

# **GE\_GERICHTE ATAS/779/2008 vom 30. Juni 2006**

GE Cour de justice, 2006-06-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ATAS\\_779\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATAS_779_2008)

FR: GE\_GERICHTE ATAS/779/2008 du 30 juin 2006

IT: GE\_GERICHTE ATAS/779/2008 del 30 giugno 2006

## **Regeste**

Résumé: Il doit être reconnu que l'assuré, concierge, perçoit un salaire en nature car l'appartement de fonction qu'il occupe lui est loué en-dessous du prix du marché. Pour estimer la valeur locative de ce logement, il convient de se référer aux données du niveau des loyers à Genève de l'Office cantonal de la statistique. La prescription de 5 ans pour réclamer le complément de cotisations découlant du salaire en nature s'applique. Dès lors, le compte individuel du recourant ne pourra être rectifié que dans cette limite.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch.1 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 56 de la loi fédérale sur la partie

A/1176/2008 - 5/12 - 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.

### **E. 2**

La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003 entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants. Etant donné que les faits déterminants se sont réalisés en partie avant et après l'entrée en vigueur de la LPGA, sur le plan matériel, le cas d'espèce doit être examiné au regard de l'ancien droit pour la période jusqu'au 31 décembre 2002 et en fonction de la nouvelle réglementation légale après cette date (ATF 130 V 445 et les références; cf. aussi ATF 130 V 329).

### **E. 3**

Le délai de recours est de 30 jours (art. 60 al. 1 LPGA). La décision sur opposition du 17 mars 2008 a été reçue par le recourant le lendemain et le délai a commencé à courir le 31 mars 2008 (art. 38 al. 4 let. b LPGA) de sorte que le recours du 7 avril 2008 a été formé en temps utile. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable.

### **E. 4**

Le litige porte sur la question de savoir si le logement de fonction de l'assuré doit être considéré comme une prestation en nature de l'employeur faisant partie du salaire déterminant soumis à cotisation et sur la rectification de ses comptes individuels AVS. Le recourant allègue que la mise à disposition d'un appartement pour un loyer annuel de 13'056 fr., charges comprises, encaissé par l'employeur est une prestation en nature de la part de celui-ci à hauteur de 16'708 fr. incluse dans le salaire déterminant pour le calcul des

cotisations dès lors que, pour un logement similaire, il aurait dû payer un loyer annuel avec charges de 29'764 fr. Pour sa part, l'intimé conteste qu'il s'agisse d'une prestation en nature faisant partie du salaire déterminant au motif que le loyer payé, bien qu'il ne corresponde pas au loyer usuel du marché, tient compte de l'obligation faite à l'assuré d'habiter dans son lieu de travail et des nombreuses nuisances qu'il doit supporter.

## **E. 5**

D'après les art. 5 al. 1 et 14 al. 1 LAVS, une cotisation est perçue sur le revenu provenant d'une activité salariée, appelé salaire déterminant. Selon l'art. 5 al. 2 LAVS, le salaire déterminant soumis à cotisation comprend toute rémunération pour un travail dépendant, fourni pour un temps déterminé ou indéterminé. Il englobe les allocations de renchérissement et autres suppléments de salaire, les commissions, les gratifications, les prestations en nature, les indemnités de vacances ou pour jours fériés et autres prestations analogues, ainsi que les pourboires, s'ils représentent un élément important de la rémunération du travail. En vertu de la jurisprudence, font partie de ce 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

A/1176/2008 - 6/12 - maintenus ou aient été résiliés, que les prestations soient versées en vertu d'une obligation ou à titre bénévole. On considère donc comme revenu d'une activité salariée, soumis à cotisations, non seulement les rétributions versées pour un travail effectué, mais en principe toute indemnité ou prestation ayant une relation quelconque avec les rapports de service, dans la mesure où ces prestations ne sont pas franches de cotisations en vertu de prescriptions légales expressément formulées (ATF 124 V 100 consid. 2). D'après l'art. 7 let. f RAVS, le salaire déterminant pour le calcul des cotisations comprend notamment, dans la mesure où il ne s'agit pas d'un dédommagement pour frais encourus, les prestations en nature ayant un caractère régulier. Selon l'art. 11 al. 1 RAVS (dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2006), la nourriture et le logement des personnes employées dans l'entreprise et du personnel de maison sont évalués à 30 francs par jour. L'art. 14 est réservé. En vertu de l'art. 13 RAVS, la valeur de tout revenu en nature d'un autre genre sera estimée par la caisse de compensation dans chaque cas et selon les circonstances. Lorsque l'employeur met gratuitement à la disposition d'un salarié un appartement indépendant du sien, dont la valeur locative dépasse sensiblement les normes minimales de l'art. 11 RAVS, l'avantage concédé doit être estimé conformément à l'art. 13 RAVS. Peu importe, à cet égard, que l'appartement se trouve dans un immeuble appartenant à l'employeur (RCC 1989 p. 405, 1983 p. 515). Le fait que l'employeur consente un loyer de faveur, ou même renonce à percevoir un loyer, pour compenser certaines difficultés de la fonction de l'employé, n'y saurait rien changer. La somme non réclamée par l'employeur n'en constitue pas moins une prestation en nature, complémentaire au salaire, qui doit, à ce titre, être comptabilisée dans le revenu soumis à cotisations. Tout au plus convient-il de tenir compte, dans l'estimation du loyer, d'éventuels inconvénients de service (VSI 3/1996 165 consid. 3). Selon les directives de l'Office fédéral des assurances sociales sur le salaire déterminant dans l'AVS, AI et APG (DSD) dans leur version valable dès le 1er janvier 2002, sont considérées comme revenu en nature d'un autre genre, les prestations de l'employeur accordées régulièrement, notamment l'octroi gratuit d'une habitation pour le salarié seul ou pour toute sa famille resp. pour son partenaire enregistré. Il en va ainsi dès que le salarié dispose de plus d'une pièce d'habitation (ch.

2058). La valeur d'un tel revenu en nature d'un autre genre doit être estimée dans chaque cas par la caisse de compensation. On se fondera dans la mesure du possible sur les taux correspondants prévus par la législation de l'impôt fédéral direct ou par le droit fiscal cantonal, pour autant que certains taux n'aient pas déjà été fixés par la CNA (ch. 2059). Si l'employeur met un logement à la disposition du salarié, celui-ci étant alors tenu de lui verser un loyer, ce loyer doit être admis lors du calcul des cotisations, sauf s'il s'écarterait manifestement de la valeur usuelle du logement au lieu considéré (ch. 2060).

A/1176/2008 - 7/12 - Dans un arrêt du 24 septembre 1980 (RCC 1981 p. 354), le Tribunal fédéral des assurances a admis la légalité de cette dernière règle dans le cas d'un employeur qui paie un salaire en espèces à son employé et met à sa disposition un logement dans un de ses immeubles à un prix avantageux alors que l'employé paie le loyer de l'appartement sur sa rétribution. En outre, il a estimé que la valeur locative du logement fixée par l'administration fiscale constitue un critère pour déterminer la valeur locative objective de l'appartement. Puis, dans un arrêt du 17 janvier 1996 (VSI 3/1996 165 consid. 3c et 4) concernant un employeur qui met à disposition de l'assuré et de sa femme un appartement de quatre pièces dans un de ses immeubles dont les charges incombent à l'employeur, il a précisé que, pour l'estimation de la prestation en nature sous la forme de la mise à disposition d'un appartement de service, l'autorité administrative fixe en principe la valeur effective de l'avantage en opérant la différence entre la valeur locative et le loyer payé, si celui-ci est sensiblement plus bas que les loyers fixés habituellement dans la région concernée. Elle jouit pour ce faire d'un large pouvoir d'appréciation (ATFA 1965 p. 153 = RCC 1966 p. 31). Il ressort de ces derniers arrêts que, lorsque l'employeur met à disposition de l'assuré un logement et lui paie un salaire en espèces, il n'y a pas de différence selon que le loyer fixé à prix avantageux est à la charge de l'employeur ou de l'assuré puisque, dans ces deux cas, on considère que l'assuré bénéficie d'un avantage en nature. En outre, il s'agit d'un revenu en nature d'un autre genre au sens de l'art. 13 RAVS qui doit être évalué par la caisse de compensation. Cette dernière dispose d'un large pouvoir d'appréciation à cet effet. La valeur de cet avantage en nature doit être fixée en principe sur la base de la différence entre le loyer payé et la valeur locative fiscale de l'appartement mis à disposition par l'employeur ou la valeur locative établie par comparaison avec les loyers fixés habituellement dans la région.

## **E. 6**

En l'espèce, on peut laisser ouverte la question de l'évaluation de l'avantage en nature selon la valeur locative fiscale dès lors que les chiffres ci-dessous permettent d'estimer précisément la valeur locative de l'appartement. Le recourant a habité du 1er janvier 1984 au 30 octobre 2005 avec son épouse un appartement de fonction de 5 pièces et demi d'une surface de 144 m<sup>2</sup> au troisième étage de X\_\_\_\_\_ construit en 1981 pour lequel X\_\_\_\_\_ a encaissé un loyer annuel de 13'056 fr. comprenant également les frais de chauffage et d'eau chaude (1'480 fr.), l'abonnement télé-réseau (144 fr.), le téléphone fixe ainsi que les communications (540 fr.) et une place de parking, soit un loyer mensuel de 1'088 fr. très nettement inférieur au loyer payé dans le canton de Genève pour un appartement de ce nombre de pièces et de cette surface. En effet, selon les données du niveau des loyers à Genève en 2007 publiées par l'Office cantonal de la statistique (statistiques des loyers de mai 2007), le loyer moyen mensuel sans charges par m<sup>2</sup> pour un logement non neuf de 5 pièces au Grand-Saconnex est de 15 fr. 75 (loyer des logements par mètre carré p. 211) de sorte que pour une surface de

A/1176/2008 - 8/12 - 144 m<sup>2</sup> il s'élève à 2'268 fr. par mois (15 fr. 75 x 144 m<sup>2</sup>), alors que le loyer moyen mensuel sans charges par m<sup>2</sup> d'un appartement de 5 pièces construit entre 1981 et 1985 situé en dehors de la ville de Genève est de 18 fr. (tableau 1.0.11 p. 116), soit de 2'592 fr pour une surface de 144 m<sup>2</sup> (18 fr. x 144 m<sup>2</sup>). Par conséquent, il est incontestable que le recourant a bénéficié d'une prestation en nature de la part d'X\_\_\_\_\_. C'est à juste titre que l'intimée relève les nuisances supportées par le recourant dans son logement puisque celui se trouve dans X\_\_\_\_\_, situé à côté de l'aéroport de Genève, qui accueille de nombreux congrès, foires et expositions drainant leur flot de visiteurs. Toutefois, elle oublie de mentionner que ce logement donne sur un parc (Campagne Sarrasin) et que les perturbations supportées ne sont pas plus importantes que celles subies par les habitants du chemin Edouard-Sarrasin qui jouxte X\_\_\_\_\_. A cet égard, dans ses courriers du 7 novembre 2006 et du 19 septembre 2007, X\_\_\_\_\_ elle-même a estimé que le loyer pour un logement de ce type, équivalent à un logement HLM, pouvait valoir à Genève, en 2006, environ 2'135 fr. 35 par mois, charges comprises (sans parking et téléphone), soit 25'624 fr. par année. Des diverses offres des régies immobilières que le recourant a produites, il ressort qu'un logement de ce nombre de pièces ou de cette surface, localisé sur la rive droite, est loué avec charges entre 2'187 fr. et 3'150 fr. par mois. A cet égard, il convient de relever que l'appartement de 5 pièces datant de 1997 et sis à Collex-Bossy, soit à proximité de X\_\_\_\_\_, est loué 2'760 fr. par mois pour une surface de 85 m<sup>2</sup> alors qu'il est également sujet aux nuisances de l'aéroport. Il y a également lieu de souligner que l'appartement de 5 pièces datant de 1992 sis à la Promenade de l'Europe aux Charmilles, soit au bord d'une route à grand trafic, est loué 2'187 fr. par mois, charges comprises, pour une surface de 104 m<sup>2</sup> alors qu'il s'agit d'un logement social avec barème d'entrée. Pour sa part, le recourant admet lui-même que la valeur locative d'un tel appartement est de 2'200 fr. par mois, plus chauffage et télé-réseau, soit 2'335 fr. 35. En outre, ces diverses offres de location sont confirmées par les statistiques du canton de Genève sur le prix moyen au m<sup>2</sup> dans la commune du Grand-Saconnex qui font état d'un loyer moyen mensuel sans charges de 2'268 fr. pour un logement de 144 m<sup>2</sup>. Au regard de ces divers éléments de comparaison, il apparaît comme réaliste de retenir l'évaluation faite par X\_\_\_\_\_ pour un logement de type équivalent, à savoir une valeur locative de 2'135 fr. 35 par mois, qui, au demeurant, est confirmée par l'offre de location à la Promenade de l'Europe. En effet, contrairement à ce que prétendent l'ancien employeur et l'intimée, l'avantage en nature consistant en une mise à disposition d'un logement de fonction ne doit pas être estimé en fonction du coût réel de location pour l'employeur mais de sa valeur locative sur le marché du logement. En effet, même si l'employeur est une fondation de droit privé sans but lucratif, son activité consiste à rentabiliser le plus possible l'infrastructure appartenant à l'Etat de Genève et financée indirectement

A/1176/2008 - 9/12 - par les contribuables de sorte qu'il n'y a aucune raison qu'elle n'applique pas globalement les prix du marché à ses logements. L'intimée considère que la valeur locative du logement correspond au loyer encaissé par X\_\_\_\_\_ puisque l'assuré subit des inconvénients, à savoir que son lieu d'habitation est imposé par l'employeur, ce qui justifie de procéder à un abattement de 50 % sur la valeur locative. Même s'il convient de tenir compte du large pouvoir d'appréciation de l'administration dans ce domaine, il n'y a aucune raison objective permettant de s'écarter de sa pratique consistant à procéder à un abattement en général d'un tiers de la valeur locative sur le marché du logement qui tient largement compte de cet inconvénient de service sans tenir compte d'un abattement supplémentaire pour des nuisances qui ne sont pas aussi

importantes que l'invoque l'intimée et qui sont identiques pour tous les habitants du quartier. De plus, pour procéder à l'évaluation de la prestation en nature, il y a lieu d'ajouter au loyer et charges mensuelles de 2'135 fr. 35, la location d'une place de parking à raison de 120 fr. par mois et les coûts de téléphone fixe estimés à 45 fr. par mois, soit des prestations qui ne font pas parties des charges habituelles mais qui sont, toutefois, payées par X\_\_\_\_\_ . Par conséquent, la valeur locative du logement de fonction peut être estimée à 2'300 fr. par mois. En procédant à un abattement de 33.3 % sur le montant de 2'300 fr., la valeur locative doit être fixée à 1'532 fr. de sorte que la prestation en nature accordée à l'assuré par l'ancien employeur est de 444 fr. par mois (1'532 fr. - 1'088 fr.), respectivement de 5'328 fr. par année.

## E. 7

Le recourant demande que ses comptes individuels AVS soient rectifiés en conséquence et augmentés du montant des prestations en nature depuis 1984. Selon l'art. 30ter LAVS, les revenus de l'activité lucrative obtenus par un salarié et sur lesquels l'employeur a retenu les cotisations légales sont inscrits au compte individuel de l'intéressé, même si l'employeur n'a pas versé les cotisations en question à la caisse de compensation. Cela vaut également lorsque le salarié et l'employeur ont conclu une convention de salaire net, c'est-à-dire lorsque l'employeur prend la totalité des cotisations sociales à sa charge (ATFA non publié du 10 octobre 2002, H 91/02, consid. 4.1). D'après l'art. 135 al. 1 RAVS, chaque caisse de compensation tient, sous le numéro d'assuré, des comptes individuels des revenus d'activités lucratives pour lesquelles les cotisations lui ont été versées jusqu'à l'ouverture du droit à une rente de vieillesse. L'inscription comprend notamment l'année de cotisations et la durée de cotisations en mois, ainsi que le revenu annuel en francs (art. 140 al. 1 let. d et e RAVS). Aux termes de l'art. 16 LAVS, les cotisations dont le montant n'a pas été fixé par décision notifiée dans un délai de cinq ans à compter de la fin de l'année civile pour laquelle elles sont dues, ne peuvent plus être exigées ni payées (al. 1, 1ère phrase). La créance de cotisations, fixée par décision notifiée conformément à l'al. 1 s'éteint cinq ans après la fin de l'année civile au cours de laquelle la décision est passée en

A/1176/2008 - 10/12 - force (al. 2, 1ère phrase). Une décision de cotisations rendue dans les délais exclut une fois pour toutes la péremption; cependant l'assurance ne peut exiger des cotisations plus élevées que celles qui ont été demandées par décision dans les délais légaux (RCC 1976 p. 35 consid 2c et 1983 p. 370 consid. 4c). En vertu de l'art. 141 al. 3 RAVS, lorsqu'il n'est demandé ni extrait de compte, ni rectification, ou lorsqu'une demande en rectification a été rejetée, la rectification des inscriptions ne peut être exigée, lors de la réalisation du risque assuré, que si l'inexactitude des inscriptions est manifeste ou si elle a été pleinement prouvée. Il n'y a matière à rectification que si la preuve stricte (ATF 117 V 265 consid. 3d) est rapportée qu'un employeur a effectivement retenu des cotisations AVS sur les revenus versés ou qu'une convention de salaire net a été fixée entre cet employeur et le salarié (cf. aussi art. 30ter LAVS); établir l'exercice d'une activité lucrative salariée n'y suffit pas (ATFA non publié du 17 juillet 2006, I 401/05, consid. 3). Toutefois, cette disposition ne donne pas à la caisse le pouvoir de trancher des questions de droit que l'assuré aurait pu soumettre au juge dans un recours, conformément à l'art. 84 LAVS, mais uniquement le pouvoir de corriger d'éventuelles erreurs d'écriture. Ces erreurs peuvent consister, par exemple, en une désignation inexacte de l'assuré ou de ses années de cotisations ou encore en des erreurs de calcul survenues lors de l'inscription ou lors de l'addition des cotisations annuelles (ATFA 1960 p. 55 ; RCC 1960 p. 80 consid. 1). En

dehors des délais fixés à l'art. 16 al. 1 LAVS, aucune correction du fond du compte individuel n'est plus autorisée (RCC 1969 p. 545 ss). En l'espèce, le droit de réclamer des cotisations échues s'éteignant cinq ans à compter de la fin de l'année civile pour laquelle la cotisation est due, la caisse ne peut réclamer des compléments de cotisations pour tenir compte des prestations en nature accordées par l'employeur dès l'année 2003. Par conséquent, le droit de réclamer un complément de cotisations est éteint pour les années 1984 à 2002. Dès lors, les comptes individuels AVS du recourant ne pourront être rectifiés que du 1er janvier 2003 au 30 octobre 2005 étant précisé que, pour cette dernière année, la prestation en nature s'élève à 4'440 fr. (444 fr. x 10 mois). En définitive, la caisse devra rectifier les décisions de cotisations pour les années 2003 à 2005 ainsi que le compte individuel du recourant pour ces années en tenant compte de prestations en nature à raison de 5'328 fr. pour les années 2003 et 2004 ainsi que de 4'440 fr. pour l'année 2005

#### **E. 8**

A teneur de l'art. 71 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA), l'autorité peut, d'office ou sur requête, ordonner l'appel en cause de tiers dont la situation juridique est susceptible d'être affectée par l'issue de la procédure. Dans ce cas, ils acquièrent les droits et obligations des parties et la décision leur devient opposable.

A/1176/2008 - 11/12 - Lorsqu'une caisse de compensation fixe le montant des cotisations paritaires par voie de décision, elle crée une obligation aussi bien à l'égard de l'employeur que du salarié (voir les art. 4 et 5, ainsi que les art. 12 et 13 LAVS). Ces derniers sont touchés de la même manière par la décision, si bien que celle-ci doit être notifiée tant à l'employeur qu'au salarié (ATFA non publié du 6 septembre 2006, dans la cause H 144/05). La jurisprudence a précisé que le droit d'être entendu des salariés concernés par une décision relative à des cotisations paritaires et, par conséquent, celui d'obtenir la notification d'une telle décision, doit, sous réserve d'exceptions admises pour des raisons pratiques, être respecté tant lorsque la qualification de l'activité des travailleurs est en cause que lorsque c'est la nature de certains versements qui est litigieuse. Des exceptions à cette règle sont toutefois admises, par exemple lorsque le nombre des salariés est élevé, quand le domicile des salariés se trouve à l'étranger ou n'est pas connu, ou encore lorsqu'il s'agit de montants de cotisations de minime importance (ATFA non publié du 6 septembre 2006, dans la cause H 144/05, consid. 3.1; ATF 113 V 1; ATFA 1965 p. 239 consid. 1 et 3; RCC 1979 p. 116 consid. 1b, 1978 p. 62 consid. 3a). En l'espèce, étant donné que la reprise des cotisations est de minime importance puisque, pour l'employeur, elle s'élèvera à 343 fr. 65 pour 2003 (6.45 % de 5'328 fr.) à 323 fr. 40 pour 2004 (6.2 % de 5'328 fr.) et à 272 fr. 95 pour l'année 2005 (6.2 % de 4'440 fr. jusqu'au 30 juin 2005, puis 6.07 %), par analogie avec la jurisprudence ci-dessus, il n'est pas nécessaire d'appeler en cause X\_\_\_\_\_.

#### **E. 9**

Au vu de ce qui précède, le recours sera partiellement admis. La décision litigieuse sera annulée et la cause renvoyée à l'intimée pour nouvelle décision au sens des considérants. Le recourant obtenant partiellement gain de cause, une indemnité de 2'000 fr. lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA).

A/1176/2008 - 12/12 -

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.