RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1617/2002 **ATAS/146/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du

2ème Chambre

En la cause

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

contre

SIRAF - CAISSE D'ALLOCATIONS FAMILIALES ET D'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 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 d'allocations familiales de la Caisse interprofessionnelle d'assurance vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux nouvellement appelée Caisse d'allocations familiales de la 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.

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

4. 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.

5. 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 indiqué qu'elle n'avait plus rien versé durant cette période.

6. Suite à un contrôle portant sur la période 1998 à 2000, effectué le 8 juillet 2002, la Caisse a établi un décompte rectificatif et réclamé à la société par décision du 30 juillet 2002 la somme de 238 fr. 70 à titre de cotisations d'allocations familiales encore dues après contrôle.

7. Par courrier du 29 août 2002 adressé à l'ancienne Commission cantonale de recours en matière d'allocations familiales (ci-après : la Commission), la Banque, qui avait repris l'actif et le passif de la société, a interjeté recours contre cette décision au motif que la créance était prescrite.

8. Par préavis du 30 septembre 2002, la Caisse a conclu du 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 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.

9. 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 Feuille officielle suisse du commerce. La créance était donc prescrite.

10. 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 du 14 novembre 2002 modifiant la loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (ci-après : LOJ) est entrée en vigueur le 1er août 2003 et un Tribunal cantonal des assurances sociales a été institué, statuant en instance unique, notamment sur les contestations prévues à l'art. 38 de la loi cantonale sur les allocations familiales du 1er mars 1996 (ci-après : LAF ; cf. art. 1 let. r et 56V al. 2 let. e LOJ).

   Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires de la LOJ, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'allocations familiales ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales.

   Le Tribunal de céans est ainsi compétent pour juger du cas d'espèce.

2. 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 que des formalités particulières soient nécessaires 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. 38 al. 1er LAF).

3. 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).

S'agissant du paiement d'un arriéré de cotisations, l'art. 39 al. 1er aRAVS (applicable par renvoi de l'art. 30 al 1er LAF) 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).

4. Il sied préalablement d'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 Registre du commerce (ci-après : 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 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.

5. 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.

6. 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 500 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 d'allocations familiales de 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 SIRAF à verser à la recourante, à titre de dépens, la somme de 500 fr.

Le greffier :

Pierre RIES

La Présidente :

Isabelle DUBOIS

Le secrétaire-juriste : Marius HAEMMIG

Copie conforme du présent arrêt est communiqué pour notification aux parties par le greffe