RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3420/2006 **ATAS/1156/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 1

du 19 décembre 2006

En la cause

Madame P_____, domiciliée à CELIGNY, représentée par la société fiduciaire COMPTATRADE S.A.R.L. dans les locaux de laquelle elle élit domicile	recourante
contre	
CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, sise route de Chêne à GENEVE	intimée

Siégeant : Doris WANGELER, Présidente; Maya CRAMER et Isabelle DUBOIS, Juges

EN FAIT

1. Le 10 janvier 2000, Madame P_____, domiciliée à Genève, a déposé auprès de la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION (ci-après la caisse) une demande visant à être affiliée en qualité de personne non-active. Dans le questionnaire ad hoc qu'elle a rempli, elle a indiqué qu'elle était sans activité depuis le 30 juin 1998 et qu'elle n'avait pas l'intention de travailler au cours des prochains mois.

2. Le 18 octobre 2001, elle a, conjointement avec Monsieur A_____, demandé à la caisse d'affilier la Sàrl VIVIMAR, dont le siège est à son propre domicile. La société a pour but l'exploitation d'un hôtel garni depuis le 6 juillet 2001. Il est indiqué qu'une seule personne est salariée de la société depuis le 1er octobre 2001, soit Monsieur Marcel A_____, étant précisé que celui-ci n'est en réalité employé qu'à mi-temps, l'autre moitié de son salaire étant versée par la caisse de chômage.

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. Elle s'est fondée sur les chiffres communiqués par l'administration fiscale (impôt fédéral direct) et a ainsi pris en considération une fortune au 31 décembre 2001 de 4'291.680 fr., au 31 décembre 2002 de 3'511.776 fr., au 31 décembre 2003 de 4'212.992 fr. et au 31 décembre 2004 de 4'131.025 fr.

4. Le 20 juin 2006, représentée par la société fiduciaire COMPTATRADE Sàrl, l'intéressée a formé opposition auxdites décisions. Elle conteste devoir payer des cotisations en tant que non-active. Elle explique à cet égard que Monsieur A_____, avec lequel elle vit depuis de nombreuses années et qui est le père de ses enfants, "aurait aimé valoriser le travail de sa concubine et lui payer un salaire correspondant aux activités non seulement ménagères mais aussi d'éducation de ses enfants". C'est ainsi qu'elle prie la caisse de fixer à nouveau le montant de ses cotisations sur la base des salaires que Monsieur A_____ avait décidé de lui verser à hauteur de 18'000 fr. par année, rétroactivement au 1er janvier 2001.

5. Par décision du 30 août 2006, la caisse a rejeté l'opposition. Elle rappelle que la personne qui vit en concubinage et qui, en échange de la tenue du ménage, reçoit des prestations en nature ou en espèces, doit être considérée comme personne sans activité lucrative du point de vue des cotisations.

6. L'intéressée a interjeté recours le 20 septembre 2006 contre ladite décision sur opposition. Elle allègue que ce salaire annuel rétroactif au 1er janvier 2001 de 18'000 fr. lui est versé "en compensation non seulement des prestations *qu'elle* effectue au sein de l'organisation administrative mais aussi afin de valoriser *son* travail lui permettant d'exploiter convenablement l'établissement hôtelier". Elle

considère ainsi qu'ayant une activité professionnelle, rémunérée par une société d'exploitation depuis le 1er janvier 2001, elle est obligatoirement soumise aux cotisations AVS sur les salaires perçus.

7. Dans sa réponse du 18 octobre 2006, la caisse a conclu au rejet du recours.

8. Sur demande du Tribunal de céans, l'intéressée a produit le 10 novembre 2006 les pièces comptables de la société des années 2001 à 2005. Elle a également joint à son courrier copie des décisions de la caisse notifiées à la société le 26 septembre 2006 pour les années 2001 à 2005, sur lesquelles il est précisé que le précédent décompte est annulé du fait que "le salaire de Madame P_____ avait été omis".

9. Invitée à se déterminer, la caisse a, par courrier du 4 décembre 2006, constaté que les salaires résultant des comptes de la société correspondent précisément, pour les années 2001 à 2004, aux salaires de Monsieur A_____ tels qu'indiqués dans les attestations de salaires annuelles. Pour 2005 seulement, une différence de 4'200 fr. (50'400 - 46'200) est relevée.

10. Ce courrier a été transmis à l'assurée et la cause 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.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch.1 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 loi sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont 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 des modifications législatives notamment dans le droit de l'assurance-invalidité. Du point de vue temporel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits et le juge des assurances

sociales se fonde en principe, pour apprécier une cause, sur l'état de fait réalisé à la date déterminante de la décision sur opposition litigieuse (ATF 129 V 4 consid. 1.2; 169 consid. 1 ; 356 consid. 1 et les arrêts cités). En ce qui concerne la procédure et à défaut de règles transitoires contraires, la LPGA et son ordonnance d'application s'appliquent sans réserve dès le jour de leur entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b; 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b).

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

5. Le litige porte sur le statut de la recourante.

6. Aux termes de l'art. 1a de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), sont assurées conformément à la loi, et partant tenues de payer des cotisations, les personnes physiques domiciliées en Suisse et les personnes physiques qui exercent en Suisse une activité lucrative.

7. L'intéressée, domiciliée à Genève, s'est affiliée auprès de la caisse en qualité de personne non-active. En tant que telle, elle doit s'acquitter de cotisations personnelles conformément aux art. 3 al. 1 et 10 al. 1 LAVS.

   Selon l'art. 28 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance vieillesse et survivants (RAVS), les cotisations des personnes sans activité lucrative sont déterminées sur la base de leur fortune et du revenu qu'elles tirent de rentes. Les cotisations sont fixées pour chaque année de cotisation. L'année de cotisation correspond à l'année civile (art. 29 RAVS).

   La caisse a dès lors notifié à l'intéressée le 26 mai 2006 des décisions de cotisations personnelles fondées sur la fortune.

8. En l'espèce, l'intéressée a, dans son opposition du 20 juin 2006, allégué que son concubin lui versait un salaire de 18'000 fr. avec effet rétroactif au 1er janvier 2001, dans l'idée de "valoriser le travail de sa concubine" et la rémunérait parce qu'elle se consacrait à la tenue du ménage et à l'éducation de leurs enfants.

   La personne qui vit en concubinage et qui, en échange de la tenue du ménage, reçoit de son partenaire des prestations en nature (sous forme de nourriture et de logement) plus éventuellement de l'argent de poche, doit être considérée comme personne sans activité lucrative du point de vue des cotisations (VSI 1999 p. 159). Le Tribunal fédéral des assurances (TFA) a à cet égard modifié sa jurisprudence. Jusque-là, les prestations d'entretien qu'un homme accordait à une femme qui vivait avec lui en union libre et tenait son ménage était considéré sur le plan des cotisations comme un salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS. Cette règle était fondée sur l'idée que la femme vivant en concubinage n'était pas tenue, contrairement à la femme mariée, de tenir le ménage et que pour sa part l'homme

qui vivait avec cette femme n'avait aucune obligation envers celle-ci en particulier celle de l'entretenir (RCC 1984 p. 399). Dans un arrêt du 18 juin 1999, paru dans la VSI 1999 p. 159, le TFA a réexaminé sa position, et considère dorénavant que les prestations en nature de même que l'argent de poche ne constituent pas un salaire déterminant au sens de l'art. 5 al. 2 LAVS.

Force est de constater au vu de la jurisprudence susmentionnée que le "salaire" allégué ne saurait être considéré comme salaire déterminant au sens de la LAVS.

9. Dans le cadre du recours interjeté le 20 septembre 2006, l'intéressée a déclaré percevoir un salaire de la société X_____Sàrl.

Sont considérés comme sans activité lucrative au sens de l'art. 10 al. 1 LAVS les assurés qui n'exercent aucune activité lucrative. Une activité est dite lucrative lorsqu'elle est exercée dans l'intention de réaliser un revenu et d'augmenter la capacité de rendement économique (RCC 1989 p. 520). La question de l'existence ou de l'inexistence d'une activité lucrative se détermine d'après les circonstances économiques réelles et les faits établis. N'est pas décisive à cet égard la manière dont se qualifie l'assuré (RCC 1991 p. 323). Ne peut pas être reconnue comme une activité lucrative, une activité purement apparente ou qui n'a aucun caractère lucratif (cf. Directives sur les cotisations des travailleurs indépendants et des personnes sans activité lucrative N° 2006).

Le Tribunal de céans relève à cet égard qu'en l'espèce aucune précision n'est fournie, ni sur le type d'emploi, ni sur le taux d'activité. On ne peut pas non plus déterminer quelle est la part consacrée aux activités du ménage et celle portant sur un travail au sein de la société (cf. Directives sur le salaire déterminant 1004). Qui plus est, il appert des comptes de la société qu'aucun salaire, en dehors de celui versé à Monsieur A_____, n'a été comptabilisé de 2001 à 2004. Il est vrai qu'en 2005, les comptes laissent apparaître une différence de 4'200 fr. On ne sait cependant pas à qui a été versée cette somme, laquelle reste, quoi qu'il en soit, largement inférieure aux 18'000 fr. annoncés. Il est difficile de conclure dans ces conditions que l'intéressée exerce effectivement une activité lucrative au service de la société.

10. 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, 4ème édition Berne 1984, p. 136 ; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2ème édition, 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 360 consid. 5 let. b 125 V 195 consid. ch. 2 et les références). 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 322 consid. 5 let. a).

Il convient en général d'accorder la préférence aux premières déclarations de l'assuré, faites alors qu'il en ignorait peut-être les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être - consciemment ou non - le fruit de réflexions ultérieures (ATF 121 V 47 consid. 2a, 115 V 143 consid. 8c).

Il y a lieu de constater que les déclarations de l'intéressée ont grandement varié. Dans un premier temps, elle a prétendu recevoir un "salaire" de son concubin, en contrepartie de la tenue du ménage et l'éducation des enfants. Dans un second temps, il s'agirait d'un salaire que lui verserait la société X_____Sàrl pour son travail. Il importe également de relever que préalablement à ces déclarations, elle avait demandé à être affiliée comme non-active.

11. Aussi le Tribunal considère-t-il, au vu des propos contradictoires tenus par l'intéressée et compte tenu des pièces figurant dans le dossier, qu'il n'a pas été établi qu'elle exerce une activité lucrative salariée au service de la société X_____Sàrl depuis 2001, que partant elle doit être considérée comme personne non-active et tenue de s'acquitter de cotisations personnelles en tant que telle.

12. Reste à constater que les décisions du 26 septembre 2006, aux termes desquelles la caisse a à nouveau fixé le montant des cotisations paritaires dues par la société en tenant compte du salaire annoncé pour la recourante, ont été notifiées à la société alors que la cause opposant la recourante à la caisse était déjà pendante par devant le Tribunal de céans. Ces décisions devront être, vu l'issue du présent litige, annulées.

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	La Présidente
Marie-Louise QUELOZ	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