

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1724/2002

ATAS/596/2004

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 20 juillet 2004

1ère Chambre

En la cause

X _____ **Sàrl (faillie), soit pour elle Madame**
P _____,

recourante

contre

CAISSE DE COMPENSATION GASTROSUISSE,
domiciliée Heinrich Wirri-Strasse 3 à Aarau

intimée

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mmes Karine STECK et Juliana BALDE, Juges

EN FAIT

1. La société à responsabilité limitée, X_____ Sàrl, ayant pour but l'exploitation de cafés-restaurants ou bars, a été inscrite au Registre du commerce de Genève le mai 1998. Elle a été dissoute par décision de l'assemblée générale du 25 février 2003. Sa faillite a été prononcée par jugement du Tribunal de première instance du 17 juin 2003.
2. Par courrier du 19 janvier 2001, la CAISSE DE COMPENSATION GASTROSUISSE (ci-après la Caisse) a fixé les acomptes trimestriels dus par la société pour l'année 2001 à 1'850 fr. pour les premier et deuxième trimestres et à 1'650 fr. pour les troisième et quatrième trimestres, soit un montant total de 7'000 fr., d'après une somme de salaires annuels de 55'200 fr., selon les indications de la société.
3. Le 6 mai 2002, la Caisse a établi le décompte annuel sur la base du carnet des salaires 2001. Le total des cotisations d'assurances sociales s'élevait à 23'090 fr. 05, duquel il a été déduit les cotisations facturées de 7'000 fr., de sorte que la différence due par la société se montait à 16'090 fr. 05, plus intérêts moratoires de 44 fr. 65 - calculés du 1er janvier 2002 au 5 février 2002 -, soit une somme de 16'134 fr. 70.
4. L'encaissement des quatre acomptes provisionnels de l'année 2001 a dû être requis par voie de poursuites. Suite à l'octroi d'un sursis de vente des biens saisis, la débitrice a amorti une partie de ces poursuites par l'intermédiaire de l'Office des poursuites Rive-Droite, ainsi que l'atteste le relevé de compte du 4 novembre 2002.
5. Le délai de paiement de trente jours à compter de la facturation du décompte annuel de 16'134 fr. 70 n'ayant pas été respecté, la Caisse a envoyé, le 13 juin 2002, un premier rappel à la société débitrice.
6. Faute de versement en temps utile, une nouvelle poursuite a dû être engagée et donné lieu à la notification du commandement de payer No 02 243502 k du 2 août 2002. Le montant réclamé était de 16'257 fr. 40, soit de 16'134 fr. 70, augmenté des frais de rappel de 50 fr. et des intérêts moratoires de 72 fr. 20 - calculés du 7 mai au 3 juillet 2002.
7. Cet acte de poursuite ayant été frappé d'opposition, la caisse a notifié à la société une décision de cotisations du 25 septembre 2002, valant aussi décision de mainlevée définitive, dans laquelle elle requérait le paiement du décompte annuel de 16'134 fr. 70, auquel s'ajoutait les frais de rappel, de poursuite et les intérêts moratoires échus, à savoir un montant total de 16'357 fr. 40.

-
8. Le 30 septembre 2002, Madame P_____, associée, a interjeté recours pour le compte de cette dernière contre ladite décision, auprès de la Commission de recours AVS/AI (ci-après la CRAVS), soutenant qu'il devait être imputé sur le montant réclamé de 16'357 fr. 40 les sommes qu'elle avait déjà acquittées auprès de l'Office des poursuites Rive-Droite, du moment qu'elle leur versait des mensualités. Elle priait la CRAVS de requérir dudit office les informations utiles à cet égard. Par ailleurs, le montant d'allocations familiales de 1'540 fr., qui avait été déduit du total des cotisations d'assurances sociales, n'était, d'après elle, pas correct. En effet, elle relevait qu'elle aurait dû recevoir, à raison de 200 fr. par enfant, la somme de 4'800 fr. pour l'année considérée, puisqu'elle avait deux filles de sept et cinq ans.
 9. Par courrier du 3 octobre 2002, la CRAVS a rappelé à la recourante qu'elle n'était pas compétente s'agissant des primes d'assurance-maladie et d'assurance-accident et l'a invitée, à cet égard, à s'adresser au Tribunal Administratif, si ces points devaient, cas échéant, être également contestés.
 10. Par préavis du 4 novembre 2002, la Caisse a conclu au rejet du recours et à la confirmation de sa décision du 25 septembre 2002. S'agissant du décompte annuel réclamé, elle a rappelé les faits à l'origine de la décision de cotisations et relevé, concernant les allocations familiales bonifiées de 1'540 fr., qu'elles correspondaient aux montants inscrits sur la feuille de salaires de Monsieur P_____, l'époux de l'associée, soit à 7 (mois) x 220 fr. Elle a par ailleurs signalé que, selon la feuille de salaire, celui-ci aurait cessé son activité au bar à café « Y_____ » le 22 août 2001, et que si la recourante entendait faire valoir la bonification d'allocations familiales pour la période subséquente, soit jusqu'au 31 octobre 2001 – le droit aux allocations familiales ayant été reconnu à son épouse dès cette date –, il appartenait à l'employeur de Monsieur P_____ de lui certifier les avoir effectivement versées au moyen d'une quittance signée par ce dernier.
 11. La faillite de la société a été prononcée par jugement du Tribunal de première instance du 17 juin 2003.
 12. Par courrier du 24 mai 2004, le Tribunal de céans a prié la Caisse de lui faire savoir quels montants lui avaient été versés jusqu'alors par la recourante par l'intermédiaire de l'Office des poursuites et des faillites.
 13. Le 2 juin 2004, la Caisse a produit une liste des paiements effectués par l'Office des poursuites sur le compte de la société débitrice et conclu, s'appuyant sur ladite liste, qu'« aucun acompte ne peut être imputé sur la décision attaquée », de sorte que le montant de 16'357 fr. 40 restait dû.
 14. Derechef interrogé par le Tribunal de céans, la Caisse a apporté, par courrier du 23 juin 2004, des éclaircissements au sujet de son précédent courrier. Elle a en substance expliqué que les versements effectués par le biais de l'Office des
-

poursuites, qui apparaissaient sur le relevé des paiements du 2 juin 2004, étaient affectés uniquement aux acomptes trimestriels, de sorte que le solde réclamé dans la décision de mainlevée du 25 septembre 2002 restait, quant à lui, impayé.

EN DROIT

1. a) 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 (art. 1 let. r LOJ).

Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après TA) a constaté d'office la nullité de l'art. 1 let. r LOJ, considérant que le TCAS avait été créé en violation de l'art. 131 de la Constitution genevoise - Cst GE -.

- b) Force est de constater que cette conclusion ne saurait lier le tribunal de céans, aux motifs suivants :
- elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, et non ses motifs. L'autorité de la chose jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ; Knapp, Précis de droit administratif, 4ème édition, 1991, p. 248 ss ; Habscheid, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313 et ss.).
 - l'autorité de la chose jugée ne vaut quoi qu'il en soit que pour les moyens que le tribunal pouvait examiner (cf. Knapp, op. cit. p. 251). Or, il apparaît en l'espèce douteux que le TA devait, et même pouvait, à l'occasion d'un recours interjeté pour violation des droits politiques contre un arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de l'élection des juges assesseurs au TCAS, contrôler la constitutionnalité de la loi instituant cette juridiction.
 - une loi inconstitutionnelle ne saurait être déclarée nulle. Seul, l'acte pris en application de celle-ci est annulable (cf. Jean-François Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, vol. I, 1991, p. 178, note 430). Il convient au surplus de relever qu'un tribunal se doit en règle générale d'agir avec retenue, plus particulièrement lorsque les conséquences de l'annulation bouleverseraient tout un régime juridique (ATF 112 Ia 313). Tel est manifestement le cas ici, dès lors que le considérant topique de l'arrêt du TA revient à nier l'existence d'une juridiction qui fonctionne depuis le 1er août 2003 déjà, et dont les juges titulaires, ainsi que les juges suppléants, ont été régulièrement élus.

-
- c) Le TCAS examine d'office sa compétence ; vu l'arrêt du TA du 30 mars 2004 niant jusqu'à son existence, il a également à vérifier la conformité à l'art. 131 Cst GE de la loi l'instituant.

Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art. 57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales -LPGA-, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

Selon l'art. 131 al. 1 Cst GE, « La loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales ; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence ». Lors de la création du TA en 1971, la disposition constitutionnelle a été complétée par un alinéa 2, libellé comme suit : « Un tribunal administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit ».

La Constitution s'interprète selon les mêmes principes que les lois ordinaires. Les règles d'interprétation permettant au juge de dégager le sens d'une disposition sont connues : ce dernier peut recourir à une interprétation littérale, historique, téléologique ou systématique de la norme. Le juge devra partir prioritairement du texte clair de la loi. Le TA, dans son arrêt du 30 mars 2004, a considéré que le texte de l'art. 131 al. 2 Cst GE ne laissait pas de place pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif ; il a interprété « un tribunal » comme signifiant « un seul tribunal ». Or, l'art. 131 al. 2 Cst GE précise que ce tribunal administratif est institué « dans les cas où la loi le prévoit ». C'est dire que nécessairement le reste du contentieux administratif relève d'autres juridictions. Ainsi l'interprétation littérale permet à elle seule de conclure que le terme « un » doit être qualifié, grammaticalement, d'article indéterminé.

Une telle analyse est du reste confirmée par les interprétations historique et téléologique. Il résulte des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil – MGC - 1970, p. 554 ss.) que le législateur en 1970 entendait créer, aux côtés des juridictions civiles et pénales existantes prévues à l'art. 131 al. 1 Cst GE, un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif. Ce tribunal était destiné à remplacer les autres autorités – Conseil d'Etat, commissions de recours, etc... qui avaient à connaître des recours contre les décisions des départements. Il n'était cependant pas question que ce remplacement soit général, raison pour laquelle ce tribunal s'était vu doté de compétences d'attribution. Il était évident que certaines

commissions spéciales devaient subsister, notamment en raison de leur composition particulière (composition paritaire, experts...). Selon le Mémorial du Grand Conseil, p. 557, « dans le système envisagé, le TA, le Conseil d'Etat et les commissions spécialisées dont le maintien aura été décidé, constitueront autant de juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

Dès le 1^{er} janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d'une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de ces juridictions n'a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d'assurances sociales, jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l'occurrence.

Si l'on devait suivre l'interprétation du TA dans son arrêt du 30 mars 2004, non seulement le TCAS, mais également toutes les autres commissions de recours spéciales, y compris celles rattachées au TA lui-même seraient inconstitutionnels. Tel n'a manifestement pas été le but visé par le législateur.

Au vu de ce qui précède, la création du TCAS en application de la LPGA est conforme à la Constitution genevoise.

L'élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004, le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire permettant au TCAS de siéger sans assesseur à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

2. Conformément à l'article 3 alinéa 3 des dispositions transitoires, la présente cause introduite avant l'entrée en vigueur de la loi et pendante devant la Commission cantonale de recours a été transmise d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'AVS notamment (cf. article 56 V LOJ). 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 (ci-après LPGA) est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants. 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 LAVS) et de son règlement en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 (ci-après RAVS).

4. Déposé dans la forme et délai imposés par la loi, le présent recours est recevable, en vertu de l'art. 84 LAVS. Il porte sur les droits AVS-AI-APG-AC-AF.
5. La recourante fait d'abord valoir que les mensualités qu'elle verse à l'Office des Poursuites depuis que le montant des cotisations réclamé par la Caisse a fait l'objet d'un commandement de payer sont précisément destinées au paiement dudit montant. Il conviendrait dès lors, d'après elle, de déduire de ce montant les sommes déjà versées et, pour ce faire, de requérir les informations y afférentes auprès de l'Office des Poursuites.

Selon l'art. 35 RAVS, pendant l'année, les employeurs doivent verser périodiquement des acomptes de cotisations. Pour fixer les acomptes, la caisse de compensation se base sur la masse salariale probable.

En vertu de l'art. 36 al. 4 RAVS, la caisse de compensation établit le solde entre les acomptes versés et les cotisations effectivement dues, sur la base du décompte. Les cotisations encore dues doivent être versées dans les 30 jours à compter de la facturation. Les cotisations versées en trop sont restituées ou compensées.

6. En l'espèce, les acomptes provisionnels dus par la société pour l'année 2001 ont au total été fixés à 7'000 fr. sur une masse salariale annuelle de 55'200 fr. Le solde entre les acomptes versés et les cotisations effectivement dues, sur la base du décompte, s'élève à 16'134 fr. 70, auxquels s'ajoutent les frais de rappel, de poursuite et les intérêts moratoires échus, soit à un montant total de 16'357 fr. 40.

Or, il ressort du relevé des paiements du 2 juin 2004 que les versements effectués, auxquels se réfère la société recourante, sont en réalité affectés aux acomptes trimestriels de 7'000 fr. En tant que les sommes versées – inscrites en gras et comportant pour chaque poursuite un numéro différent, selon l'acompte trimestriel auquel elles se rapportent – ont fait préalablement l'objet d'une procédure de poursuite, elles atteignent, une fois additionnées, un montant supérieur à 7'000 fr., soit à 8'178 fr. 20 (comprenant les frais de rappel, de poursuite et les intérêts moratoires échus). Il n'en reste pas moins que ces sommes sont affectées aux acomptes trimestriels, et que, comme telles, elles ne peuvent être soustraites du décompte annuel final de 16'357 fr. 40, ce dernier montant étant dû en sus des 8'178 fr. 20.

7. La société conteste ensuite le montant des allocations familiales bonifié, estimant que ce dernier aurait dû s'élever à 4'800 fr. pour l'année 2001 en lieu et place des 1'540 fr. retenus par la Caisse. En effet, elle relevait que l'associée aurait dû

bénéficiaire de la somme de 200 fr. par mois pour chacune de ses deux filles, âgées de cinq et sept ans, pour l'année 2001 (12 x 400 fr.).

Force est en l'état de constater qu'il ne peut être donné raison à la recourante sur cet autre point. En effet, la Caisse laisse à cette dernière la possibilité de prouver ses allégations, moyennant la production par l'employeur de Monsieur Y_____ P_____ d'une quittance certifiant que des allocations familiales auraient été versées pour les mois de septembre et octobre, soit dès la cessation de l'activité de ce dernier au bar à café jusqu'à l'attribution de ce droit à son épouse.

8. En conséquence, le recours est 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).

La greffière :
Marie-Louise QUELOZ

La Présidente :
Doris WANGELER

La secrétaire-juriste : Elisa COACCI

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