RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1725/2007-DCTI **ATA/425/2007**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 28 août 2007

dans la cause

Madame S_____ A_____ et Monsieur A_____

contre

DIRECTION DU LOGEMENT

EN FAIT

1. Madame S_____ A_____ et Monsieur A_____ sont locataires avec leurs deux enfants depuis le 1er octobre 1998 d'un appartement de six pièces, de catégorie HBM, situé 63, rue L_____ à Genève. Le loyer annuel, charges comprises, s'élève à CHF 19'896.-.

2. Le 25 avril 2006, l'office cantonal de la population (ci-après : OCP) a enregistré le changement d'adresse de Monsieur S_____, né le _____ 1981, qui habitait désormais 7, chemin F_____, Genève.

3. Nanti de cet élément, la direction du logement (ci-après : DL) a prié les époux A_____ de lui transmettre les documents propres à établir leurs revenus dès 2004, y compris ceux de M. S_____.

4. En temps utile, les époux A_____ ont remis à la DL les avis de taxation ICC et IFD 2004 ainsi que leur déclaration fiscale 2005. Sur celle-ci figurait notamment M. S_____ en qualité d'enfant à charge ayant moins de 25 ans.

5. Le 24 janvier 2007, la DL a adressé aux époux A_____ une décision : ils avaient omis de lui communiquer les modifications de revenus du groupe familial dès 2003. L'avis de situation du 30 septembre 2003 mentionnait un revenu brut annuel de CHF 139'697.-. Il était resté sans suite, alors qu'il stipulait que toute modification de la situation, autant dans la composition du groupe familial que dans les revenus de ses membres, devait être signalée.

   Or, en 2003, le revenu du groupe familial était de CHF 173'162.-, en 2004 de CHF 230'164.-, en 2005 de CHF 233'915.- et en 2006 de CHF 172'496.-. Les époux A_____ étaient soumis rétroactivement au paiement d'une surtaxe dès le 1er novembre 2003, soit le 1er jour du mois suivant la date de réception de l'avis de situation 2003 et s'élevant à CHF 64'806,30.

   Etaient joints à cette décision, dix avis de notification de surtaxe pour une période courant du 1er novembre 2003 au 31 mars 2007.

6. Les époux A_____ ont protesté par courrier du 7 février 2007.

   Ils n'avaient pas omis de signaler la hausse de revenus de leur groupe familial. Le revenu brut de M. S_____ figurait dans leur déclaration d'impôts dès 2003. A plusieurs reprises, ils avaient adressé à la DL leur avis de taxation fiscale ou déclaration fiscale. Etant donné que les services de la DL étaient directement reliés à l'administration fiscale, ils avaient pensé de bonne foi que celle-là disposait de toutes les informations nécessaires pour évaluer leur situation.

Ils considéraient que le revenu de M. S_____ ne faisait pas partie de leurs revenus en tant que locataires et ils n'avaient aucune emprise sur celui-là. Durant les années 2004, 2005 et 2006, M. S_____ avait quitté le domicile pour des périodes de plusieurs mois (service militaire de longue durée, cohabitation de longue durée avec son amie) et il était revenu pour de courtes périodes pour des visites familiales. Malgré leur demande, il n'avait pas communiqué le détail de ses revenus, ni fait un changement d'adresse alors qu'il n'était plus réellement avec eux depuis le début de l'année 2004.

La décision se basait sur le revenu brut et non pas sur le revenu déterminant comme stipulé dans l'avis de taxation. Il convenait donc de présenter des calculs tenant compte de ces derniers éléments.

Compte tenu de la surtaxe, le loyer mensuel de leur appartement s'élevait à CHF 4'400.-. Cela ne correspondait, ni à leurs revenus réels, ni au loyer du marché d'un appartement équivalent. S'ils avaient reçu cette décision antérieurement, ils auraient pu entreprendre des démarches actives pour trouver un appartement correspondant à leur capacité financière.

7. Par décision du 11 avril 2007, la DL a rejeté la réclamation.

M. S_____ avait été déclaré auprès de l'OCP à l'adresse 63, rue L_____ du 1er octobre 1998 au 1er janvier 2006, si bien que son revenu brut devait être cumulé à celui de ses parents durant cette période. A cet égard, la DL rappelait la jurisprudence du Tribunal administratif selon laquelle seules les dates ancrées dans le registre de l'OCP faisaient foi.

Les revenus bruts avaient été établis sur la base des documents fournis par les époux A_____ le 3 juillet 2006 et, conformément à la pratique confirmée par la jurisprudence constante du Tribunal administratif, ils avaient été annualisés. Toutefois, une erreur avait été commise dans la détermination du revenu depuis le 1er février 2006, de telle sorte que dix nouveaux avis de notification de surtaxe annulant et remplaçant ceux notifiés le 24 janvier 2007, étaient établis et joints à la décision sur réclamation. La surtaxe rétroactive s'élevait CHF 64'761,30.

Un arrangement de paiement en plusieurs mensualités restait possible sur demande écrite.

Dite décision indiquait la voie et le délai de recours au Tribunal administratif.

8. Les époux A_____ ont saisi le Tribunal administratif d'un recours contre la décision précitée par acte du 27 avril 2007.

Le recours portait sur la période du 1er avril 2004 au 31 décembre 2005 : pendant cette période, M. S_____ ne résidait pas effectivement à leur domicile. Il

gérait son revenu de manière autonome et ils contestaient le fait d'être tenus pour responsable d'un revenu dont ils n'avaient pas le contrôle.

Le loyer effectif de l'appartement, en incluant la surtaxe exigée deux ans plus tard, atteignait le montant de CHF 4'400.-. Cela dépassait largement le niveau des loyers libres pour le même type de logement et leur capacité financière actuelle. Les exigences de la DL étaient disproportionnées.

9. Dans sa réponse du 18 juin 2007, la DL s'est opposée au recours, pour les motifs exposés dans la décision sur réclamation.

10. Le 4 juillet 2007, les époux A_____ ont adressé des observations spontanées au Tribunal administratif.

Ils ont repris leur argumentation concernant le revenu de M. S_____, sur lequel ils n'avaient aucune emprise. Ce dernier était prêt à témoigner que durant les années 2004, 2005 et 2006, il avait quitté leur logement pour de longues périodes sans faire son changement d'adresse, malgré leurs demandes dans ce sens.

Dans le calcul du revenu déterminant, la DL n'avait pas pris en compte le rachat de prévoyance professionnelle pour les années 2004 et 2005 qui s'élevait respectivement à CHF 20'265.- et CHF 20'841.-.

Pour le surplus, ils ont persisté dans leurs précédents arguments.

La DL avait décliné une proposition de solution à l'amiable qu'ils lui avaient faite. Ils étaient prêts à payer rétroactivement un loyer qui corresponde au prix moyen du marché.

11. La DL a présenté sa duplique le 25 juillet 2007.

Concernant la prise en considération du revenu de M. S_____, la DL relevait que les époux A_____ ne l'avaient jamais informée du prétendu départ de celui-là de leur logement, pas plus qu'ils n'avaient réagi aux avis de situation 2004 et 2005.

Le recours était mal fondé sur ce point.

S'agissant de la prise en compte du rachat de la prévoyance professionnelle, le revenu déterminant au sens de la loi générale sur le logement et la protection des locataires du 4 décembre 1977 (LGL - I 4 05) n'était pas équivalent au revenu imposable selon le droit fiscal. Référence était faite à la jurisprudence du Tribunal administratif sur ce point (ATA/143/2006 du 14 mars 2006). La question des déductions était réglée par les articles 31C alinéa 1 lettre a LGL et 9 et 25 du règlement d'exécution de la loi générale sur le logement et la protection des

locataires du 24 août 1992 (RLGL – I 4 05.01). Selon la jurisprudence du Tribunal administratif, seuls les frais étroitement et directement liés à l'acquisition du revenu pouvaient être déduits (ATA/367/2001 du 29 mai 2001).

Le rachat de la prévoyance professionnelle n'était pas déductible.

Quant aux arguments des recourants sur le caractère prétendument disproportionné du montant réclamé, ils n'étaient pas pertinents dès lors que la surtaxe telle que définie par la LGL se distinguait du loyer.

Entièrement mal fondé, le recours devait être rejeté.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2. Compte tenu des arguments avancés par les recourants dans leurs écritures spontanées du 4 juillet 2007, le tribunal de céans a estimé nécessaire de procéder à un deuxième échange d'écritures, comme l'y autorise l'article 74 LPA.

3. Devant le Tribunal administratif, les recourants ne contestent, ni le principe d'une surtaxe, ni leur assujettissement avec effet rétroactif, ni encore les calculs de la DL.

Seule est litigieuse la question de la présence dans l'appartement de M. S_____ pour la période allant du 1er avril 2004 au 31 décembre 2005 et la prise en compte du revenu de ce dernier pour la période considérée.

4. a. Le locataire qui occupe un logement subventionné est astreint au paiement d'une surtaxe lorsque son revenu dépasse le barème d'entrée (art. 31 LGL).

b. La surtaxe a été définie comme la restitution partielle d'un avantage concédé par l'Etat de la part des bénéficiaires qui n'y ont plus entièrement droit ou, à la limite, comme une pénalité envers ceux qui habitent un logement subventionné alors qu'ils ne devraient pas en bénéficier (Mémorial des séances du Grand Conseil, 1974, p. 2115). Elle se distingue de l'impôt dans la mesure où celui-ci se définit, au sens strict du terme, comme une contribution unilatérale qui n'est pas liée spécialement à une contrepartie et qui représente une contribution aux tâches générales incombant à l'Etat dans l'intérêt de la collectivité (ATF 95 I 506 ; RDAF 1979 pp. 204-205).

Confirmant la jurisprudence du tribunal de céans, le Tribunal fédéral a jugé que la surtaxe est une contribution causale, indépendante des coûts dans la mesure où elle n'est pas fixée en fonction d'une dépense particulière et que son montant dépend de l'estimation de l'avantage économique du bénéficiaire (ATA/24/2005 du 18 janvier 2005 et les références citées).

Compte tenu de ce qui précède, les arguments des recourants sur le montant de leur loyer généré par la surtaxe ne sont pas pertinents.

5. L'article 31C alinéa 1 lettre a LGL définit le revenu déterminant comme l'ensemble des ressources au sens des articles 1 et suivants de la loi sur l'imposition des personnes physiques (impôt sur le revenu), du titulaire du bail, additionnées à celles des autres personnes occupant le logement, dont à déduire une somme de CHF 10'000.- pour la première personne, de CHF 7'500.- pour la deuxième et de CHF 5'000.- dès la troisième personne occupant le logement.

Sont considérées comme occupant le logement, les personnes ayant un domicile légal, déclaré à l'OCP, identique à celui du titulaire du bail (art. 31C al. 1 let. f LGL ; ATA/541/2006 du 10 octobre 2006 ; ATA/49/2006 du 31 janvier 2006 et les références citées).

Selon les pièces produites, il est établi que M. S_____ a annoncé à l'OCP son changement d'adresse dès le 1er janvier 2006. Ainsi, quelles que soient les explications données par les recourants, il faut admettre que jusqu'au 31 décembre 2005, M. S_____ faisait ménage commun avec eux et que les revenus qu'il a réalisés doivent être pris en compte dans la détermination de leurs revenus bruts.

6. Il appartient au locataire de justifier sans délai auprès du service compétent toute modification significative de revenu ainsi que tout changement dans la composition du groupe de personnes occupant le logement, survenant en cours de bail (art. 9 al. 2 RLGL). Dans ce cas, le service compétent examine la nouvelle situation du locataire dans un délai de 30 jours et fixe le nouveau montant de la surtaxe. La nouvelle surtaxe prend effet au plus tôt le 1er jour du mois suivant la date de modification du locataire (art. 11 al. 3 RLGL).

Le locataire qui ne renseigne pas en temps utile la DL s'expose au paiement d'une surtaxe rétroactive dont le principe a été maintes fois confirmé par la jurisprudence constante du Tribunal administratif (ATA/49/2006 du 31 janvier 2006 et les références citées).

En l'espèce, les recourants ne prétendent pas avoir informé la DL des allers et retours de M. S_____, pas plus qu'ils n'ont réagi aux avis de situation 2004 et 2005, quand bien même ces documents mentionnent expressément que tout changement dans la composition du groupe familial doit être porté à la connaissance de la DL.

Ce faisant, ils ont failli à l'obligation d'annonce que leur impose l'article 9 alinéa 2 RLGL.

7. Les recourants voudraient que soient déduits de leur revenu déterminant les montants qu'ils ont exposés pour le rachat de la prévoyance professionnelle de M. A_____.

Selon l'article premier de la loi sur l'imposition des personnes physiques du 22 septembre 2000 (LIPP - IV - D 3 14), l'impôt a pour objet tous les revenus, prestations et avantages du contribuable, qu'ils soient uniques ou périodiques, en espèces ou en nature et quelle qu'en soit l'origine, avant déduction.

L'article 10 LIPP - IV détermine les revenus exonérés.

La loi sur l'imposition des personnes physiques du 22 septembre 2000 (LIPP - V - D 3 16) définit le revenu net et précise quelles sont les déductions générales qui peuvent être apportées au revenu brut. L'article 2 LIPP - V est consacré aux déductions de prévoyance.

Cela étant, la LGL ne prévoit pour sa part aucune déduction au revenu déterminant. La jurisprudence du Tribunal administratif a assoupli cette rigueur en admettant que les frais directement liés à l'acquisition du revenu, tels que les intérêts hypothécaires, pouvaient être déduits à concurrence du revenu en cause, car ils étaient étroitement et directement liés à l'acquisition de ce revenu d'une manière telle qu'ils constituaient une dépense indispensable à son obtention (ATA S. du 22 juin 1993 in RDAF 1993 p. 338 et ss). Ultérieurement, le Tribunal administratif a précisé qu'afin de s'en tenir le plus possible à la volonté du législateur, la notion de frais liés à l'acquisition du revenu devait s'interpréter dans le cadre de la LGL de manière très restrictive. Ainsi, s'agissant notamment de frais de représentation et de déplacement ils contribuaient à créer de meilleures conditions pour l'acquisition du revenu, mais n'en n'étaient pas une condition sine qua non (ATA Q. du 15 février 1994). Cette jurisprudence a par la suite été confirmée à plusieurs reprises (cf. notamment ATA/367/2001 du 29 mai 2001 et les jurisprudences citées).

Dans le cas d'espèce, les sommes affectées au rachat de la prévoyance professionnelle de M. A_____ contribuent à améliorer ses conditions de vie futures. Ils ne sont en revanche pas dans un rapport de nécessité suffisant avec l'acquisition du revenu pour que M. A_____ ne puisse obtenir celui-ci sans être exposé à de tels frais.

Il s'ensuit qu'aucun élément ne justifie en l'espèce de s'écarter de la jurisprudence du Tribunal administratif en la matière.

8. Vu la nature du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge des recourants (art. 10 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 10 juillet 1986 - E 5 10.03).

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 27 avril 2007 par Madame S_____ A_____ et Monsieur A_____ contre la décision du 11 avril 2007 de la direction du logement ;

au fond :

le rejette ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

dit que, conformément aux articles 82 et suivants de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; 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, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'article 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Madame S_____ A_____ et Monsieur A_____ ainsi qu'à la direction du logement.

Siégeants : M. Paychère, président, Mmes Bovy et Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. a.i. :	le président :
P. Pensa	F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le	la greffière :