RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1977/2003 **ATAS/779/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 3

du 22 septembre 2005

En la cause

X_____, sise à Genève, mais comparant par Me Alexandre MONTAVON, en l'Etude duquel elle élit domicile	recourante

contre

Y_____SA,	intimée

Siégeant : **Madame Karine STECK, Présidente,**
Mesdames Juliana BALDE et Doris WANGELER, juges

EN FAIT

1. La société en commandite X_____ (ci-après : la société) a entamé des pourparlers avec la Fédération suisse des agences de voyages au comité de laquelle appartenait Monsieur F_____. Il s'agissait d'examiner les conditions auxquelles les membres de la fédération pouvaient s'affilier à la caisse Y_____(ci-après : la caisse) mise sur pied par la société suisse des hôteliers.

2. La société a estimé que l'offre de la caisse était particulièrement intéressante financièrement s'agissant des contributions au régime des allocations familiales. Après une étude comparative, elle a donc pris la décision de s'affilier à la caisse dès le 1er janvier 1996.

3. Pour l'année 1997, la caisse a établi un certificat d'assurance prévoyant que la contribution des employeurs au régime des allocations familiales passait de 1,35% à 1,8% (pièce 1 société).

4. La société a contesté cette modification par courrier du 17 février 1997 (pièce 2 société). Cette contestation est restée sans réponse écrite et la société s'est acquittée des cotisations sur la base du taux conventionnel de 1,35%.

5. Le certificat d'assurance notifié à la société pour l'année 1998 prévoyait un taux de cotisations de 1,9% (pièce 3 société).

6. A nouveau, par courrier du 20 janvier 1998, la société a immédiatement manifesté son désaccord (pièce 4 société).

7. Par courrier du 5 février 1998, la caisse a répondu à la société que le taux AF appliqué par la caisse cantonale de Genève était effectivement inférieur aux siens propres et que cette situation, tout à fait particulière et exceptionnelle, était propre au canton de Genève, qu'en ce qui concernait le taux des frais d'administration appliqué pour l'AVS, il n'était pas en mesure d'effectuer une comparaison et qu'enfin le système modulaire de l'ensemble des assurances sociales HOTELA devrait remédier à cet état de fait, lié uniquement aux allocations familiales. Elle a encore précisé qu'il ne lui était pas possible d'accorder des taux AF différenciés par établissement. (pièce 5 société).

8. La société a une nouvelle fois versé les cotisations 1998 sur la base du taux conventionnel de 1,35%.

9. Le 24 juin 1999, la caisse a adressé à la société une sommation en bonne et due forme lui réclamant le montant de 20'603 fr. pour 1998 (pièce 6 société).

10. Par courrier du 29 juin 1999, la société en a accusé réception, précisant : « vous deviez me faire part de la prise de position de votre comité, étant entendu que cela pouvait avoir un impact négatif sur la pénétration d'HOTELA dans le marché genevois. Nous vous prions donc de bien vouloir demander à votre service comptabilité de stopper les procédures annoncées dans votre sommation » (pièce 7 société).

11. Le 12 octobre 2000, la caisse a exigé le paiement des arriérés de cotisations pour l'année 1999, soit 22'236.25 fr., sans revenir toutefois sur celles des années 1997 et 1998 (pièce 8 société).

12. Par courrier du 17 octobre 2000, la société en a accusé réception en demandant à la caisse de bien vouloir suspendre toute sommation (pièce 9 société).

13. Le même scénario s'est répété pour les années 2000 et 2001 (cf. sommation du 14 décembre 2000 [pièce 10 société] ; pièces 11-13 société ; sommation du 28 juin 2001 [pièce 14 société] ; pièce 15 société).

14. Le 9 septembre 2002, la caisse a adressé un courrier à la société faisant référence à un entretien qui s'était tenu le 2 septembre 2002. La caisse relève que la problématique du calcul du taux de contribution aux allocations familiales a été évoquée à cette occasion et que, comme déjà expliqué, elle n'était pas en mesure d'accorder un taux différencié pour un seul client. Elle a par ailleurs informé la société que pour faire suite à une modification de la législation genevoise entrée en vigueur en 2002, aucune différence de taux n'était applicable puisque dès cette date, une compensation cantonale avait été instaurée. Elle a établi un décompte final des montants réclamés :

    - 1997 : 15'637 fr. 25
    - 1998 : 20'603 fr.
    - 1999: 22'236 fr. 25
    - 2002: 22'216 fr. 95
    - décompte complémentaire 2000 : 220 fr. 25
    - décompte final 2001 : 22'797 fr. 30
    - Soit au total : 103'711 fr. (pièce 16 société).

15. Par décision du 2 avril 2003, la caisse, constatant formellement que la société ne s'était pas acquitté du solde des contributions aux allocations familiales pour les années 1997 à 2001, lui a réclamé le montant de 103'684 fr. 70. L'effet suspensif d'un éventuel recours a été retiré. (pièce 17 société).

16. Le 5 mai 2003, la société en commandite X_____ a interjeté recours. Elle fait valoir que le taux offert par la caisse en 1996 a revêtu un caractère décisif dans sa décision de s'y affilier. En effet, sa masse salariale s'élevait alors à 3'475'000 fr., si bien que la cotisation de 1,50 % payée jusqu'alors à la caisse interprofessionnelle d'assurance-vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats

patronaux (CIAM) atteignait 52'124 fr. 25 alors que l'offre de la caisse permettait de l'abaisser à 46'911 fr. 85. Cette économie équivalait à 10% par année. La société allègue que le changement d'affiliation a engendré de nombreuses complications administratives mais que celles-ci ont été toutefois compensées par l'avantage financier précité sur le long terme et par le caractère unique et définitif de la démarche. La société fait remarquer que sa contestation du 17 février 1997 est restée sans réponse écrite mais qu'un entretien téléphonique se serait tenu entre les organes de la caisse et ceux de la société - soit entre Messieurs Jean-Claude F_____ et G_____ – au cours duquel la caisse aurait confirmé qu'une solution serait trouvée pour que le taux restât inchangé de sorte que la société s'est fiée à cet entretien pour procéder au versement de ses cotisations relatives à l'année 1997, au taux conventionnel de 1,35 %. La société souligne que la caisse ne lui a alors pas réclamé la différence, pas plus que dans son courrier du 5 février 1998, relatif aux cotisations 1997 que dans celui du 24 juin 1999, relatif aux cotisations 1998 ou lorsqu'elle a réclamé, en date du 24 juin 1999 les arriérés de cotisations 1998, ou encore, en octobre 2000, les cotisations 1998 et 1999.

En 1998 cependant, le certificat d'assurance notifié à la société prévoyait un taux de cotisations de 1,9%, dont la société fait remarquer qu'il était largement plus élevé que les taux qui étaient alors pratiqués par les caisses cantonales genevoises et paritaires. Monsieur G_____ se serait d'ailleurs engagé à requérir l'avis de son comité sur la question de l'application du taux de 1,9% à l'année 1998. C'est parce que, sans nouvelles de la caisse, la société a pensé que la question était réglée qu'elle a décidé d'y rester affiliée au lieu de rejoindre la CIAM dont le taux était demeuré à 1,5%.

Dans son recours, la société a préalablement conclu au rétablissement de l'effet suspensif, principalement, à l'annulation de la décision du 2 avril 2003 et à la constatation que la caisse ne dispose d'aucune créance à son encontre pour la période de 1997 à 2001. Elle fait valoir par ailleurs que la créance de cotisations 1997 est prescrite, plus de cinq ans s'étant écoulés entre le 31 décembre 1997 et la notification de la décision du 2 avril 2003. S'agissant des créances de cotisations 1998 à 2001, la société fait valoir que la caisse, bien que entité de droit privé, agit comme organe d'application de la loi cantonale et qu'à ce titre, elle doit donc être soumise aux mêmes obligations qu'une caisse d'allocations familiales publique, qu'elle disposait donc d'une certaine liberté pour fixer le taux de cotisations dans la fourchette légale variant de 1,3 à 2,5% tout en respectant les principes généraux du droit privé. La société fait valoir que la caisse a suscité son intérêt et n'avait pas limité expressément l'application du taux proposé dans le temps, que son offre ne pouvait dans ces conditions être comprise de bonne foi autrement que comme assurant le maintien de ce taux à l'avenir sous réserve d'un changement de loi ou du principe de la clausula rebus sic stantibus, qu'elle avait tout lieu de croire que le taux proposé était envisagé à long terme, qu'elle n'aurait pas entrepris de changer son affiliation si tel n'avait pas été le cas et qu'il y a eu violation du principe de la

bonne foi. En effet, elle a toujours été confortée dans sa croyance que ses contestations avaient été suivies d'effet et que les problèmes des années précédentes avaient été réglés. Invitée à se prononcer, la caisse, par courrier du 16 mai 2003, a sollicité une prolongation de délai au 10 juin 2003.

17. Par courrier du 5 juin 2003, elle a fait savoir qu'elle ne s'opposait pas à ce que l'effet suspensif soit rétabli.

18. Par arrêt incident du 28 mai 2004, l'effet suspensif a été rétabli par le Tribunal cantonal des assurances sociales auquel le dossier avait été transmis le 1er août 2003.

19. Dans sa réponse quant au fond du litige, la caisse a conclu à l'admission partielle du recours : elle admet en effet que la créance de cotisations relative à l'année 1997 est prescrite et propose de réformer sa décision en ce sens que seul un montant de 88'047 fr. 45 est dû avec suite de frais et dépens. Pour le reste, la caisse conteste avoir mené des pourparlers avec la société et explique que ceux-ci ont eu lieu avec la caisse de compensation AVS de la SSH, entité juridique distincte d'elle-même. Elle précise qu'à l'époque, la Fédération suisse des agences de voyages SAV n'avait pas de caisse de compensation attitrée, si bien que chacun de ses membres pouvait choisir en toute liberté - sous réserve des dispositions légales cantonales - la caisse à laquelle il souhaitait s'affilier pour décompter les cotisations. Elle admet que le taux offert pour le canton de Genève était alors effectivement plus bas que celui de la CIAM pour l'année 1996. La caisse souligne que la société n'était qu'un membre parmi d'autres du comité de la FSAV et qu'à ce titre elle défendait les intérêts de ladite fédération et non pas les siens propres. La décision de changement de caisse de compensation a ainsi été prise le 23 mars 1995 par décision de l'assemblée des délégués de la FSAV, laquelle a depuis lors été considérée comme association fondatrice de la caisse de compensation HOTELA. Il a cependant été admis que lors des discussions précédant le vote sur l'adhésion à la caisse HOTELA, il a été fait mention des taux relativement bas concernant les cotisations d'allocations familiales. Elle admet que le taux de cotisation a certes joué un rôle important mais allègue qu'en se focalisant sur la caisse AF, la société oublie que ce qui fut déterminant pour la FSAV dans son choix était le concept et non le taux de cotisation AF pour le canton de Genève. En effet, les prestations offertes étaient infiniment plus étendues que celles de la CIAM. Par ailleurs elle conteste le fait que le taux ait été un taux contractuel convenu entre les parties. Elle allègue que par son adhésion à HOTELA, la société a délibérément accepté de se soumettre aux conditions imposées par cette dernière et qu'il n'y a pas eu signature d'un contrat dans lequel le taux aurait pu être discuté comme l'on discute le prix d'une voiture. Il n'a ainsi jamais été affirmé que ce taux resterait inchangé. Elle souligne enfin que dans ses courriers, il est vrai qu'elle n'est pas revenue sur le litige antérieur, elle a cependant indiqué clairement que son taux de cotisations était certes plus élevé que celui de la caisse cantonale mais qu'il n'était pas possible d'accorder des taux

différenciés par établissement signifiant par là que le taux fixé était définitif et que la société était invitée à payer les cotisations y relatives. Elle fait remarquer qu'elle est libre de poursuivre ou non la société, respectivement de choisir le moment où elle veut entamer les poursuites, la seule limite étant la péremption du droit de réclamer des contributions arriérées. Elle souligne que la société était libre de quitter la caisse pour rejoindre la CIAM si elle n'était pas satisfaite des prestations fournies, fait remarquer que la compétence de fixer le taux des cotisations découle de l'art. 21 de la loi et des statuts de la caisse et qu'il appartient dès lors à la seule assemblée des délégués de décider du taux de cotisations à l'exclusion de tout membre individuel qui n'a pas qualité pour demander une décision individuelle formelle. Enfin, elle fait remarquer que l'adaptation unilatérale et régulière des cotisations aux prestations se pratique d'ailleurs également en assurance maladie, accidents, indemnités journalières.

20. Dans sa réplique du 7 janvier 2005, la société invoque une nouvelle fois le principe de la confiance, assurant que la caisse l'a confortée dans sa croyance que la situation était réglée à son entière satisfaction.

21. Dans sa duplique du 11 février 2005, la caisse a également persisté dans ses conclusions. Elle nie avoir fait la moindre promesse à la FSAV ou à la recourante.

22. Enfin, par courrier du 15 mars 2005, la société a contesté le fait qu'elle aurait pu quitter l'association compte tenu du fait que son associé indéfiniment responsable, Monsieur F_____, exerçait personnellement une fonction au sein du comité FSAV. Elle relève par ailleurs que les tableaux comparatifs produits par la caisse à l'appui de sa duplique sont erronés dans la mesure où le taux de cotisations pratiqué pour l'année 2001 s'est élevé à 2,1% et non à 1,95%.

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 (TCAS), composé de cinq juges, dont un président et un vice-président, cinq suppléants et seize juges assesseurs (art. 1 let. r et 56T LOJ). Le Tribunal statue en instance unique, notamment sur les contestations relatives à la loi sur les allocations familiales (cf. art. 1 let. r, 56 V al. 2 let. e LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des seize juges assesseurs par le Tribunal fédéral (TF) le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente (art. 162 LOJ) permettant au TCAS

de siéger sans assesseurs, à trois juges titulaires, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Selon l'art. 56 V al. 2 let. e LOJ, le TCAS connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 38 de la loi cantonale du 1er mars 1996 sur les allocations familiales (LAF ; RS GE J 5 10). Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires, 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 statuant en instance unique, sur les contestations en matière d'allocations familiales notamment (cf. art. 56 V al. 2 let. e LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est donc établie.

3. Déposé dans les forme et délai imposés par la loi, le présent recours est recevable (art. 38 al. 1 LAF).

4. Doit obligatoirement être affilié à une caisse quiconque a qualité d'employeur au sens de l'art. 12 de la loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS), s'il possède un établissement stable dans le canton (art. 23 al. 1 LAF).

   Sont affiliés aux caisses d'allocations familiales professionnelles ou inter-professionnelles les employeurs qui sont membres d'une association fondatrice, exceptés les administrations de l'état du pouvoir judiciaire et des communes, les établissements d'instruction publique, les institutions publiques d'assistance, les établissements et fondations de droit public ainsi que les établissements et entreprises de droit privé dans lesquels l'état a des entretiens prépondérants (cf. art. 24 al. 1 et 3).

   Dans la mesure où la loi n'en dispose pas autrement, le changement de caisse est autorisé aux conditions prévues par la législation fédérale sur l'AVS, applicable par analogie (art. 25 LAF).

5. Les allocations familiales sont financées par les contributions des employeurs, des personnes physiques tenues de s'affilier à une caisse d'allocation familiale et les subsides du fond pour la famille (art. 26 LAF).

   Les employeurs paient des contributions en espèces, fixées en pour cent des salaires soumis à cotisation dans l'AVS, versées aux personnes dépendantes de l'établissement stable qu'ils possèdent dans le canton (art. 27 al. 1 LAF).

   Le taux de contribution correspond au moins à 1,3% et au plus à 2,5% de la masse des salaires mentionnés (art. 27 al. 2 LAF). Les contributions sont perçues selon les mêmes modalités et dans les même intervalles que les cotisations dues à l'AVS

(art. 17 du règlement d'exécution de la loi sur les allocations familiales ; RELAF ; RS GE J 5 10.01).

6. En l'occurrence, la société a décidé de s'affilier à compter du 1er janvier 1996 à la caisse d'allocations familiales de la Société suisse de hôteliers.

   Or, selon l'art. 25 des statuts de cette dernière, pour couvrir les dépenses des allocations familiales, des frais d'administration et créer un fond de réserve, la caisse prélève des cotisations auprès de ses membres. L'assemblée des délégués en fixe le montant, le règlement prescrit le mode de calcul et de perception. A noter encore qu'un droit de recours existe auprès de l'assemblée des délégués contre toute décision du comité de la caisse (art. 27 des statuts).

   Le règlement de la caisse d'allocations familiales de la Société suisse des hôteliers, prévoit que toute entreprise affiliée est tenue de verser une cotisation fixée par l'assemblée des délégués, calculée sur les salaires de l'ensemble du personnel, y compris le personnel occasionnel (art. 11 de ce règlement).

   Or, en l'espèce, il n'est pas contesté que le taux de contribution a été régulièrement fixé, selon les modalités prévues par les statuts. La société, si elle entendait le contester, aurait dû le faire par la voie prévue, c'est-à-dire en recourant auprès de l'assemblée des délégués. Elle ne l'a pas fait. Dès lors, il était effectivement exclu que la caisse lui applique un taux différencié, ce qu'elle ne pouvait ignorer. En conséquence, l'argument de la violation de la protection de la bonne foi tombe également à faux.

   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.

La greffière: La Présidente :

Janine BOFFI Karine STECK

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties

le