faillite. La Société était affiliée auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation dès le 1er janvier 1998 (pièces 1, 8A, fourre CIAM).

3. Le 4 juillet 1997, la Société a déposé une demande d'ajournement de faillite auprès du Tribunal de première instance de la République et canton de Genève (ci-après le TPI), transformée en requête de sursis concordataire le 23 janvier 1998. Par jugement du 11 février 1998, le TPI lui a accordé un sursis concordataire jusqu'au 11 août 1998 et a désigné Monsieur C_____, comptable diplômé, à la fonction de commissaire. Ce jugement a fait l'objet d'une publication dans la feuille des avis officiels (FAO) du 27 février 1998 (pièces 1,2 et 5, fourre CIAM).

4. Le 10 août 1998, le commissaire au sursis a requis une prolongation du sursis concordataire, laquelle a été accordée le 1er octobre 1998 jusqu'au 11 février 1999.

5. Le 11 février 1999, le commissaire au sursis a déposé son rapport avec les pièces justificatives. Il a recommandé l'homologation du concordat dans l'hypothèse où l'on pouvait admettre que la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE D'ASSURANCE VIEILLESSE ET SURVIVANTS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES (ci-après la CIAM), qui possédait une créance de 1'853'367 fr. 20, y avait adhéré et que, dans ce cas, les majorités légales étaient acquises. Il a précisé que le projet de concordat consistait à verser aux créanciers ordinaires un dividende de 12 % grâce à l'offre de reprise d'un tiers (pièce 3, fourre défendeur).

6. Le 11 mai 1999, lors de l'audience d'homologation, le commissaire a ajouté que la CIAM avait adhéré au concordat ainsi qu'une autre société, de sorte que les

majorités légales étaient atteintes. Il a souligné que le paiement total du dividende n'était en l'état pas garanti. L'administrateur de la Société a expliqué quant à lui que la maison-mère avait décidé de mettre à disposition les fonds nécessaires (soit environ 500'000 fr.) afin de payer la totalité du dividende. Il s'est engagé à fournir dans un délai échéant au 18 mai 1999 un document attestant de la réalité de cet engagement.

7. Par jugement du 15 juin 1999, le TPI a refusé d'homologuer le concordat, ordonné la publication du jugement dans la feuille officielle suisse du commerce (FOSC) et dans la feuille des avis officiels (FAO) et avisé les créanciers qu'ils pouvaient requérir la faillite sans poursuite préalable dans les vingt jours suivant la publication. Ladite publication a eu lieu dans la FAO du 2 juillet 1999.

8. Le 22 juin 1999, la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après CCGC) a réclamé à la Société un montant de 36'210 fr. 30 correspondant au solde de cotisations AVS/AI impayées pour 1998.

9. Par jugement du 8 juillet 1999, le TPI a prononcé la faillite de la Société. L'Office des poursuites et des faillites Rhône-Arve (ci-après l'Office) a publié le 16 juillet 1999 l'annonce de la faillite définitive dans la FAO.

10. Le 14 septembre 1999, l'Office a avisé la CCGC qu'une première assemblée des créanciers aurait lieu le 30 septembre 1999 et que le délai pour les productions de créances avait été fixé au 16 octobre 1999.

11. Le 16 septembre 1999, la CCGC a produit un montant de 110'000 fr. dans la faillite, à titre provisoire. Elle a expliqué vouloir produire à titre définitif dès qu'elle serait en possession de tous les éléments nécessaires.

12. Le 20 janvier 2000, l'Office a estimé que la production provisoire de la CCGC était insuffisamment justifiée en l'état et lui a imparti un délai de dix jours afin de produire le détail de sa créance.

13. Le 16 janvier 2000, la CCGC s'est déclarée surprise de ce courrier dans la mesure où la comptabilité de la Société en possession de l'Office faisait certainement apparaître un solde de cotisations impayées pour janvier-février 1998 de 36'210 fr. 30 et que, s'agissant de 1999, l'attestation des salaires n'avait pas encore été établie de sorte que le montant des cotisations ne lui était pas encore connu. Son estimation sur le montant total de la créance de cotisations s'élevait à 110'000 fr.

14. Le 23 mai 2000, la CCGC a établi un décompte récapitulatif des cotisations paritaires impayées pour la période de janvier à juin 1999 portant sur un montant de 109'761 fr. 85. Le même jour, elle a produit une créance de 174'360 fr. 45 dans la faillite de la Société.

15. Par courrier du 30 mai 2000, l'Office a convoqué une seconde assemblée des créanciers, fixée au 29 juin 2000 (pièce 10, fourre CIAM).

16. L'état de collocation a été déposé et publié dans la FAO du 31 mai 2000 (pièce 11, fourre CIAM).

17. Par décision du 20 mars 2001, la CCGC a réclamé un montant de 36'210 fr. 30 à Monsieur A_____ à titre de réparation du dommage. Cette somme correspondait aux cotisations paritaires impayées de janvier et février 1998.

18. Par courrier du 19 avril 2001, l'ex-administrateur de la Société a formé opposition en expliquant que la faillite avait été prononcée le 8 juillet 1999 et publiée dans la FAO le 16 juillet 1999 et qu'à cette date, la Société ne versait plus les cotisations paritaires depuis déjà plus d'une année. Avec le prononcé de la faillite, la CCGC pouvait et devait anticiper son dommage et elle avait d'ailleurs produit un montant de 110'000 fr. à titre provisoire dans la faillite, représentant les cotisations paritaires non versées depuis le mois de janvier 1998. En réclamant une somme de 36'210 fr. 30 plus de 20 mois après le prononcé de la faillite, la CCGC était à présent forclos.

19. Par écriture du 16 mai 2001, la CCGC a requis la mainlevée de l'opposition au motif que l'existence du préjudice dont elle demandait réparation avait été connue au plus tôt le 31 mai 2000, lorsqu'était paru dans la FAO l'avis que l'état de collocation avait été déposé. Par conséquent, ce n'est qu'à cette date, et non avant, que la CCGC avait eu connaissance du dommage, raison pour laquelle elle n'était pas forclos en agissant le 20 mars 2001.

20. Le 12 juin 2001, l'ex-administrateur a répondu que, selon la jurisprudence, il appartenait à la CCGC de se faire représenter à la première assemblée des créanciers dès lors que son devoir de diligence lui commandait de suivre l'évolution de la procédure de faillite. A ce moment-là, s'il était apparu qu'elle allait subir un dommage, le délai d'une année pour intenter action en réparation du dommage aurait commencé à courir. La présence du créancier à la première assemblée des créanciers était une incombance dont le respect pouvait être déterminant pour la sauvegarde de prétentions de droit public ou privé élevées contre le failli. La première assemblée des créanciers s'étant tenue en date du 30

septembre 1999, le délai d'une année avait commencé à courir le lendemain, si bien que la décision de réparation de la CCGC était largement prescrite. L'ex-administrateur a encore expliqué que la CCGC connaissait bien le dommage dans la mesure où elle avait réclamé la somme de 36'210 fr. 30 en date du 22 juin 1999 déjà et qu'elle avait produit cette créance dans la faillite au mois d'octobre 1999.

21. Dans sa réplique du 15 novembre 2001, la CCGC a relevé que la jurisprudence précitée ne s'appliquait pas au cas d'espèce, puisqu'il aurait fallu qu'elle connaisse le dommage au moment de la première assemblée de créancier, ce qui n'avait pas été le cas. Le principe était qu'une caisse a normalement connaissance du dommage lors de la consultation de l'état de collocation ou lors de la suspension de la faillite faute d'actifs. Ce n'était que dans certains circonstances, non réalisées en l'occurrence, qu'il était admis que la connaissance du dommage survenait avant le dépôt de l'état de collocation, par exemple lors de la première assemblée des créanciers.

22. Le 16 juin 2003, l'ex-administrateur a fourni au Tribunal de céans (précédemment la Commission cantonale de recours en matière AVS/AI) un certain nombre de documents, soit la requête en sursis concordataire déposée par la Société le 4 juillet 1997, le jugement du TPI du 11 février 1998 octroyant le sursis, le rapport du commissaire au sursis ainsi que le procès-verbal de la 1ère assemblée des créanciers du 30 septembre 1999. Il n'avait cependant pas réussi à retrouver le document matérialisant le rapport sur l'état de la masse établi par l'administration.

23. Le 20 août 2003, le greffe du TPI a communiqué au Tribunal de céans le jugement du 15 juin 1999 refusant l'homologation du concordat proposé par la Société.

24. Le 14 juillet 2003, la CCGC a persisté dans ses conclusions.

25. Le 9 septembre 2003, le défendeur, amené à se déterminer à propos du jugement du TPI du 15 juin 1999 refusant d'homologuer le sursis concordataire, a relevé que ce dernier ne faisait que renforcer sa position puisqu'il démontrait à nouveau l'inaction dont avait fait preuve la CCGC tout au long de la procédure. Dès le 11 février 1998, cette dernière savait que la Société rencontrait de graves problèmes financiers puisque le TPI avait à cette date octroyé un sursis concordataire. Ensuite, le 15 juin 1999, le TPI avait refusé l'homologation du concordat et avisé les créanciers qu'ils pouvaient requérir la faillite sans poursuite préalable ce qui avait été fait vu le jugement de faillite du 8 juillet 1999. Dès lors, la CCGC avait une connaissance suffisante du dommage le 22 juin 1999 déjà, lors de la réclamation de la somme à la Société, ou à tout le moins le 8 juillet 1999, date du prononcé de la faillite. Le défendeur a persisté dans ses conclusions.

26. Appelée à se déterminer à ce propos, la CCGC a répondu le 1er octobre 2003 que l'homologation du concordat avait été refusée en raison du fait que la garantie que devait apporter la maison-mère de la Société n'avait pas été produite. Ce motif ne constituait pas encore un élément déterminant selon lequel elle aurait pu prévoir que la Société était insolvable, cela d'autant plus que seuls deux mois de cotisations étaient en cause, le solde échéant pendant la procédure concordataire. Cela étant, le délai d'une année pour rendre une décision en réparation n'avait commencé à courir que lors de la publication de l'état de collocation.

27. Pour le surplus, les faits et allégués pertinents des parties seront repris, en tant que besoin, dans la partie « en droit » ci-après.

## EN DROIT

1. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-vieillesse, notamment en ce qui concerne l'ancien art. 52 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (aLAVS). Désormais, la responsabilité de l'employeur est réglée de manière plus détaillée qu'auparavant à l'art. 52 LAVS et les art. 81 et 82 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (aRAVS) ont été abrogés. Le cas d'espèce demeure toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467 consid. 1). Les dispositions légales seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.

2.a Aux termes de l'art. 82 al.1 aRAVS, le droit de demander la réparation d'un dommage se prescrit lorsque la Caisse de compensation ne le fait pas valoir par une décision de réparation dans un délai d'une année à compter du moment où elle a eu connaissance du dommage et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter du fait dommageable. Contrairement à la teneur de cette disposition, il s'agit en l'occurrence d'un délai de péremption à considérer d'office (ATF 112 V 8, consid. 4c ; RCC 1986 page 493). Lorsque ce droit dérive d'un acte punissable soumis par le code pénal à un délai de prescription de plus longue durée, ce délai est applicable (art. 82 al. 2 aRAVS).

Le Tribunal fédéral des assurances (ci-après TFA) a posé le principe qu'une caisse de compensation a « connaissance du dommage » au sens de la disposition précitée, à partir du moment où elle doit reconnaître, en y prêtant l'attention qu'on est en droit d'attendre d'elle et en tenant compte de la pratique, que les circonstances ne lui permettent plus de recouvrer les cotisations, mais pourraient justifier une obligation de réparer le dommage (ATF 116 V 75,consid. 3b ; 113 V 181, consid. 2 ; 112 V 8, consid. 4d, 158 ; 108 V 52, consid. 5 ; RCC 1983, page 108). Le fait déterminant est donc de constater qu'il n'y a « rien dont on puisse tirer profit, rien à distribuer » (cf. FRITSCHE : « Schuldbetreibung und Konkurs II, 2ème éd., page 112) d'où résulte la perte de la créance de la Caisse.

Selon la jurisprudence, en cas de faillite, le dommage est en règle générale déjà suffisamment connu lorsque la collocation des créances est publiée, respectivement lorsque l'état de collocation (et l'inventaire) est déposé pour être consulté (ATF 126 V 444 consid. 3a, 121 V 236 consid. 4a, 119 V 92 consid. 3 et les références citées). La partie lésée peut toutefois, en raison de circonstances spéciales, acquérir la connaissance nécessaire avant le dépôt de l'état de collocation. Ainsi, selon la jurisprudence, on peut exiger d'une caisse qu'elle se fasse représenter à la première assemblée des créanciers, dès lors que son devoir de diligence lui commande de suivre l'évolution de la procédure de faillite (ATF 121 V 240 consid. 3c/aa et les références). S'il apparaît à ce moment-là déjà qu'elle subira un dommage, le délai d'une année commencera à courir. Même la connaissance d'un dommage partiel est suffisante pour faire partir le délai prévu par l'art. 82 al. RAVS (ATF 121 V 243 consid. 3c/bb). Le fait d'assister à la première assemblée des créanciers ou de s'y faire représenter est une incombance (ATF 126 V 450).

La procédure de sursis concordataire peut avoir des conséquences quant à la connaissance du dommage. Le Tribunal fédéral des assurances a jugé que dans l'éventualité du refus de l'homologation d'un concordat par abandon d'actif, on peut exiger d'une caisse de compensation créancière qu'elle se renseigne sur les motifs de ce refus et entreprenne, s'il y a lieu, les démarches nécessaires en vue de sauvegarder le délai de péremption. La caisse doit alors se montrer active et curieuse, à tout le moins à partir du jour où le dispositif du jugement de refus d'homologation est publié. En particulier, dans de telles circonstances, il incombe à l'administration de requérir sans délai l'édition du jugement, ce qui lui permettra de se faire une idée précise des risques qu'elle encourt, et de rendre au besoin une décision fondée sur l'art. 81 al. 1 RAVS afin de sauvegarder ses droits, quitte à réclamer au responsable la totalité du montant des cotisations restées impayées, moyennant cession de son droit à un dividende éventuel dans la faillite (VSI 1995

p. 172 sv. consid. 4c et arrêt cité). Il n'existe pas de motif sérieux de traiter différemment la situation où un sursis concordataire est révoqué et celle où l'homologation d'un concordat est refusée. En effet, ces procédures qui mettent en œuvre un appel aux créanciers et dans lesquelles les décisions sont rendues publiques, font apparaître un risque élevé de pertes pour la caisse de compensation en révélant l'existence à tout le moins possible d'une insolvabilité. Dans ces conditions, il se justifie d'exiger de la caisse qu'elle se montre active, cherche à obtenir les renseignements pour se faire une idée des risques menaçant sa créance et prenne les mesures ou décisions qui s'imposent pour sauvegarder ses droits (ATF 128 V 15 consid. 3b).

2.b En l'espèce, la CCGC aurait pu se rendre compte facilement en prenant connaissance du jugement de refus d'homologation du concordat du 15 juin 1999, publié dans la FAO, que la situation financière de la Société ne permettait pas le paiement intégral des cotisations sociales. Le jugement faisait en effet état du fait que la garantie pour le versement des fonds nécessaires au concordat, soit 500'000 fr., n'avait pas été fournie par l'administrateur de la Société, raison pour laquelle il se justifiait de refuser l'homologation (cf. pièce Tribunal de céans et pièce 5, fourre CIAM). En outre, la caisse avait la possibilité de consulter le rapport du commissaire au sursis produit dans la procédure, lequel précisait à la page 8 qu'en cas de faillite, « il n'y aurait aucun dividende pour les créanciers troisième classe, les créances 1ère classe n'étant pas entièrement désintéressées » (cf. pièce 3, fourre défendeur). Ainsi, avec un minimum d'attention et de curiosité, il lui aurait été possible de connaître l'état financier exact de la Société. Lorsque la faillite a été prononcée le 8 juillet 1999, la CCGC pouvait avoir une connaissance suffisante de son dommage, même partiel, pour être en mesure de prendre, à l'égard des responsables, une décision en réparation.

C'est encore le lieu de constater qu'au surplus, lors de la première assemblée des créanciers du 30 septembre 1999, l'Office a informé les créanciers de l'état de la masse conformément à l'art. 236 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (LP) ainsi que cela ressort du procès-verbal de l'assemblée (cf. pièce 5, fourre défendeur). Il était ainsi loisible à la CCGC d'en prendre connaissance encore à ce moment-là afin de pouvoir déterminer son dommage et prendre les précautions que cette situation imposait.

Au vu des ces éléments, force est de constater que le délai de péremption était écoulé lorsqu'elle a rendu sa décision le 20 mars 2001.

**PAR CES MOTIFS,**
**LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**
**Statuant conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ**

**A la forme :**

1. Déclare recevable la demande en mainlevée déposée le 16 mai 2001 par la CCGC dirigée contre Monsieur A_____;

**Au fond :**

2. Constate que la décision en réparation du dommage de la CCGC du 20 mars 2001 est intervenue tardivement, de sorte qu'elle est périmée ;

3. Rejette en conséquence la requête en mainlevée de l'opposition formée par Monsieur A_____ en date du 19 avril 2001 ;

4. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions ;

5. Condamne la CCGC à verser au défendeur la somme de Fr. 2'000.- de participation à ses frais et dépens ;

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

Le greffier :

Walid BEN AMER

La Présidente :

Juliana BALDE

La secrétaire-juriste : Flore PRIMAULT

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