

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1259/2005

ATAS/792/2005

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 4

du 14 septembre 2005

En la cause

Monsieur R_____, représenté par Maître ZUFFEREY
Georges, en l'Etude duquel il élit domicile

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,
route de Chêne 54, 1208 GENEVE

intimée

**Siégeant : Mme Juliana BALDE, Présidente; Mmes Doris WANGELER et Isabelle
DUBOIS, Juges**

EN FAIT

1. Monsieur R _____, viculteur, emploie des personnes saisonnières pour les effeuilles et les vendanges. Il est affilié auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la caisse) depuis 1978.
2. Par lettre-circulaire du 19 juin 1997, la caisse avait informé les milieux agricoles et viticoles des modifications réglementaires dans le domaine de l'assujettissement et de la perception des cotisations paritaires dès le 1^{er} janvier 1997, notamment du fait que les salariés exécutant des travaux saisonniers et dont la durée de séjour en Suisse n'excède pas huit semaines par année ne pouvaient plus être exemptés de l'AVS et que les salaires étaient désormais soumis à cotisations. Cependant, en accord avec l'OFAS, les rémunérations représentant le produit d'une activité accessoire et n'excédant pas 2'000 fr. par année civile pouvaient être exclues du revenu soumis à cotisation non seulement lorsque l'activité principale est exercée en Suisse, mais également si elle l'est à l'étranger. Le salarié peut demander à être exonéré ; l'exonération ne sera possible que si le salarié a réellement une activité principale à l'étranger et s'il donne son consentement.
3. Le 9 octobre 2000, la caisse a informé l'intéressé qu'une nouvelle procédure applicable au paiement des cotisations paritaires entrera en vigueur en janvier 2001 : la généralisation de la procédure par acomptes forfaitaires. L'intéressé était invité à communiquer la masse salariale prévisible pour l'année suivante. En décembre 2001, la caisse a adressé aux employeurs une lettre-circulaire et a joint en annexe diverses informations relatives au traitement des attestations annuelles de salaires.
4. Suite à un contrôle d'employeur effectué en 2004, la caisse a constaté que des rémunérations de 88'430 fr. en 2001 et 130'000 fr. en 2002 avaient été versées à des personnes lors des effeuilles et des vendanges. Par décision du 2 novembre 2004, la caisse lui a réclamé le paiement de la somme de 740 fr. 55, représentant un complément de cotisations à l'assurance-maternité, ainsi que, par décision du 3 novembre 2004, un complément de cotisations paritaires AVS/AI/APG/AC de 32'407 fr. 60. Enfin, par décision du 3 novembre 2004, le Service cantonal des allocations familiales de la caisse a réclamé le paiement de la somme de 4'413 fr. 75, à titre de contributions au régime des allocations familiales.
5. Représenté par la Fiduciaire X _____, l'intéressé a formé opposition le 30 novembre 2004, alléguant que les reprises concernent du personnel qui fait les effeuilles durant les mois de juin et juillet, sans dépasser le salaire annuel de 2'000 fr. Le 21 décembre 2004 et le 19 janvier 2005, l'intéressé a remis à la caisse des factures attestant de rémunérations versées pour l'année 2001 pour un total de 31'480 fr. ainsi que des factures relatives à des rémunérations versées en 2002 pour 33'340 fr.

6. Par décision du 11 mars 2005, la caisse a rejeté l'opposition, au motif que l'intéressé n'avait pas établi que les revenus en cause étaient des gains accessoires, ni le montant exact versé à chaque ouvrier. Au surplus, le consentement des salariés n'avait pas été requis. L'intéressé a été invité à verser à la caisse le montant total de 37'561 fr. 90.
7. Monsieur R_____, représenté par Me Georges ZUFFEREY, a interjeté recours le 22 avril 2005. Il allègue que les courriers de la caisse des 9 octobre 2000 et de décembre 2001 ne donnaient aucune indication sur les employés dont la rémunération annuelle est inférieure à 2'000 fr. Les personnes qu'il engage pour les effeuilles et les vendanges sont souvent des étudiants ou des étrangers dont la rémunération annuelle est inférieure à 2'000 fr. Il soutient que la caisse était au courant qu'il engageait des personnes pour les effeuilles et les vendanges et lui reproche de ne pas lui avoir donné d'information au sujet des conditions de la renonciation au prélèvement des cotisations. Il fait valoir que les factures produites démontrent que la rémunération est inférieure à 2'000 fr. par année, déduction faite des frais de voyage de 200 fr. et que les salariés étaient informés, par affichage, qu'il ne retirait pas les cotisations, de sorte que leur silence valait consentement. Il conclut à l'annulation de la décision.
8. Dans sa réponse du 24 mai 2005, la caisse rappelle que le recourant avait été informé des possibilités d'exonération. Quant à l'accord du salarié, le fait que l'employeur affiche une information sur un panneau n'est pas suffisant, l'employé devant donner son accord écrit. Les pièces produites par le recourant ne mentionnent pas l'abandon des cotisations. La caisse se réfère à sa décision et conclut au rejet du recours.
9. Par réplique du 21 juin 2005, le recourant allègue ne pas se souvenir avoir reçu le courrier de la caisse de juin 1997. Il fait aussi valoir que si la caisse avait respecté son obligation de contrôle, il aurait pu agir en conséquence. Il persiste dans ses conclusions.
10. Ces documents ont été transmis à la caisse, qui a maintenu sa position.
11. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} 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.

2. Conformément à l'art. 56V LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 – LAVS.

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

3. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du 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, 126 V 136 consid. 4b et les références). Dans la mesure où les cotisations réclamées portent sur des rémunérations versées en 2001 et 2002, les dispositions légales en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 sont applicables et seront citées dans leur teneur en vigueur à cette date.

En revanche, en ce qui concerne la procédure, et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit s'applique sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b).

Déposé dans les forme et délai imposés par la loi, le présent recours est recevable (cf. art. 56 et 60 LPGA).

4. Selon l'art. 5 al. 5 LAVS et 8bis RAVS, les rémunérations versées pour une activité accessoire n'excédant pas 2'000 fr. par an peuvent, d'un commun accord entre employeurs et employés, être exonérées du revenu soumis à cotisations.

Le gain accessoire présuppose une activité lucrative principale (cf. ATF 113 V 241 ; VSI 2000 p. 46). Jusqu'à preuve du contraire, les revenus versés notamment à des journaliers et à des auxiliaires de l'agriculture ne sont pas considérés comme gains accessoires (cf. ch. 2109 des Directives de l'OFAS sur la perception des cotisations – DP).

L'abandon du prélèvement des cotisations est facultatif et présuppose le consentement de l'employeur et du salarié. L'employeur qui veut renoncer à prélever les cotisations doit préalablement requérir le consentement de la caisse de

compensation et lui présenter le texte remis au salarié, dans la mesure où un formulaire de la caisse n'est pas utilisé (cf. ch. 2118 et 2115 DP). L'employeur peut donner son consentement général pour tous les salariés de l'entreprise ou ne faire la déclaration d'abandon que de cas en cas. Il doit informer les salariés de son intention.

Le consentement du salarié doit être donné par écrit et peut être révoqué en tout temps. Le consentement n'est valable que si celui-ci a été rendu par écrit attentif aux conséquences du non-paiement des cotisations (cf. ch. 2120 – 2121 DP). Un consentement tacite n'est admissible que dans le cas où la rétribution est versée au salarié par un tiers (p. ex. la poste) et si l'employeur fait savoir à chacun des salariés lors de chaque paiement (sur le coupon postal) qu'il admet l'abandon des cotisations si le salarié ne réclame pas explicitement le prélèvement de celles-ci dans un certain délai ; dans ce cas, le silence du salarié vaut consentement, mais le salarié doit avoir été informé préalablement par écrit des conséquences de son consentement (cf. ch. 2123 DP).

5. En l'espèce, il résulte des pièces du dossier que le recourant avait utilisé un formulaire établi par l'intimée pour les années 2000 à 2002, intitulé « renonciation au prélèvement des cotisations sur les rétributions versées par l'employeur qui représentent le produit d'une activité accessoire n'excédant pas 2'000 fr. ».

Le Tribunal de céans constate en premier lieu que le caractère accessoire des rémunérations n'a pas été établi, ni par l'employeur, ni par ses employés. De surcroît, le recourant n'a pas requis le consentement des salariés, ni attiré leur attention, par écrit, sur les conséquences du non-paiement des cotisations, tel que le formulaire le mentionne expressément. Il ne saurait en conséquence invoquer un manque de renseignement. Enfin, un consentement tacite ne saurait non plus être admis en l'espèce ; en effet, à supposer qu'il ait effectivement affiché une information quant au non-prélèvement des cotisations, les documents produits par le recourant démontrent qu'il a versé des rémunérations en mains propres aux employés, contre quittance, sans aucune indication quant à l'abandon des cotisations, ni fixation de délai dans lequel le salarié pourrait réclamer expressément le prélèvement de celles-ci.

Force est de constater que les conditions cumulatives nécessaires à l'abandon des cotisations ne sont pas remplies, de sorte que la caisse était en droit de percevoir les cotisations sur les rémunérations en cause. Le recours, mal fondé, doit être rejeté.

**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. Le rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
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 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 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

Walid BEN AMER

Juliana BALDE

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