RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1408/2001 **ATAS/119/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du mardi 9 mars 2004

2ème Chambre

En la cause

Monsieur L_____, comparant par Me Michel AMAUDRUZ, en l'étude duquel il élit domicile

recourant

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION,
Route de Chêne 54, à Genève

intimée

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mmes Juliana BALDE et Maya CRAMER, Juges.

EN FAIT

1. Monsieur L_____, domicilié à Genève, est employé par l'Università degli studi di Brescia en Italie où il exerce en tant que professeur depuis le 15 février 1992. Il s'est affilié auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la Caisse) en tant que salarié d'un employeur non soumis à cotisations.

2. L'assuré a remis à la Caisse le 9 avril 2001 une attestation de salaire pour l'année 2000 dans laquelle il indiquait réaliser un revenu brut de 62'372 fr. 15 en tant que professeur à l'université de Brescia. Les frais de l'appartement qu'il loue en Italie depuis le 1er août 1999 s'élevaient à Fr. 16'728, ses charges à 5'010 fr. 15, tandis que la taxe de la ville était de Fr. 345 et que ses déplacements entre son domicile genevois et son lieu de travail représentaient une dépense de Fr. 16'751. Après déduction de ses frais, son revenu net s'élevait à Fr. 27'854.

3. La Caisse a adressé à l'assuré un décompte de cotisations AVS-AI daté du 13 août 2001, fixant les cotisations pour l'année 2000 à 5'357 fr. 55, et lui réclamant le paiement d'un solde de 1'807 fr. 55, sous déduction des versements déjà opérés.

4. L'assuré a formé recours le 11 septembre 2001, complété le 13 septembre 2001. Il a exposé qu'il avait réalisé durant l'année 2000 un salaire brut de 62'372 fr. 15 et que la Caisse avait retenu, pour calculer ses cotisations sociales, un revenu déterminant soumis à cotisation de 46'025 fr.70, en lieu et place du montant de Fr. 27'854 qu'il avait communiqué dans son attestation de revenu pour l'année 2000. L'assuré a allégué que la Caisse avait omis, contrairement à la décision de cotisation AVS-AI pour l'année 1999, de déduire de son revenu brut ses frais de déplacement pour l'Italie s'élevant à Fr. 16'751 et qu'elle lui réclamait dès lors à tort 1'807 fr. 55 supplémentaires au titre des cotisations AVS-AI et 226 fr. 20 supplémentaires au titre de la loi genevoise sur les allocations familiales. Il a conclu à ce que ses frais de déplacement soient pris en compte par la Caisse et à ce que le décompte de ses cotisations AVS-AI pour l'année 2000 soit recalculé en tenant compte d'un revenu déterminant de Fr. 27'854.

5. Dans son préavis du 13 décembre 2001, la Caisse a exposé que le recourant ne lui avait pas remis de décomptes précis qui justifient les frais invoqués et qui auraient permis de revoir sa décision du 13 août 2001. La Caisse a expliqué que les frais de déplacement et de loyer pouvaient être admis dans une certaine mesure, mais pas ceux de téléphone et de concession télévisuelle, retenus à tort dans la décision de cotisation de 1999. Selon la Caisse, l'intéressé savait que l'intégralité de ses charges n'avait pas été prise en compte lors des calculs des cotisations des années

antérieures. La Caisse a demandé au recourant de lui remettre toutes pièces justificatives relatives à ses frais des années 1999 et 2000.

6. Dans sa réplique du 14 janvier 2002, le recourant a d'abord contesté que la Caisse lui ait jamais demandé de lui faire parvenir un décompte détaillé de ses frais pour l'année 2000 en vue d'une éventuelle rectification de la décision de cotisations AVS-AI pour l'année 2000.

Ensuite, concernant ses frais d'appartement, il a précisé avoir conclu le 1er août 1999 un contrat de bail sur un appartement à Brescia (Italie; via Schivardi) pour un loyer de LIT 900'000 plus LIT 150'000 de charges par mois. Toutefois, le loyer était officiellement composé différemment, soit un loyer de LIT 800'000 plus LIT 250'000 de charges par mois. Il a expliqué que cette procédure était d'usage parmi les propriétaires d'immeuble en Italie pour des raisons d'imposition fiscale. En date du 1er mai 2000, l'assuré avait déménagé dans un appartement plus spacieux, dont il était devenu propriétaire et qu'il avait dû remettre en état. En prévoyant de revendre l'appartement à un prix au moins égal à celui payé au terme de son séjour professionnel en Italie, il escomptait réaliser une économie sur le paiement d'un loyer. Afin de déterminer ses dépenses pour l'appartement, l'assuré avait réparti le montant de l'argent emprunté pour son achat sur la durée de l'emprunt et distribué les dépenses de remise en état sur une période de cinq ans. Ceux-ci s'élevaient à 13'382 fr. 40, tandis que les charges représentaient 4'008 fr. 40. La taxe de la ville s'élevait quant à elle à 276 fr. 40.

S'agissant de ses frais de déplacement, le recourant a fait valoir qu'il avait effectué une trentaine de voyages aller-retour Genève-Brescia durant l'année 2000, dont la moitié au moyen de sa voiture, représentant une dépense de Fr. 10'500, à raison de Fr. 0,70 par kilomètres, pour 15'000 kilomètres parcourus. Douze voyages avaient été effectués en train pour un montant total de Fr. 3'576 et l'assuré avait pris l'avion à cinq reprises au moins. Le recourant comptait aussi le prix de l'abonnement des transports publics genevois, d'un montant de Fr. 700, et celui des bus de Brescia s'élevant à Fr. 552. Il a fait remarqué que le montant total de ses frais de transport représentait une somme supérieure aux Fr. 16'751 figurant dans l'attestation de salaire pour l'année 2000 qu'il avait remise à la Caisse le 9 avril 2001.

Par ailleurs, le recourant a indiqué s'opposer à une rectification de la décision de cotisations pour l'année 1999, car il ne ressortait pas des documents de la Caisse que cette dernière ait admis comme dépenses déductibles les frais de télévision et de téléphone.

L'assuré a joint à son courrier une liste détaillée de ses dépenses pour l'année 2000, comme suit :

Frais d'appartement : LIT 16'728'000, soit

location d'appartement via Schivardi : LIT 4'200'000

dette appartement via Trieste (incluant les intérêts, frais bancaires, assurances et impôts obligatoires répartis sur la durée de l'emprunt de cinq ans): LIT 6'050

honoraires de la société immobilière : LIT 1'149'000

frais de remise en état (mise à norme des installations électriques, à gaz et sanitaires) : LIT 5'679'000

Charges : LIT 5'010'500, soit

charges d'immeuble via Trieste : LIT 532'000 (sans reçu)

déménagement via Schivardi-via Trieste : LIT 2'110'000 (sans reçu)

eau : LIT 374'500

électricité : LIT 1'239'000

gaz : LIT 755'000

Taxe-ville : LIT 345'000

enregistrement terme contrat de location : LIT 120'000

taxes communales : LIT 225'000

Déplacements : Fr. 16'751

train : (52 x Fr. 298) : Fr. 15'496

bus Genève : Fr. 700

Bus Brescia : LIT 690'000

7. Dans sa duplique du 5 février 2003, la Caisse a établit un nouveau revenu déterminant pour l'année 2000 sur la base des pièces fournies par le recourant à l'appui de son courrier du 14 janvier 2002. La Caisse a ainsi retenu que le recourant avait réalisé durant l'année 2000 un revenu brut de 62'372 fr. 15, duquel il fallait déduire les impôts à la source italiens s'élevant à 17'662 fr. 85, ainsi que les frais d'acquisition du revenu (les conversions ayant été effectuées selon le taux de change officiel de l'OFAS de Fr. 0,08215 pour 100 LIT), soit :

Pour l'appartement :

12 loyers à LIT 800'000, soit LIT 9'600'000, soit 7'886 fr. 40 ; la Caisse a exposé qu'elle ne prenait pas en compte les dépenses liées à l'acquisition d'un logement plus spacieux, qu'elle considérait comme somptuaires et sans lien immédiat avec l'acquisition du revenu.

des charges d'un montant de 12 x LIT 100'000 selon contrat de bail, soit LIT 120'000, équivalent à Fr. 985.80.

les frais d'eau, gaz et électricité, selon attestation semestrielle multipliée par deux, LIT 1'736'952, soit 1'426 fr. 90.

Pour les frais de déplacement :

Trajet aller-retour Genève-Brescia (en comptant trente déplacements sur la base d'un billet demi-tarif, deuxième classe, avec achat d'un abonnement annuel demi-tarif), soit 30 x Fr. 156 + Fr. 150, représentant Fr. 4'830 et un abonnement de bus à Brescia d'une valeur de LIT 690'000, équivalent à 566 fr.85. La Caisse a précisé qu'elle ne tenait pas compte de l'abonnement des bus genevois, car il n'était pas lié à son travail à Brescia.

La Caisse a ainsi établi que les frais totaux d'acquisition du revenu de l'assuré s'élevaient à 15'695 fr. 95 et que son revenu déterminant était donc de 30'329 fr. 75. Au surplus, la Caisse a soulevé la question de savoir si certains frais de l'assuré en Italie étaient pris en charge par son employeur.

8. Le recourant a répondu par courrier du 27 mars 2003. Il a relevé qu'il fallait déduire de son salaire déterminant de Fr. 27'824 la somme de 17'662 fr. 85 correspondant aux impôts à la source italiens. Il a fait remarqué que la Caisse n'était pas revenue sur son intention de rectifier la décision de cotisation AVS-AI pour l'année 1999 et qu'il fallait considérer cette question comme close. S'agissant de ses frais d'appartement, il a allégué que la Caisse devait retenir le montant officieux du loyer, correspondant à la pratique italienne, et qu'elle devait aussi tenir compte de l'achat de son appartement et des frais de remise en état, ce qui représentait à terme une mesure d'économie et non une dépense somptuaire. Concernant les frais d'eau, gaz et électricité, il a noté des erreurs dans le décompte de la Caisse, le montant total étant de 1'945 fr.30 et non de 1'426 fr. 90. Il a encore relevé que la Caisse avait omis de tenir compte dans sa duplique du 5 février 2003 de la taxe-ville d'un montant de 283 fr. 80. S'agissant de ses frais de déplacement, l'assuré a exposé que le montant de Fr. 4'830 retenu par la Caisse n'était pas réaliste et que l'on ne saurait exiger de lui qu'il consacre huit heures de train pour visiter sa famille le week-end à Genève et huit autres pour regagner son lieu de travail à Brescia.

EN DROIT

1. La Loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (ci-après LOJ) a été modifiée et un Tribunal cantonal des assurances sociales a été institué dès le 1er août 2003 (art. 1 let. r). Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la LOJ, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi précitée et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales. La compétence du Tribunal de céans est dès lors établie pour trancher du présent litige.

2. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (ci-après LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant de nombreuses modifications dans le domaine des assurances sociales. Le cas d'espèce demeure toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel le juge des assurances sociales n'a pas à prendre en considération les modifications du droit ou de l'état de fait postérieures à la date déterminante de la décision litigieuse (ATF 127 V 467, consid. 1, 121 V 386, consid. 1b ; cf. également dispositions transitoires, art. 82 al. 1 LPGA). Le présent litige sera en conséquence examiné à la lumière des dispositions de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (ci-après aLAVS) et du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (ci-après aRAVS) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.

3. Déposé dans les formes et délai imposés par la loi, le présent recours est recevable (art. 84 aLAVS).

4. Selon, l'art. 4 de la Convention du 14 décembre 1962 entre la Confédération Suisse et la République Italienne relative à la sécurité sociale, les ressortissants suisses domiciliés en Suisse et exerçant une activité lucrative sur sol italien sont soumis au système de sécurité sociale italien.

   Dans le cas d'espèce, le recourant a souhaité rester assuré auprès des assurances sociales suisses et s'est affilié auprès de la Caisse, ainsi que l'y autorise l'art.1 al. 4 let. a aLAVS. A ce titre, il est considéré comme salarié d'un employeur non soumis à cotisations en application de l'art. 6 aLAVS, étant donné que seuls les employeurs ayant un établissement en Suisse sont tenus de payer des cotisations (art. 12 al. 2 aLAVS a contrario).

   D'après l'art. 6 aLAVS, les cotisations des assurés dont l'employeur n'est pas soumis à cotisations sont calculées en fonction du salaire qu'ils perçoivent.

A cet égard, les articles 7 et ss. aRAVS définissent ce qu'il faut entendre par salaire déterminant soumis à cotisations.

Aux termes de l'art. 9 aRAVS, les frais généraux sont les dépenses résultant pour le salarié de l'exécution de ses travaux. Ne font pas partie des frais généraux les indemnités accordées régulièrement pour le déplacement du domicile au lieu de travail habituel et pour les repas courants pris au domicile ou au lieu de travail habituel; ces indemnités font en principe partie du salaire déterminant. Les frais généraux peuvent être déduits du salaire déterminant s'il est prouvé qu'ils s'élèvent à au moins 10 pour cent du salaire versé. Les frais décomptés séparément du salaire peuvent dans tous les cas être déduits.

Par ailleurs, les frais généraux que font valoir les salariés doivent être prouvés ou rendus vraisemblables (RCC 1983 p. 310) et ils doivent être déduits à concurrence de leur montant effectif (Directives concernant le salaire déterminant – DSD n°3005) ; là où il est établi que des frais généraux ont été encourus mais où des circonstances spéciales empêchent la preuve stricte de ces frais, ceux-ci doivent être estimés par la caisse de compensation (RCC 1990 p. 41). La caisse de compensation retient les frais que l'employeur et/ou le salarié rendent vraisemblables et qui sont usuels dans la profession considérée ; les frais généraux sont les dépenses résultant pour le salarié de l'exécution de ses travaux. Ces dépenses incombent au salarié en sus de ses frais d'entretien courant. Il peut s'agir de frais de voyages de service, soit le transport, la nourriture et le logement, frais de représentation et de dépenses pour la clientèle, les frais de matériel et de vêtements de travail, les frais d'utilisation de locaux affectés à l'exercice de l'activité lucrative, les frais de déménagement pour raison professionnelle, les frais de formation ou de perfectionnement professionnel lorsqu'ils se trouvent en relation étroite avec l'activité professionnelle du salarié (DSD n°3005).

En revanche, les frais d'entretien courants qui sont encourus de manière identique ou analogue également sans exercice d'une activité lucrative ne sont pas considérés comme des dépenses au sens ci-dessus (RCC 1982 p. 354).

Au surplus, l'employeur ou le salarié doit prouver ou du moins rendre vraisemblable que les frais qu'il allègue sont bien réels. La maxime de l'intervention qui caractérise la procédure administrative non contentieuse aussi en matière de sécurité sociale exige cependant que l'administration ou le juge en cas de litige ne se borne pas à constater que la personne tenue de payer des cotisations n'a pas réussi à prouver ou à rendre suffisamment vraisemblable l'existence de frais encourus. Elle doit bien plutôt requérir d'office les données nécessaires pour apporter cette preuve, si cela est possible sans difficulté excessive ; le cas échéant, il suffit d'inviter ladite personne à faire elle-même ce que l'on peut exiger d'elle et à fournir les documents utiles (RCC 1979 p. 77).

5. En l'espèce, le recourant a allégué le 14 janvier 2002 qu'il avait effectué une trentaine de voyages aller-retour Genève-Brescia durant l'année 2000 pour des motifs professionnels, dont la moitié au moyen de sa voiture, douze en train, et cinq par avion et que ces derniers devaient être décomptés de son salaire déterminant.

   A ce propos, le TFA, appliquant les principes susmentionnés, a jugé que les frais de déplacement usuels entre les lieux de domicile et de travail constituaient en principe un emploi normal du salaire et non pas des frais généraux déductibles du salaire soumis à cotisations. Aussi la pratique administrative dispose-t-elle que les frais supplémentaires de transport du lieu de domicile au lieu de travail ne constituent des frais généraux que si ces lieux sont notablement éloignés l'un de l'autre. Dans un cas d'espèce, le TFA a considéré que les frais de déplacement entre les lieux de domicile et de travail distants respectivement de 55 et 47 km ne constituent pas des frais généraux déductibles du salaire soumis à cotisations (cf. RCC 1994 p. 84). Exceptionnellement, lorsque la distance entre les lieux de domicile et de travail est au moins égale à une centaine de kilomètres, ou s'il existe le cas échéant d'autres motifs d'importance, les caisse peuvent, après un examen du cas particulier, admettre une partie de l'indemnité de déplacement au titre de frais, si le salarié n'a pas choisi son lieu de domicile pour des motifs « de convenance personnelle » (cf. VSI 1994 p. 197).

   Dans le cas particulier, les frais de déplacement du recourant de son domicile à son lieu de travail et retour doivent être pris en considération pour le calcul du salaire déterminant au sens de l'art. 9 aRAVS, car la distance Genève-Brescia est égale à 800 Kms, parce que ces trajets sont nécessaires à l'acquisition de son revenu et qu'ils sont, dans l'ensemble, dûment établis. Au demeurant, la Caisse n'était pas fondée à ne tenir compte, dans le calcul du salaire déterminant, que de frais de déplacement théoriques que le recourant aurait effectués en train, en lieu et place de ses frais de déplacement effectivement encourus.

   S'agissant des frais d'abonnement aux bus TPG de Genève, ils ne font pas partie des frais généraux et ne sauraient être déduits du salaire déterminant au sens de l'art. 9 al. 1 aRAVS, car un salarié domicilié à Genève aurait également à supporter le coût du trajet domicile-lieu de travail.

6. Le recourant a par ailleurs avancé qu'il fallait déduire de son salaire déterminant ses frais de logement consistant dans l'achat d'un appartement via Trieste à Brescia. A ce propos, il est avéré que les frais de logement sont nécessaires à l'acquisition du revenu dans le cas particulier, du fait de l'éloignement du domicile genevois du recourant de son lieu de travail. A cet égard, la somme de Fr. 1'100 dépensée mensuellement pour son logement correspond au remboursement sur cinq années de l'emprunt effectué pour l'achat de l'appartement et n'est ni excessive, ni somptuaire, mais équivalente à un loyer et

reste proche du loyer en Fr. 657 par mois dont s'acquittait le recourant pour la location de l'appartement via Schiavardi jusqu'à fin avril 2000. De plus, l'achat de l'appartement via Trieste répond à une logique économique, puisque le recourant peut escompter le revendre au terme de son activité à Brescia et récupérer ainsi ses fonds.

Dès lors, force est de reconnaître que les frais de logement via Trieste constituent des frais professionnels nécessaires à l'acquisition du revenu et qu'ils doivent, à ce titre, être déduits du salaire déterminant du recourant, en application de l'art. 9 aRAVS. Il en va ainsi également des frais de remise en état de l'appartement, nécessaires pour le rendre habitable.

7. La Caisse devra donc recalculer le salaire déterminant du recourant pour l'année 2000 en procédant aux déductions nécessaires et en examinant les postes de dépenses nécessitant une instruction complémentaire, tels le montant exact des dépenses liées aux déplacements, notamment en avion, la production des pièces concernant l'achat de l'appartement via Trieste, ainsi que les frais d'entretien, et en tenant compte de la taxe-ville de Brescia dans le calcul de son salaire déterminant. La Caisse devra aussi déterminer si son employeur a participé à ses frais durant l'année 2000, auquel cas cette participation ne pourra pas être déduite de son salaire déterminant.

8. Au vu de ce qui précède, le recours est admis, la décision dont est recours annulée, et le dossier renvoyé à la Caisse pour nouveau calcul des cotisations AVS-AI dues par le recourant pour l'année 2000, au sens des considérants.

Vu le résultat de la procédure, il se justifie d'allouer des dépens au défendeur, qui seront fixés en l'espèce à 1'500 fr.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.

3. Annule la décision de la Caisse du 13 août 2001 fixant les cotisations AVS-AI du recourant pour l'année 2000.

4. Renvoie la cause à la Caisse pour complément d'instruction et nouvelle décision au sens des considérants.

5. Alloue au recourant une indemnité de 1'500 Fr. à titre de participation à ses frais et dépens ainsi qu'à ceux de son mandataire.

6. 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 qu'elle 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).

Le greffier :

Pierre RIES

La Présidente :

Isabelle DUBOIS

Le secrétaire-juriste : Alain ACHER

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