RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1128/2005 **ATAS/728/2005**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 2

du 6 septembre 2005

En la cause

Monsieur H_____,

recourants

Madame H_____,

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, intimée
route de Chêne 54, 1208 GENEVE

Siégeant : Madame Isabelle DUBOIS, Présidente, Mmes Juliana BALDE et Karine STECK , Juges

EN FAIT

1. H_____ (ci-après le recourant) est né le 25 novembre 1933. Le 12 mars 1965, il a épousé D_____ (ci-après la recourante), née le 15 octobre 1941. Deux enfants sont issus de cette union, à savoir Boris, né le 27 août 1965, et Frédéric, né le 18 juillet 1969.

2. Le recourant a exercé une activité indépendante. A la suite de l'amputation d'une jambe, consécutive à un accident de la circulation, l'assurance-invalidité lui a alloué une rente entière d'invalidité de janvier 1960 à mars 1961, puis une demi-rente simple du 1er avril au 31 décembre 1961.

3. En raison de divers recours et réclamations, les recourants n'ont pas reçu de taxation définitive pour les impôts relatifs aux années 1994 à 2003.

4. Par décision du 18 décembre 1998, modifiée le 22 mars 2000, la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la Caisse) a alloué au recourant, dès le 1er décembre 1998, une rente mensuelle de vieillesse de 1'202 fr. et une rente mensuelle complémentaire pour son épouse de 361 fr., respectivement dès le 1er janvier 1999, une rente de vieillesse mensuelle de 1'214 fr. et une rente mensuelle complémentaire de 364 fr. Ces rentes ont été calculées sur la base des revenus de l'assuré, d'une échelle de rente 44, d'un revenu annuel moyen déterminant (ci après RAM) de 21'492 fr. dès le 1er décembre 1998 et de 21'708 fr. dès le 1er janvier 1999.

5. Le recours que l'intéressé avait interjeté contre cette décision auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI, alors compétente, a été rejeté par jugement du 4 avril 2001, confirmé par arrêt du 23 octobre 2001 du Tribunal fédéral des assurances.

6. Le 1er juin 2004, la recourante a déposé une demande de rente de vieillesse.

7. Par décision du 2 novembre 2004, la Caisse a alloué à la requérante, dès le 1er novembre 2004, une rente mensuelle ordinaire de vieillesse de 1'302 fr. tenant compte d'un RAM de 24'054 fr. basé sur 42 années de cotisations correspondant à une échelle de rente 44 (maximale) et de 20 années complètes de bonifications éducatives.

8. Par décision du même jour, la Caisse a également adapté la rente de vieillesse du recourant, dès le 1er novembre 2004, en la fixant à 1'247 fr. sur la base d'un RAM de 21'522 fr., de 42 années de cotisations correspondant à une échelle de rente 44 (maximale) et de 20 années complètes de bonifications éducatives.

9. Le 30 novembre 2004, respectivement le 1er décembre 2004, les recourants ont formé opposition contre ces décisions et ont conclu à l'octroi d'une rente de vieillesse mensuelle « maximale ». Ils invoquent l'absence de taxation fiscale définitive

pour les années 1994 à 1997 concernant le recourant et 1994 à 2002 concernant la recourante, taxations aujourd'hui prescrites pour les années 1994 à 1997.

10. Par décision sur opposition du 17 mars 2005, la Caisse a joint les oppositions, puis a réexaminé le calcul des décisions du 2 novembre 2004 et a rejeté les oppositions.

11. Par acte du 15 avril 2005, les recourants concluent à l'octroi d'une rente de vieillesse ordinaire complète sous suite de dépens. A l'appui de leurs conclusions, ils se réfèrent à leur opposition. De plus, ils invoquent une inégalité de traitement quant au revenu d'un salarié et d'un indépendant en raison des différences de charges. Ils considèrent également que le recourant a dû supporter des frais de prothèse qui ont eu pour conséquence d'augmenter les frais généraux de son entreprise au détriment de son revenu. Enfin, ils relèvent que la précédente décision d'octroi d'une rente de vieillesse dès le 1er décembre 1998 avait un caractère provisoire.

12. Dans sa réponse du 26 avril 2005, l'intimée a persisté dans les termes et conclusions de sa décision sur opposition.

13. Le 10 mai 2005, le Tribunal de céans a accordé aux recourants un délai au 31 mai 2005 pour consulter les pièces communiquées par l'intimée. Sur quoi, la cause a été 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'article 56 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 loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le

plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1; 335 consid. 1.2; ATF 129 V 4 consid. 1.2; ATF 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références). Les règles de procédure quant à elles s'appliquent sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b). La LPGA s'applique donc au cas d'espèce.

4. Interjeté dans la forme et le délai prévus par la loi, le recours est recevable, en vertu des art. 56 et ss LPGA.

5. Le litige porte sur le calcul de la rente de vieillesse allouée à chacun des recourants depuis le 1er novembre 2004.

6. En vertu de l'art. 29bis al. 1 LAVS, nouvelle teneur introduite dans la loi par la novelle du 7 octobre 1994 (10ème révision de l'AVS) en vigueur depuis le 1er janvier 1997, le calcul de la rente est déterminé par les années de cotisations, les revenus provenant d'une activité lucrative ainsi que les bonifications pour tâches éducatives ou pour tâches d'assistance entre le 1er janvier qui suit la date où l'ayant droit a eu 20 ans révolus et le 31 décembre qui précède la réalisation du risque assuré (âge de la retraite ou décès). Selon l'art. 29 LAVS, les rentes ordinaires de vieillesse sont servies sous forme de rentes complètes aux assurés qui comptent une durée complète de cotisation (let. a) et de rentes partielles aux assurés qui comptent une durée incomplète de cotisation (let. b).

7. D'après l'art. 29ter al. 1 LAVS, la durée de cotisation est réputée complète lorsqu'une personne présente le même nombre d'années de cotisations que les assurés de sa classe d'âge. Selon l'alinéa 2 de cette disposition légale, sont considérées comme années de cotisations, les périodes pendant lesquelles une personne a payé des cotisations (let. a); pendant lesquelles son conjoint au sens de l'art. 3 al. 3 LAVS a versé au moins le double de la cotisation minimale (let. b); pour lesquelles des bonifications pour tâches éducatives ou pour tâches d'assistance peuvent être prises en compte (let. c). Aux termes de l'art. 29bis al. 2 aLAVS (dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 1996), les années, pendant lesquelles la femme mariée ou la femme divorcée était exemptée du paiement de cotisations en vertu de l'art. 3 al. 2 let. b aLAVS (en vigueur jusqu'au 31 décembre 1996), sont comptées comme années de cotisations lors du calcul de la rente de vieillesse simple.

   Selon l'art. 29quater LAVS, la rente est calculée sur la base du revenu annuel moyen. Celui-ci se compose des revenus de l'activité lucrative (let. a) et des bonifications pour tâches éducatives (let. b). Aux termes de l'art. 30 LAVS, la somme des revenus de l'activité lucrative est revalorisée en fonction de l'indice des rentes prévu à l'art. 33ter LAVS. Le Conseil fédéral détermine annuellement les facteurs de revalo-

risation (al. 1). La somme des revenus revalorisés provenant d'une activité lucrative et les bonifications pour tâches éducatives ou pour tâches d'assistance sont divisées par le nombre d'années de cotisations (al. 2).

S'agissant du revenu provenant d'une activité lucrative, sont pris en considération les revenus d'une activité lucrative sur lesquels des cotisations ont été versées (art. 29^{quinquies} al. 1er LAVS). Les revenus que les époux ont réalisés pendant les années civiles de mariage commun sont répartis et attribués par moitié à chacun des époux, étant précisé que cette répartition concerne exclusivement les années durant lesquelles les deux conjoints étaient assurés auprès de l'AVS (art. 50b al. 1er RAVS).

8. Les recourant ne contestent pas, à juste titre, la durée de cotisations prise en compte par l'intimée, l'échelle de rente 44 qui se base sur une durée complète de cotisations, les 20 années de bonifications pour tâches éducatives. En revanche, ils contestent les revenus de l'activité lucrative comptabilisés par l'intimée générateurs selon eux d'une inégalité de traitement, l'absence de taxation fiscale définitive pour les années 1994 à 2003, le caractère provisoire de la rente de vieillesse du recourant allouée par décision du 18 décembre 1998 et modifiée le 22 mars 2000.

a) Au sujet des revenus de l'activité lucrative, les recourants prétendent que les frais de prothèse que le recourant a dû assumer ont provoqué une augmentation des frais généraux de son entreprise au détriment de son revenu qui serait génératrice d'une inégalité de traitement par rapport à un salarié. Dans son arrêt du 23 octobre 2001, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que l'argumentation développée par le recourant en relation avec sa capacité de travail depuis 1955 et avec les frais d'acquisition de son revenu, en particulier avec les frais de prothèse, ne permet pas de s'écarter des indications ressortant de son compte individuel pour déterminer le revenu annuel moyen. En conséquence, les revenus du recourant comptabilisés par l'intimée sont devenus définitifs et exécutoires, raison pour laquelle la même argumentation à nouveau développée en instance cantonale ne peut être que rejetée.

b) Quant à l'argument de l'absence de taxation fiscale définitive pour les années 1994 à 1997 en raison de la prescription, il ne peut pas être pris en considération pour modifier les revenus retenus par l'intimée. En effet, en présence d'un litige fiscal pendant depuis plusieurs années, il appartenait aux recourants de se prémunir contre les risques d'une prescription, ce qu'ils n'ont manifestement pas fait. En l'absence de taxation fiscale définitive pour les années 1994 à 1997, conformément à l'art. 23 al. 5 RAVS, l'intimée était en droit d'estimer les revenus de l'activité lucrative au sens de l'art. 29^{quinquies} al. 1 LAVS sur la base des seuls éléments dont elle disposait, à savoir les taxations provisoires pour les années 1994 à 1997. Par ailleurs, l'argument de la recourante quant à l'absence de taxation fiscale définitive pour les années 1998 à 2003 n'est pas davantage relevant. En effet, en tant que salariée, on ne voit pas en quoi l'absence de taxation fiscale définitive aurait une quelconque incidence sur le calcul de sa rente de vieillesse, puisque les cotisations AVS

des salariés sont prélevées directement par les employeurs sur la base du salaire déterminant, soit sur des éléments connus et définitifs (cf. art 5 et 14 al. 1 LAVS).

c) Au sujet du caractère provisoire de la rente de vieillesse allouée dès le 1er décembre 1998, on ne comprend pas ce que le recourant entend déduire en sa faveur de cet argument dans la présente procédure. En effet, les taxations fiscales provisoires étant les seuls éléments d'estimation des revenus de l'activité lucrative à disposition de l'intimée, le calcul provisoire opéré par l'intimée en 1998, respectivement en 2000, garde toute sa valeur.

d) Le calcul, déjà vérifié par l'intimée dans sa décision sur opposition du 17 mars 2005 et qui n'est pas remis en cause pour le surplus, doit être confirmé. En effet, pour chacun des recourants, l'intimée a correctement procédé au splitting de leurs revenus pour les années 1966 à 1997. Pour le recourant, elle a multiplié la somme des revenus de l'activité lucrative de 266'163 fr. par le facteur de revalorisation 1.799 s'appliquant à une rente versée en 1998 (cf. art. 31 LAVS) avec une première année de cotisation en 1954 (Tables des rentes 2005, p. 17). Cela donne une somme des revenus revalorisés provenant d'une activité lucrative de 478'828 fr. Si l'on divise cette somme par la durée de cotisations à prendre en compte, soit 42 ans, la moyenne des revenus provenant d'une activité lucrative est de 11'401 fr., comme indiqué par la caisse dans les feuilles de calcul. Pour la recourante, l'intimée a multiplié la somme des revenus de l'activité lucrative de 415'366 fr. par le facteur de revalorisation 1.453 s'appliquant à une rente versée en 2004 avec une première année de cotisation en 1962 (Tables des rentes 2005, p. 17). Cela donne une somme des revenus revalorisés provenant d'une activité lucrative de 603'527 fr. Si l'on divise cette somme par la durée de cotisations à prendre en compte, soit 42 ans, la moyenne des revenus provenant d'une activité lucrative est de 14'370 fr., comme indiqué par la caisse dans les feuilles de calcul. Déterminé conformément à l'art. 30 LAVS, le revenu annuel moyen s'élève pour le recourant à 19'930 fr. (11'401 fr. + 8'529 fr.). Arrondi à 21'522 fr., il correspond à une rente de vieillesse de 1'247 fr. par mois, en application de l'échelle de rente 44 (Tables des rentes 2004, p. 18). Pour la recourante, le revenu annuel moyen s'élève à 23'413 fr. (14'370 fr. + 9'043 fr.). Arrondi à 24'054 fr., il correspond à une rente de vieillesse de 1'247 fr. par mois, en application de l'échelle de rente 44 (Tables des rentes 2004, p. 18).

8. Au vu de ce qui précède, la décision sur opposition du 17 mars 2005 doit être confirmée. Le recours s'avère mal fondé.

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. Confirme la décision sur opposition du 17 mars 2005.

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 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
Sylvie CHAMOUX	Isabelle DUBOIS

Le secrétaire-juriste :

Philippe LE GRANDR ROY

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