

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2922/2009

ATAS/1587/2009

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 1

du 1^{er} décembre 2009

En la cause

Madame P _____, domiciliée à CELIGNY, comparant avec
élection de domicile en l'étude de Maître VON BREDOW Philippe

recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,
Direction sise route de Chêne 54, GENEVE

intimée

**Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Evelyne BOUCHAARA et Norbert HECK,
Juges assesseurs**

EN FAIT

1. Madame P_____, née en 1967, domiciliée à Genève, a déposé auprès de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION AVS-AI (ci-après la Caisse), le 10 janvier 2000, une demande visant à être affiliée en qualité de personne non-active. Elle a indiqué dans le questionnaire ad hoc, qu'elle était sans activité depuis le 30 juin 1998.
2. Le 18 octobre 2001, elle a, conjointement avec Monsieur Q_____, demandé à la Caisse d'affilier la société X_____ Sàrl (ci-après la société), dont le siège est à son propre domicile et le but, l'exploitation d'un hôtel garni depuis le 6 juillet 2001.
3. Par décisions du 26 mai 2006, la Caisse a fixé le montant des cotisations personnelles dues par l'intéressée pour les années 2002, 2003 et 2004.
4. L'intéressée a formé opposition le 20 juin 2006, considérant qu'elle devait s'acquitter de cotisations sur la base des salaires que Monsieur Q_____ lui versait en sa qualité de concubine rétroactivement au 1^{er} janvier 2001.
5. Elle a interjeté recours le 20 septembre 2006 contre la décision sur opposition confirmant son statut de non-active, au motif qu'en réalité elle travaillait pour la société.
6. Par arrêt du 19 décembre 2006, le Tribunal de céans, au vu des propos contradictoires tenus par l'intéressée, et compte tenu des pièces figurant dans le dossier, a considéré qu'il n'avait pas été établi qu'elle exerçait une activité lucrative salariée au service de la société X_____ Sàrl et a rejeté le recours.
7. Par courrier du 27 avril 2007, Y_____ Sàrl a invité la Caisse, au nom et pour le compte de l'intéressée, à reconsidérer son statut dès le 1^{er} janvier 2006. Elle a précisé le 2 octobre 2007, que le taux d'activité de l'intéressée était de 40%.
8. Le 15 janvier 2008, Me Philippe VON BEDROW a informé la Caisse qu'il était chargé de la défense des intérêts de l'intéressée et soulignait qu'en réalité l'intéressée travaillait à plus de 50%.
9. Par décision du 19 mars 2008, la Caisse a admis que l'intéressée était de condition active dès le 1^{er} janvier 2006, à 40%. Constatant cependant que les cotisations versées sur les salaires de celle-ci n'atteignaient pas la moitié des cotisations dues en tant que non-active, celle-ci restait redevable des cotisations comme personne sans activité lucrative selon l'art. 28bis RAVS.
10. L'intéressée a formé opposition le 24 avril 2008, répétant qu'elle travaillait à plus de 50%.

11. Par décision du 17 juillet 2009, la Caisse a rejeté l'opposition, constatant au surplus que le salaire versé à l'intéressée était inférieur au 50% du salaire minimum fixé par la convention collective de travail dans le domaine de l'hôtellerie.
12. L'intéressée, représentée par son mandataire, a interjeté recours le 14 août 2009 contre ladite décision. Elle reproche à la Caisse d'avoir fait preuve d'arbitraire et d'avoir violé son droit d'être entendue. Elle explique que la société X_____ Sàrl a été créée en 2001 dans le but d'exploiter une structure hôtelière sur le domaine au lieu-dit _____ appartenant à sa famille. Elle est, tout comme Monsieur Q_____, inscrite au Registre du Commerce comme associée gérant de la société. Ils sont tous deux employés de celle-ci et travaillent l'un et l'autre à plus de 50% pour l'exploitation. L'intéressée ayant confié la gestion administrative et fiscale de la société à la fiduciaire Y_____ Sàrl à Lausanne, celle-ci avait estimé judicieux de déclarer que son activité salariée était exercée à 40%. Elle conclut à ce qu'il soit admis qu'elle a un statut d'active et que, partant, elle doit s'acquitter de cotisations AVS-AI en tant que telle.
13. Dans sa réponse du 30 septembre 2009, la Caisse a conclu au rejet du recours.
14. Le Tribunal de céans a ordonné la comparution personnelle des parties le 17 novembre 2009. L'intéressée a à cette occasion déclaré que " je produis un chargé complémentaire ce jour, dont les attestations de salaire de la société 2006, 2007 et 2008. Je dis avoir remplacé Madame R_____ dans ce sens que j'ai moi-même augmenté le temps de travail pour effectuer les tâches qu'elle accomplissait. Actuellement, la société emploie une femme de chambre à 50%, moi-même à 50% et mon mari à 100%. C'est la fiduciaire qui avait annoncé que j'exerçais une activité à 40%. Elle ne s'était pas fondée sur la réalité. Je ne sais pas pourquoi. Il s'agit d'un bed & breakfast de haut de gamme. Je produis un dépliant. J'exerce les tâches d'une gouvernante. Je m'occupe également de l'entretien de l'extérieur. C'est Monsieur Q_____ qui s'occupe de tout le côté administratif. C'est lui qu'il faudrait dès lors interroger quant au montant des salaires versés à la femme de chambre plus particulièrement. Je précise que je travaille pour la société depuis l'ouverture de l'hôtel, soit depuis 2001. La rentabilité de l'exploitation est très limitée, ce qui explique le montant des salaires. La fiduciaire est vraisemblablement partie de l'idée que le montant de mon salaire correspondait à un taux d'activité de 40%, ce qui l'a conduite à déclarer ce taux-là. Elle a probablement cru bien faire, dans une optique fiscale. Madame R_____ a été la première femme de chambre que nous avons engagée au mois de mai 2006. Je ne sais pas pour quelle raison je n'ai pas songé à recourir contre le jugement du 19 décembre 2006."
15. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la Loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (LOJ ; RS E 2 05), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA ; RS 830.1), relatives à la Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS ; RS 831.10).

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

2. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003 et entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales, s'applique.

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

4. Le litige porte sur le statut de cotisant de l'intéressée à compter du 1er janvier 2006, singulièrement sur le point de savoir si elle doit être ou non considérée comme une personne qui, à certaines conditions, est soumise à cotisations comme un assuré sans activité lucrative (art. 28bis RAVS).

5. Sont assurées les personnes physiques domiciliées en Suisse (art. 1a let. a LAVS). Aux termes de l'art. 3 al. 1 LAVS, les assurés sont tenus de payer des cotisations tant qu'ils exercent une activité lucrative. Les personnes sans activité lucrative sont tenues de payer des cotisations à compter du 1^{er} janvier de l'année qui suit la date à laquelle elles ont eu 20 ans; cette obligation cesse à la fin du mois où les femmes atteignent l'âge de 64 ans, les hommes l'âge de 65 ans.

6. Les assurés n'exerçant aucune activité lucrative paient selon leur condition sociale (art. 10 al. 1 LAVS). Les cotisations des personnes sans activité lucrative sont ainsi déterminées sur la base de leur fortune et du revenu qu'elles tirent de rentes. Si une personne n'exerçant aucune activité lucrative dispose à la fois d'une fortune et d'un revenu sous forme de rentes, le montant de la rente annuelle multiplié par 20 est ajouté à la fortune (art. 28 al 1 et 2 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants - RAVS).

7. Aux termes de l'art. 14 al. 1 LAVS, les cotisations perçues sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité dépendante doivent être retenues lors de chaque paie et être versées périodiquement par l'employeur en même temps que la cotisation de l'employeur.

Le salaire déterminant, au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS, comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Font partie du salaire déterminant, par définition, toutes les sommes touchées par le salarié, si leur versement est économiquement lié au contrat de travail; peu importe, à ce propos, que les rapports de service soient maintenus ou aient été résiliés, que les prestations soient versées en vertu d'une obligation ou à titre bénévole (ATF 128 V 176 consid. 3c p. 180, 126 V 221 consid. 4a p. 222, 124 V 100 consid. 2 p. 101 et la jurisprudence citée).

8. Selon l'art. 28bis RAVS, sont également considérées comme des assurés sans activité lucrative, et sont, partant, soumis à l'obligation de cotiser comme tels,

"les personnes qui n'exercent pas durablement une activité lucrative à plein temps, lorsque, pour une année civile, les cotisations qu'elles paient sur le revenu d'un travail, ajoutées à celles dues par leur employeur, n'atteignent pas la moitié de la cotisation due selon l'art. 28. Leurs cotisations payées sur le revenu d'un travail doivent dans tous les cas atteindre le montant de la cotisation minimale selon l'art. 28."

Ainsi, les assurés dont l'activité n'est pas durablement exercée à plein temps sont réputés sans activité lucrative, si les cotisations (y compris la part de l'employeur) qu'ils doivent verser sur le produit de leur travail sont, pour une année civile donnée, inférieures à la moitié des cotisations qu'ils devraient payer comme non-actifs, respectivement à la cotisation minimum. En d'autres termes, les assurés dont l'activité n'est pas durablement exercée à plein temps sont tenus de cotiser comme des personnes sans activité lucrative, pour autant que les cotisations versées en tant que personne sans activité lucrative se montent au moins au double des cotisations qu'ils devraient payer sur le produit du travail, ou que les cotisations qu'ils devraient payer sur le produit de leur travail n'atteignent pas le montant de la cotisation minimum. Pour déterminer si les cotisations calculées sur le revenu d'un travail atteignent ou non la moitié des cotisations dues comme non actif, il faut procéder à un calcul comparatif.

Entrent dans cette catégorie, les assurés qui ont une activité durable, mais ne l'exercent pas à plein temps ou au contraire qui exercent une activité à plein temps mais pas de manière durable.

Une activité lucrative n'est pas considérée comme exercée à plein temps lorsque l'assuré n'est pas occupé durant la moitié au moins du temps usuellement consacré au travail. (ATF 115 V 161, Directives sur les cotisations des indépendants et des personnes sans activité lucrative -DIN, No 2033 ss)

Le point de savoir si une personne a travaillé à plein temps au sens de l'art. 28bis RAVS (à savoir si elle est occupée durant la moitié au moins du temps usuellement

consacré au travail) ne dépend pas de son intention, mais du temps effectivement investi dans l'activité lucrative en cause.

9. Dans le domaine des assurances sociales notamment, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 193 consid. 2 p. 195 et les références; cf. ATF 130 I 180 consid. 3.2 p. 183).

Selon la jurisprudence et la doctrine, l'autorité administrative ou le juge ne doivent considérer un fait comme prouvé que lorsqu'ils sont convaincus de sa réalité (Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4e éd., Berne 1984, p. 136; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2e éd., p. 278 ch. 5). Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est-à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables (ATF 126 V 353 consid. 5b p. 360, 125 V 193 consid. 2 p. 195 et les références; cf. ATF 130 III 321 consid. 3.2 et 3.3 pp. 324 ss). Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 319 consid. 5a p. 322).

10. En l'espèce, la Caisse a admis que l'intéressée exerce, depuis le 1er janvier 2006, une activité lucrative salariée au sein de la société. Se fondant toutefois sur le taux d'activité indiqué par la fiduciaire, soit celui de 40%, elle a considéré que l'intéressée restait redevable des cotisations comme une personne non-active, puisque le montant des cotisations calculées sur ses salaires n'atteignaient pas la moitié des cotisations dues comme non-active.
11. L'intéressée conteste ne travailler qu'à 40%.
12. Elle a expliqué de façon convaincante au Tribunal de céans quelles étaient les tâches qu'elle accomplissait pour la société et dont elle déclare qu'elles l'occupent à plus de 50%. Il y a lieu de constater que la société exploite un bed & breakfast de haut de gamme dans un domaine venant de la famille de l'intéressée, avec neuf chambres et un parc, qu'elle n'emploie qu'une seule personne autre que l'intéressée elle-même et son compagnon, que ceux-ci sont inscrits au Registre du commerce

comme associés-gérants de la société. On peut déduire de ces différents éléments que l'intéressée ne ménage probablement pas sa peine afin de faire fructifier l'exploitation de cette structure hôtelière, qui exige indéniablement beaucoup de disponibilité.

13. Il apparaît ainsi, au degré de vraisemblance requis par la jurisprudence, que l'ampleur de l'activité exercée par l'intéressée dépasse largement le taux de 40% retenu par la Caisse. Peu importe dès lors si les cotisations calculées sur son salaire sont inférieures à la moitié des cotisations qu'elle devrait payer comme non-active. En conséquence, il y a lieu de la considérer comme exerçant, dès le 1^{er} janvier 2006, une activité à plein temps au sens de l'art. 28bis RAVS.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet et annule la décision du 17 juillet 2009.
3. Condamne l'intimée à verser à la recourante la somme de 1'200 fr., à titre de dépens.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF ; RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Nathalie LOCHER

Doris WANGELER

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