RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1651/2002/2/AVS **ATAS/843/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

2ème chambre

du mardi 26 octobre 2004

En la cause

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, 54, rte de Chêne à Genève — demanderesse

contre

Messieurs F_____ et M_____, comparant avec élection de domicile par Me Alexandre BERNEL, avocat en l'étude duquel ils élisent domicile — défendeurs

(ex-organes de la société X_____ SA, faillie)

Siégeant : Mme Isabelle Dubois, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Karine STECK juges.

EN FAIT

1. La société X_____ SA a été inscrite au registre du commerce du canton de Genève en avril 1996 avec comme but la production et la distribution de systèmes multimédias permettant de fabriquer le compact-disc à la demande. Elle a été affiliée dès cette date auprès de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION (ci-après la caisse) pour son personnel salarié, jusqu'à fin 1999.

2. En date du 5 avril 2000, la société a sollicité l'octroi d'un sursis concordataire. Par jugement du 11 avril 2000, le Tribunal de première instance (ci-après TPI) a accordé un sursis provisoire de deux mois, jusqu'au 12 juin 2000, et nommé un commissaire provisoire en la personne de Me MATHEY. Une publication de cette décision a été faite dans la FAO du 8 mai 2000.

   Suite au rapport du commissaire, préavisant négativement l'octroi d'un sursis concordataire vu l'endettement de la société, l'absence totale de rentrée d'argent et l'incapacité de la société mère de s'acquitter de ses dettes envers sa filiale, le Tribunal a rejeté la requête de sursis concordataire, par jugement du 27 juin 2000.

   Ce jugement a été confirmé par arrêt de la Cour de justice du 21 septembre 2000.

3. Par jugement du 31 octobre 2000, le Tribunal de première instance a prononcé la faillite de la société, publiée dans la FAO le 17 novembre 2000. La procédure de faillite a été suspendue pour défaut d'actifs, selon publication dans la FAO du 21 février 2001.

4. A cette date, la société était débitrice d'un montant de cotisations arriérées de 164'292 fr. 35, correspondant au solde des cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC de 1998, soit 58'858 fr. 35, et 1999, soit 105'344 fr. y compris les intérêts moratoires, frais de poursuite et taxes de sommation.

5. Par décisions datées du 16 janvier 2002, la caisse a réclamé la réparation de son dommage à Monsieur F_____, administrateur-président avec signature collective à deux depuis le 30 avril 1996, et M_____, administrateur-secrétaire avec signature collective à deux, dès la même date (ci-après les défendeurs).

6. Les défendeurs ont fait opposition respectivement les 11 et 12 février 2002.

7. La caisse a introduit en date du 7 mars 2002 une action en réparation du dommage, demandant la mainlevée des oppositions formées par les défendeurs.

8. Dans leur réponse commune du 13 mai 2002, les défendeurs concluent au rejet de l'action avec suite de dépens. Ils contestent, préalablement, le décompte sur lequel

l'action est basée, alléguant notamment avoir fait des versements qui n'ont pas été pris en compte par la Caisse. Ils contestent, à titre principal, avoir commis une négligence grave. Au moment où les cotisations ont été impayées, l'absence de liquidité était passagère, selon les explications même de la société mère, et de nombreux engagements de payer avaient été pris par des investisseurs solides.

9. Vu la modification de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire, la procédure a été transmise d'office au Tribunal de céans, avec effet au 1er août 2003.

10. Le Tribunal s'est adressé à la Caisse par pli du 23 septembre 2003, en la priant d'actualiser, cas échéant, son dommage et de répondre aux allégations des défendeurs relatifs au décompte. La caisse a répondu par pli du 22 octobre 2003, et les défendeurs ont persisté à nier toute responsabilité, par courrier du 26 novembre 2003.

11. Le Tribunal a procédé à une audience de comparution personnelle des parties. Plusieurs fois renvoyée à la demande du conseil des défendeurs, l'audience a eu lieu en date du 11 mai 2004. Les parties se sont expliquées au sujet du décompte. La question relative au sursis concordataire devait être éclaircie, et la tenue d'une audience de comparution des mandataires a été prévue.

12. Par pli du 17 juin 2004, les défendeurs ont pris des conclusions en irrecevabilité de l'action de la Caisse pour péremption de l'action. Ils ont produit la copie du jugement du TPI du 27 juin 2000, et considèrent que la Caisse aurait dû déduire de l'absence de toute autre publication avant celle de la faillite en novembre que le concordat avait échoué.

13. Lors de l'audience du 22 juin 2004, les défendeurs ont sollicité de la Caisse qu'elle produise toute correspondance ou note relative aux contacts qu'elle avait pu avoir avec le commissaire au sursis. Un délai a été fixé au 31 juillet 2004 pour détermination sur la recevabilité, la cause devant être gardée à juger sur cette question.

14. Par écriture du 19 juillet 2004, la Caisse a indiqué que le jugement du TPI avait fait l'objet d'un appel, et que le sort de celui-ci devait être connu. Par ailleurs, le fond de l'affaire, notamment l'examen de la situation financière de la société, n'avait pas été examiné par le TPI, de sorte que la Caisse ne pouvait a fortiori pas être éclairée sur la question au moment du jugement. En outre, le rejet du sursis n'avait pas été publié.

15. Les défendeurs ont demandé la prolongation du délai accordé, ce qui fut fait au 27 août 2004, ainsi que la production de l'arrêt de la Cour de justice.

16. Par ordonnance du 23 août 2004, le Tribunal a transmis aux parties copie de l'arrêt de la Cour de justice du 21 septembre 2001, prolongé le délai pour détermination

sur la recevabilité de l'action de la Caisse au 13 septembre 2004, et dit que la cause serait gardée à juger sur cette question à cette date.

14. Les parties se sont déterminées par écritures des 10 et 13 septembre 2004.

    La Caisse considère que, n'ayant pas reçu d'informations de la part du commissaire au sursis ni de la société, et le rejet de la demande de sursis n'ayant pas été publié, elle ne pouvait pas avoir connaissance du dommage, ce d'autant plus que ni le TPI ni la Cour ne se sont prononcés « sur le fond ». Ainsi la jurisprudence fédérale relative au refus d'homologation d'un concordat ne s'appliquerait pas ici.

    Au contraire, les défendeurs considèrent que la Caisse, vu la publication du sursis provisoire de deux mois, devait s'attendre à ce qu'une décision soit prise au terme de ce délai. Elle devait donc se renseigner, soit auprès du commissaire au sursis, soit de l'office des faillites ou du juge saisi. D'ailleurs elle avait connaissance de ce devoir puisqu'elle a demandé des nouvelles au commissaire au sursis en date du 23 mai 2000. Dès la connaissance de l'arrêt de la Cour, ou au plus tard dès la fin de l'année 2000, le délai annal de l'art. 82 RAVS a commencé de courir, de sorte que ses décisions du 16 janvier 2002 seraient clairement tardives.

15. Le Tribunal a adressé aux parties, par pli du 21 septembre 2004, copie de ces écritures, en les informant que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

   Statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 1er juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (ATF 130 I 226).

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch.1 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946.

Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. 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 la modification de nombreuses dispositions dans le domaine des assurances sociales. Selon la jurisprudence, la législation applicable en cas de changement de règles de droit reste celle qui était en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 166 consid. 4b), les faits sur lesquels le tribunal de céans peut être amené à se prononcer dans le cadre d'une procédure de recours étant par ailleurs ceux qui se sont produits jusqu'au moment de la décision administrative litigieuse (ATF 121 V 366 consid. 1b). Aussi le cas d'espèce reste-t-il régi par la législation en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.

4. L'article 82 RAVS prévoit à son alinéa 1 ce qui suit : " 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 l'année après qu'elle a eu connaissance du dommage et, en tout cas, à l'expiration d'un délai de 5 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 (RCC 1987, page 607, et RCC 1986 page 493). 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 page 75, RCC 1983 page 108).

   En cas de faillite, la connaissance du dommage ne remonte pas, sauf circonstances particulières, au jugement ordonnant la faillite, mais au moment où la collocation des créances lui est notifiée ou au moment où l'état de collocation et l'inventaire ont été déposé et peuvent être consultés (cf. ATF 119 V page 92; RCC 1990, page 415), et, lorsque la liquidation de la faillite est suspendue pour défaut d'actifs, le dommage est réputé survenu lors de la publication de la liquidation de la faillite (soit la publication de la suspension ; cf VSI 6 2003, page 435 et suivantes), car c'est à ce moment que la faillite est déclarée infructueuse de manière officielle (cf. également RCC 1990, page 302, et RCC 1978, page 260). Cependant, lorsqu'un concordat par abandon d'actifs est refusé par le juge, la Caisse ne peut se contenter d'attendre la liquidation ou la suspension, elle doit se renseigner sur les motifs du refus d'homologation et entreprendre les démarches nécessaires à la sauvegarde du délai annal (cf. VSI 1995 p. 169 ; ATAS 1334/01/4 du 31.03.04). De même en cas de révocation d'un sursis concordataire : la Caisse doit se monter active et curieuse, et demander qu'une copie du jugement lui soit remise, de façon à prendre

connaissance des motifs de la révocation. 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). De façon générale, elle doit suivre l'évolution de la procédure de faillite. C'est ainsi que le TFA a jugé que dans les semaines qui suivent la publication de la décision de révocation du sursis, la Caisse peut avoir une connaissance suffisante de son dommage - même partiel - pour prendre à l'égard des anciens organes la décision en réparation qui s'impose (cf. ATFA 128 V 15).

5. Dans le cas d'espèce, seul un sursis provisoire de deux mois, soit jusqu'au 12 juin 2000, a été accordé à la société. Cette décision a été publiée le 8 mai 2000. Parce qu'aucune publication n'a suivi, jusqu'à celle de la faillite, la Caisse en déduit qu'elle ne pouvait avoir connaissance de son dommage avant la suspension de la faillite. Tel n'est cependant pas l'avis du Tribunal. D'une part, vu la durée déterminée du sursis provisoire, il n'y avait pas à en publier la fin ; seul l'octroi du sursis réclamé aurait été, cas échéant, publié. Le juge constatant cependant, au vu du rapport du commissaire, qu'il n'y avait aucune chance que la société puisse proposer un concordat et l'honorer, il a refusé le sursis, de sorte qu'au 13 juin le sursis est tout simplement devenu lettre morte. La caisse, à la publication du sursis provisoire, a interpellé le commissaire par lettre du 23 mai 2000, lui demandant de la tenir informée. Elle était donc consciente de son obligation de suivre la procédure, mais s'est contentée d'attendre des nouvelles du commissaire, qui ne sont pas venues, vu ce qui précède, et la fin du sursis au 12 juin 2000. Eut-elle agendé cette affaire à la fin du délai et interpellé à ce moment soit le commissaire, soit le juge, soit l'office des faillites, elle aurait eu connaissance du jugement du TPI du 27 juin 2000. Conformément à la jurisprudence susmentionnée, elle en avait l'obligation, et aurait pu et dû alors demander une copie du jugement, et s'enquérir de son caractère exécutoire et définitif. Elle aurait eu alors connaissance de la procédure d'appel, et par conséquent de son sort, selon arrêt de la Cour de justice du 21 septembre 2000. Comme l'allèguent les défendeurs, il faut donc retenir que, en automne 2000, elle aurait pu et dû avoir connaissance de son dommage. Il est par ailleurs inexact de dire que ces décisions judiciaires n'auraient rien amené sur le plan de la présente action, au motif que les juges ne seraient pas entrés en matière « sur le fond ». Au contraire, on peut constater que la situation financière de la société était claire, étayée par le rapport du commissaire, et qu'il en résultait qu'aucun revenu n'entrait plus dans la société, que les fonds promis n'étaient pas et ne seraient versés, et que la société mère, endettée, n'avait pas les moyens de verser ce qu'elle devait à la société. Enfin, à la publication de la faillite, le 17 novembre 2000, plus aucun doute n'était permis sur le sort du concordat. N'ayant pas réagi plus tôt et n'ayant aucune nouvelle du commissaire au sursis, la Caisse aurait dû se renseigner au moins à ce moment-là et aurait eu alors connaissance des faits rappelés ci-dessus.

En conséquence, lorsque la Caisse notifia ses décisions en réparation du dommage, le 16 janvier 2002, son action était déjà périmée, de sorte que la demande de mainlevée doit être rejetée, bien que recevable à la forme (art. 81, al. 3 RAVS).

6. Les défendeurs, qui obtiennent gain de cause ont droit à des dépens (art. 89H al. 3 LOJ), qui seront fixés en l'espèce, vu la pluralité des défendeurs mais leur défense commune, à 2'500 fr.

***

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

1. Déclare recevable l'action en responsabilité déposée par la caisse le 7 mars 2002 à l'encontre de Messieurs F_____ et M_____.

2. La rejette.

3. Condamne la Caisse au paiement d'une indemnité en faveur des défendeurs de 2'500 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 plis 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 quelle 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 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:

Pierre Ries

La Présidente :

Isabelle Dubois

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