RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1410/2002 **ATAS/732/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

5ème chambre

du 22 septembre 2004

En la cause

Madame A_____, mais comparant par Me Gérard MONTAVON recourante en l'Etude duquel il élit domicile

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, intimée domiciliée 54, route de Chêne, 1211 Genève 29

Siégeant : Mme Maya CRAMER, Présidente, Mme Isabelle DUBOIS et Mme Valérie MONTANI, juges.

EN FAIT

1. Madame A_____, née S_____ et de nationalité suisse, était immatriculée à l'Université X_____ du semestre d'hiver 1972 au semestre d'été 1975.

2. En avril 1975, elle a épousé Monsieur A_____, dont elle a divorcé le 27 avril 2001. A la suite de ce divorce, la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après : la caisse) a procédé au partage des revenus des ex-époux.

3. A la réception de son compte individuel, Madame A_____ a contesté les revenus qui lui ont été attribués au motif qu'il manquait plusieurs années de cotisations alors qu'elle était étudiante et qu'il y avait des lacunes pour les années 1983 et 1984.

4. Par décision du 22 novembre 2002, la caisse a refusé de modifier le compte individuel pour les années 1972 à 1975. Elle a expliqué que, de 1948 à 1958, les étudiants ne pouvaient s'inscrire à l'Université X_____ que s'ils présentaient leur carnet de timbres pour étudiants mis à jour par ses soins. Dès l'ouverture des inscriptions au semestre d'hiver 1959/1960 et jusqu'en 1969, la caisse avait délégué à l'Université X_____ un de ses collaborateurs, lequel enregistrait, à son guichet, les inscriptions des étudiants. Toutefois, la caisse n'avait aucune garantie que tous les étudiants assujettis à l'AVS passaient au guichet de son fonctionnaire pour l'inscription. Le système des timbres-cotisations a été par la suite maintenu. La caisse n'acceptait l'inscription sur le compte individuel du revenu correspondant aux cotisations payées à l'aide de timbres que si l'achat des timbres était prouvé, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. La seule attestation d'immatriculation à l'Université X_____ était insuffisante pour établir ce fait.

5. Par acte du 23 décembre 2002, Madame A_____, par l'intermédiaire de son conseil, interjette recours contre cette décision devant la Commission cantonale de recours AVS/AI (ci-après : la Commission de recours), en concluant à son annulation et à ce que le paiement des cotisations pendant les années 1972 à 1975 soit reconnu. Elle affirme avoir fourni « des photocopies des timbres universitaires confirmant son inscription pour les années 1972 à 1975 ainsi que le paiement des cotisations ». Elle fait en outre valoir que dès 1959/1960, les étudiants immatriculés à l'université avaient l'obligation de s'acquitter des cotisations AVS et qu'aucune immatriculation n'était enregistrée sans que, au préalable, l'étudiant fût passé auprès des collaborateurs délégués par le service de l'AVS au guichet de l'université. La recourante ne comprend dès lors pas comment la caisse peut contester le paiement des cotisations pour les années 1972 à 1975, alors même que son immatriculation régulière à l'Université X_____ pendant cette période est établie. Enfin, elle reproche à la caisse de ne lui avoir donné aucune explication concernant les cotisations manquantes pendant les années 1983 et 1985, années

pendant lesquelles son ex-mari avait exercé une activité indépendante régulière en tant qu'architecte.

6. Le 4 juillet 2003, la caisse a communiqué à la Commission de recours qu'elle procédait actuellement à un complément d'instruction, dès lors qu'il semblait que l'ex-mari de Madame A_____ n'avait nulle part déclaré son activité indépendante, ce qui expliquerait les faibles revenus figurant sur son compte individuel. Le cas échéant, la caisse accepterait de procéder à l'affiliation rétroactive de Monsieur A_____.

7. Par ordonnance du 17 mars 2004 du Tribunal de céans, auquel les causes pendantes devant la Commission de recours ont été transmises à la suite de sa création et de son entrée en fonction en date du 1er août 2003, l'instruction du recours a été suspendue d'accord entre les parties.

8. Le 29 mars 2004, la caisse s'est déterminée sur le recours de l'assurée, en concluant sur son rejet. Elle a répété que, à l'époque des études de la recourante, les cotisations AVS des étudiants étaient encaissées sous forme des timbres à coller dans un carnet et que les cotisations étaient ensuite inscrites sur le compte individuel, sur la base de ce carnet. Lorsque celui-ci ne pouvait être présenté, l'inscription sur le compte individuel devait être refusée, en l'absence de preuve du paiement des cotisations. Une exception n'était admise qu'à condition que l'assuré était immatriculé dans un établissement d'instruction pendant la période concernée, que cet établissement subordonnait l'inscription aux cours à la présentation d'un document attestant le paiement des cotisations et que l'assuré était domicilié en Suisse. Or, depuis le semestre d'hiver 1959/1960, l'Université X_____ ne subordonnait plus l'inscription aux cours au paiement des cotisations AVS, de sorte que la deuxième condition n'était pas remplie. Concernant l'ex-mari de la recourante, la caisse a allégué que celui-ci ne s'était jamais affilié comme indépendant auprès d'une caisse de compensation et n'avait donc pas payé de cotisations AVS pour cette activité, de sorte que la caisse ne pouvait enregistrer un quelconque revenu pour les années 1983 et 1984 et en attribuer la moitié à la recourante. La caisse avait par ailleurs renoncé à une affiliation d'office, dans la mesure ou Monsieur A_____ était membre de la Fédération interprofessionnelle des entreprises romandes et avait été affilié rétroactivement au 1er janvier 1999 à la caisse de compensation de cette association. Il appartenait dès lors à cette caisse de rectifier le cas échéant le compte individuel des ex-époux A_____ à partir de cette date.

9. Interprétant cette dernière écriture de la caisse comme une demande implicite de reprise de l'instruction, le Tribunal de céans a levé la suspension de la cause en date du 27 avril 2004.

10. Dans ses écritures du 19 mai 2004, la recourante a jugé inadmissible que l'administration réclamât plus de 30 ans après les attestations que la plupart des étudiants qui avaient fréquenté l'université à l'époque étaient dans l'incapacité matérielle de produire. S'agissant de l'activité indépendante de son ex-époux, elle a allégué qu'il ressortait de l'instruction d'une plainte qu'elle avait déposée devant la Commission de surveillance en matière de poursuites et faillites, dans le cadre d'une poursuite à l'encontre de ce dernier, que celui-ci avait exercé une activité en tant qu'indépendant depuis 1995 à ce jour, de sorte que son affiliation rétroactive devait se situer bien antérieurement à la date du 1er janvier 1999. Elle a produit également un procès-verbal de saisie daté de février 1998, selon lequel son ex-mari avait déclaré un montant de 310 fr. par mois à titre de revenu provenant de son activité d'architecte indépendant. Toutefois, selon la recourante, ses revenus avaient été en réalité bien supérieurs à ce qu'il avait indiqué.

10. Le 9 juin 2004, la caisse a persisté dans ses conclusions. Concernant l'affiliation de l'ex-époux de la recourante avant le 1er janvier 1999, elle a allégué que la loi prévoyait un délai de prescription de 5 ans, au-delà duquel les caisses de compensation ne pouvaient pas agir.

11. L'Université X_____ a communiqué le 7 juillet 2004 au Tribunal de céans que les étudiants soumis à cotisation ne pouvaient s'y inscrire, de 1948 à 1958, que s'ils présentaient leur carnet de timbres pour étudiants mis à jour par la caisse. Dès l'ouverture des inscriptions au semestre d'hiver 1959/1960 et jusqu'en 1969, la caisse avait délégué à l'université un de ses collaborateurs qui enregistrait à son guichet les inscriptions des étudiants. L'inscription aux cours n'était cependant plus subordonnée à la preuve du paiement des cotisations AVS.

12. Par leurs écritures des 9 et 31 août 2004, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

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.

Statuant sur un recours de droit public, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 1er juillet 2004, confirmé que la disposition transitoire constituait la solution la plus rationnelle et était conforme, de surcroît, au droit fédéral (arrêt 1P. 183/2004).

Egalement saisi de la question de l'inconstitutionnalité du Tribunal cantonal des assurances sociales, il a déclaré que la création de ce tribunal ne pouvait être remise en cause, vu la force dérogatoire du droit fédéral, soit en l'occurrence l'art. 57 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA).

2. 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 de recours ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales. La compétence du Tribunal de céans est dès lors établie pour connaître du présent litige.

3. La LPGA a entraîné de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance vieillesse et survivants. 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. 1er 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 LAVS) et du règlement sur l'assurance vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (ci-après RAVS) en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.

4. Déposé dans les forme et délai imposés par la loi le présent recours est recevable (art. 84 LAVS et 141 al. 2 RAVS).

5. Selon l'art. 145 al. 1 RAVS, les cotisations d'employeurs et de salariés pour les assurés qui sont occupés, passagèrement ou d'une façon répétée, pour une période de courte durée chez un ou plusieurs employeurs, et pour lesquels le versement direct des cotisations à la caisse de compensation entraînerait par trop de complications, sont payées au moyen de timbres spéciaux collés dans un carnet prévu à cet effet. L'assuré doit se procurer ce carnet auprès de la caisse cantonale de compensation de son domicile ou de l'agence de la caisse, le cas échéant auprès d'un autre bureau officiel désigné par celle-ci. Aux termes de l'al. 3 de cette disposition, l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après : OFAS) déterminera les professions dont l'exercice implique la possession d'un carnet de timbres et déterminera également quels sont les cas particuliers dans lesquels les cotisations peuvent être payées au moyen de timbres par d'autres salariés et leurs employeurs

ou par des personnes n'exerçant aucune activité lucrative. L'art. 146 RAVS prescrit que les timbres doivent être acquis auprès de la poste.

En application de ces dispositions, l'OFAS a introduit pour les étudiants sans activité lucrative le versement des cotisations au moyen de timbres, dans le but d'éviter des frais d'administration disproportionnés par rapport au montant de la cotisation minimale due par les étudiants en vertu de l'art. 10 al. 2 LAVS. A la fin des études, le carnet de timbres devait être remis à la caisse de compensation, à laquelle l'assuré était affilié, et les cotisations versées au moyen de timbres étaient inscrites sur le compte individuel de cotisations.

Cette procédure de perception des cotisations instituée par les art. 145 et 146 RAVS a été jugée par le Tribunal fédéral des assurances (TFA) conforme à la LAVS. Notre Haute Cour a considéré que l'art. 67 de cette loi constituait une base légale suffisante pour adopter un tel mode de perception des cotisations des assurés n'exerçant aucune activité lucrative (ATF 110 V 93 ss consid. 3 = RCC 1984 p. 513).

6. A l'époque de la période de cotisations litigieuse, soit entre 1972 et 1975, les cotisations des étudiants sans activité lucrative étaient perçues au moyen de timbres-cotisations, ce qui n'est pas contesté par la recourante.

7. En application de l'art. 141 RAVS, tout assuré à le droit d'exiger de la caisse de compensation qui tient pour lui un compte individuel un extrait des inscriptions faites (al 1). Dans les 30 jours suivant la remise de l'extrait de compte, il peut contester avec motif à l'appui l'exactitude d'une inscription auprès de la caisse de compensation (al. 2). Lorsqu'il n'est pas demandé d'extrait de compte, que l'exactitude d'un extrait n'est pas contestée et qu'une réclamation a été écartée, 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 (al. 3).

   Selon la jurisprudence en la matière, la caisse de compensation ne peut, dans une procédure de rectification engagée lors de la survenance du risque assuré, trancher des questions de droit que l'assuré aurait pu faire juger déjà auparavant par voie de recours. Elle ne peut que corriger éventuellement les erreurs d'écritures (RCC 1944 p. 184 consid. 1 et p. 460). La procédure de rectification au sens de l'art. 141 al. 2 RAVS qui est initiée par le biais d'un recours contre un extrait de compte avant la réalisation du risque assuré, doit également se limiter à la rectification d'erreurs d'écritures ou d'inscriptions, ce qui exclut la modification matérielle de la situation d'un assuré en matière de cotisations. Toutefois, il n'existe en principe aucune obligation, à l'occasion de l'examen d'une demande de rectification avant la réalisation du risque assuré, d'appliquer les règles limitant les preuves énumérées à

l'art. 141 al. 3 RAVS, sauf si l'assuré fait valoir qu'il a payé les cotisations en timbres-cotisations (RCC 1991 p. 389 consid. 2a).

Concernant le mode de perception au moyen de timbres-cotisations, la jurisprudence exige, pour des motifs de sécurité juridique, de se montrer stricte en matière d'appréciation des preuves lorsqu'un assuré allègue avoir perdu ou détruit son carnet de timbres-cotisations (ATF 110 V 97 consid. 4a). En application de cette jurisprudence, le chiffre 2118 des directives sur les cotisations des travailleurs indépendants et des non-actifs (DIN), dans sa teneur au moment de la notification de la décision litigieuse, prévoit que les cotisations ne sont considérées comme payées, en cas de perte ou destruction du carnet de timbres-cotisations, que si les trois conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- l'assuré doit avoir été immatriculé à l'établissement de l'instruction concerné pendant la période litigieuse ;

- ledit établissement doit avoir subordonné, à l'époque considérée, l'inscription aux cours à la présentation d'un document attestant les paiements des cotisations AVS ;

- l'assuré doit avoir été domicilié en Suisse pendant la période considérée ; pour les ressortissants suisses, cette condition est présumée.

8. En l'occurrence, même si la recourante a contesté l'extrait de compte individuel avant la réalisation du risque assuré, les règles en matière de preuve du paiement des cotisations au moyen des timbres-cotisations, prescrites pour l'examen de la demande de rectification du compte individuel à l'occasion d'un litige portant sur la fixation de la rente, sont également applicables, conformément à la jurisprudence précitée.

   La recourante n'est pas en mesure de produire le carnet de timbres-cotisations. Il convient par conséquent faire application de la directive précitée.

   Il appert que la recourante ne remplit que deux des trois conditions auxquelles est subordonnée la preuve du paiement des cotisations au moyen de timbres-cotisations, en cas de perte ou destruction dudit carnet. En effet, s'il ne peut être contesté qu'elle était immatriculée à l'Université X_____ et domiciliée en Suisse pendant la période considérée, ce dernier établissement ne soumettait plus, durant les années 1972 à 1975, l'inscription aux cours au paiement préalable des cotisations AVS, comme il l'a confirmé par son courrier du 7 juillet 2004.

   Cela étant, le refus de l'intimé de rectifier le compte individuel de la recourante est fondé.

9. S'agissant des années de cotisations 1983 et 1984, celles-ci ne font pas l'objet de la décision dont est recours, dans la mesure où celle-ci n'avait trait qu'aux années de cotisations de la recourante en tant qu'étudiante entre 1972 et 1975.

   En tout état de cause, même si le recours devait également porter sur ces années, il conviendrait de considérer avec l'intimée que la rectification ne peut aujourd'hui plus être effectuée, dans la mesure où les cotisations pour les années 1983 et 1984 ne peuvent plus être exigées ni être payées, le délai de prescription de 5 ans à compter de la fin de l'année civile pour laquelle elles sont dues (16 al. 1 LAVS) étant expiré.

10. Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ

A la forme :

Déclare recevable le recours interjeté par Madame A_____ contre la décision du 22 novembre 2002 de la Caisse cantonale genevoise de compensation ;

Au fond :

1. Le rejette ;

2. Dit que la procédure est gratuite ;

3. 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 :
Yaël Benz	Maya Cramer

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