RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1616/2002 **ATAS/145/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du mardi 16 mars 2004

2ème Chambre

En la cause

X_____ S.A., représentée par Me Pierre SCHIFFERLI en l'Etude duquel elle élit domicile

recourante

contre

FER – CIAM, CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES 98, rue de Saint-Jean à Genève

intimée

Siégeant : **Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Maya CRAMER, Juges.**

EN FAIT

1. La société Y_____ SA (ci-après : la société), société anonyme au capital social d'un million de francs, a été inscrite au Registre du commerce de Genève (ci-après : RC) le 6 mai 1993.

2. Le 28 juin 2001, la dissolution sans liquidation de la société a été publiée dans la Feuille officielle suisse du Commerce (ci-après : FOSC), par le fait que la X_____ SA (ci-après : la Banque) en avait repris l'actif et le passif.

3. Le 16 juillet 2001, la société a écrit à la Caisse interprofessionnelle d'assurance vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux nouvellement appelée Caisse interprofessionnelle d'assurance vieillesse et survivants de la Fédération des entreprises romandes (ci-après : la Caisse) qu'elle avait fusionné avec la Banque et que les salaires du personnel seraient payés jusqu'en juin 2001.

4. Elle lui demandait le formulaire permettant de finaliser les comptes au 30 juin 2001.

5. Le 26 juillet 2001, la Caisse a fait parvenir à la société une facture pour la période de janvier à juin 2001, laquelle était compensée par les acomptes versés.

6. Au mois de septembre 2001, la société a publié à trois reprises dans la FOSC un appel aux créanciers, la troisième publication ayant eu lieu le 7 septembre 2001. Il était instamment demandé aux créanciers de la société dissoute d'annoncer leurs prétentions à la Banque d'ici le 30 septembre 2001.

7. Le 13 décembre 2001, la Caisse a demandé à la société de remplir une déclaration de salaires pour les mois de juillet à décembre 2001, sur laquelle la société a confirmé qu'elle n'avait plus rien versé durant cette période.

8. Suite à un contrôle portant sur la période du 1er janvier 1997 au 28 juin 2001, effectué le 8 juillet 2002, la Caisse a établi un décompte rectificatif et réclamé à Y_____ SA par décision du 30 juillet 2002 la somme de 2'192 fr. 45 à titre de cotisations d'assurance-vieillesse et survivants encore dues après contrôle.

9. Par courrier du 29 août 2002 adressé à l'ancienne Commission cantonale de recours en matière d'AVS-AI (ci-après : la Commission), la Banque, qui avait

repris l'actif et le passif de la société Y_____ SA, a interjeté recours contre cette décision au motif que la créance était prescrite.

10. Par préavis du 30 septembre 2002, la Caisse a conclu à la confirmation de sa décision. Elle relevait qu'elle n'était pas tenue de procéder immédiatement au contrôle de la société dissoute et qu'il appartenait à l'employeur, en tant que premier organe d'exécution de l'assurance-vieillesse et survivants, de retenir la cotisation du salarié lors de chaque paiement de salaire et de la reverser en même temps que sa propre contribution à la caisse de compensation.

11. Le 30 octobre 2002, la Banque a conclu au déboutement de la Caisse de ses conclusions en paiement, au motif que celle-ci aurait dû procéder immédiatement au contrôle dès la communication de la cessation de l'entreprise et qu'elle avait laissé échoir le délai de production des créances publié dans la FOSC. La créance était donc prescrite.

12. La Caisse a confirmé sa position par courrier du 11 novembre 2002, sur quoi la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (ci-après : LOJ) a été modifiée et un Tribunal cantonal des assurances sociales a été institué dès le 1er août 2003 (art. 1er let. r LOJ). Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la LOJ, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi précitée et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales. La compétence du Tribunal de céans est dès lors établie pour trancher du présent litige.

2. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (ci-après : LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine des assurances sociales. Le cas d'espèce demeure toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel le juge des assurances sociales n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 127 V 467, consid. 1, 121 V 386,

consid. 1b ; cf. également dispositions transitoires, art. 82 al. 1 LPGA). Le présent litige sera en conséquence examiné à la lumière des dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (ci-après aLAVS) et du règlement l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (ci-après aRAVS) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.

3. S'agissant de la recevabilité formelle du recours, il sied de préciser que la qualité pour recourir contre cette décision appartient à la Banque absorbante, dans la mesure où les droits et obligations de la société dissoute lui ont été transférés par le seul fait de la fusion sans qu'aucune formalité particulière ne soit nécessaire à la transmission de chaque droit ou obligation en particulier. Le transfert est qualifié d'universel (PATRY, Précis de droit suisse des sociétés, Berne, 1977, p. 287).

   Déposé dans les forme et délai imposés par la loi, le présent recours est recevable à la forme (art. 84 aLAVS).

4. La recourante a absorbé la société Y_____ SA avec reprise de son actif et de son passif, conformément à l'art. 748 du Code des obligations (ci-après : CO). Cet article indique la procédure à suivre dans un tel cas de fusion, appelée fusion par absorption, qui a pour effet d'aboutir à une dissolution sans liquidation de la société reprise.

   Une telle dissolution sans liquidation n'entraîne pas la formation d'une masse qui servirait à désintéresser l'ensemble des créanciers sociaux. Les hypothèses visées par les art. 748 à 751 CO ont ceci de commun qu'elles supposent la disparition volontaire d'une société anonyme comme personne juridique, donc une décision de dissolution, mais que l'ensemble du patrimoine social est repris globalement par une autre entité, de sorte que la liquidation n'a pas lieu.

   Les créanciers de la société absorbée deviennent de plein droit créanciers de la société absorbante, sans reprise de dette contractuelle et sans effet novatoire. Ce transfert, comme celui des actifs, porte sur la totalité des passifs connus ou non, mentionnés ou non dans le contrat de fusion. Cette exception au principe selon lequel un créancier ne peut être contraint de changer de débiteur se justifie par le fait que les biens qui constituaient jusqu'ici le gage des créanciers passent au nouveau débiteur.

   L'art. 748 ch. 1 à 6 CO, institue en faveur des créanciers de la société absorbée un système d'administration séparée des patrimoines. Le conseil d'administration de la société absorbante doit adresser, dans les formes prévues pour la liquidation (art. 742 al. 2 CO), un appel aux créanciers de la société dissoute (art. 748 ch. 1). Il doit ensuite administrer séparément l'actif de la société dissoute jusqu'à ce que les

créanciers aient été payés ou aient reçu des sûretés si leur créance n'est pas échue (ch. 2).

L'art. 748 ch. 7 CO ne permet la radiation de la société qu'une fois les créanciers payés ou garantis. Si la plupart des auteurs soulignent que le maintien de l'inscription d'une société disparue n'a aucun sens, le Tribunal fédéral a estimé que rien ne permettait d'en écarter l'application (ATF 115 II 272 = SJ 1990 p. 1 ; Fiches juridiques suisses, RECORDON, La dissolution sans liquidation, 1993).

5. S'agissant du paiement d'un arriéré de cotisations, l'art. 39 al. 1er aRAVS dispose que si une caisse de compensation a connaissance du fait qu'une personne soumise à l'obligation de payer des cotisations n'a pas payé de cotisations ou n'en a payé que pour un montant inférieur à celui qui était dû, elle doit réclamer, au besoin par décision, le paiement des cotisations dues. La prescription selon l'art. 16 al. 1er LAVS est réservée.

Dans les cas de transfert de dette de cotisations, les Directives sur la perception des cotisations prévoient que quiconque reprend une entreprise avec actif et passif en communiquant la reprise aux créanciers ou en la faisant publier dans une feuille officielle devient débiteur des cotisations paritaires non versées par le prédécesseur. En cas de fusion de deux entreprises par reprise réciproque de l'actif et du passif, la nouvelle entreprise est, dès la publication, redevable des cotisations paritaires dues par les deux anciennes entreprises (n° 1050 et 1051).

Il sied de préalablement examiner examiner si la Caisse pouvait valablement notifier une décision de cotisation à la société absorbée, alors que cette dernière était en phase de dissolution sans liquidation.

La personnalité juridique est conférée aux sociétés par leur inscription au RC (art. 643 al. 1er, 764 al. 2, 783 al. 1er et 838 al. 1er CO), dans la mesure où il est indispensable que l'existence ou l'inexistence d'une personne morale puisse être établie de manière certaine.

Dans un cas de fusion par absorption, le processus d'inscription comprend deux étapes en ce qui concerne la société absorbée. Tout d'abord, l'inscription de sa dissolution, qui a pour effet de dissoudre la société absorbée, dans le sens où elle la fait disparaître, tout en la gardant inscrite au RC pour une raison de protection des créanciers (RUEDIN, Droit des sociétés, Berne, 1999, p. 410-411).

Par la suite, une fois que l'appel aux créanciers a été réalisé et que ceux-ci ont été désintéressés ou ont reçu une garantie, la société est radiée du RC (art. 748 ch. 7 et 914 ch. 7 CO).

La question qui se pose est donc de savoir à quel moment la société perd sa personnalité juridique et ne peut plus, de ce fait, faire l'objet d'une décision.

S'agissant par exemple de cotisations impayées dont le montant n'a pu être établi qu'après l'ouverture de la faillite, la jurisprudence du Tribunal fédéral admet qu'en principe l'employeur ne peut plus être recherché dans une telle hypothèse (ATFA non publié du 28 avril 1993 en la cause H 161/92, consid. 5c).

Selon un autre arrêt du Tribunal fédéral, le moment de la cessation de l'existence juridique de la société absorbée intervient lors de l'inscription des décisions de fusions au RC et non pas déjà au moment où le patrimoine de la société absorbée passe à la société absorbante. (ATF 108 Ib 450, consid. 4).

Le Tribunal fédéral précise d'ailleurs expressément dans cet arrêt que dans le cas d'une fusion par absorption, la société perd sa personnalité juridique au moment de l'inscription des décisions de fusion au RC, et cela bien que la radiation formelle de la société du RC n'intervienne que plus tard.

6. En l'espèce, il ressort de l'extrait du RC concernant Y_____ SA que l'inscription de sa dissolution par le fait que la Banque en ait repris l'actif et le passif a eu lieu le 28 juin 2001, le délai pour la production des créances était fixé au 30 septembre 2001 et que la société a été radiée du RC le 12 novembre 2002.

   La décision de cotisation, datée du 30 juillet 2002, a été notifiée à la recourante en date du 5 août 2002, soit plus d'un an après l'inscription au RC des décisions de dissolution de la société en cause.

   Ayant à ce moment-là perdu sa personnalité juridique, cette personne morale ne pouvait plus faire l'objet d'une décision.

   A noter pour le surplus que les publications dans la FOSC indiquaient déjà expressément que les prétentions des créanciers devaient être adressées à la Banque et non à la société absorbée.

   Au vu de ce qui précède, il sera constaté d'office que la décision de reprise de cotisations du 30 juillet 2002 est nulle.

7. Le recourant, qui obtient gain de cause, a droit à des dépens à titre de participation à ses frais ainsi qu'à ceux de son mandataire qui seront fixés en l'espèce à 1'000 fr.

* * *

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 le recours recevable.

Au fond :

2. Constate la nullité de la décision de cotisation prise par la Caisse interprofessionnelle d'assurance vieillesse et survivants de la Fédération des entreprises romandes le 30 juillet 2002 à l'encontre d'Y_____ SA.

3. Condamne la FER - CIAM à verser à la recourante, à titre de dépens, la somme de 1'000 fr.

4. 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 :	La Présidente :
Pierre RIES	Isabelle DUBOIS

Le secrétaire-juriste : Marius HAEMMIG

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