RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1424/2000 **ATAS/740/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du mardi 21 septembre 2004

2ème Chambre

En la cause

Monsieur R_____,

recourant

contre

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

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Juliana BALDE, Juges.

EN FAIT

1. Monsieur R_____, né le février 1935, a déposé une demande de rente de vieillesse auprès de la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la CCGC) le 22 novembre 1999.

2. Par décision du 3 avril 2000, la CCGC lui a octroyé une rente ordinaire de l'assurance-vieillesse et survivants, à partir du 1er mars 2000, d'un montant de 1'233 fr., basée sur 27 années et 2 mois de cotisations et sur un revenu annuel moyen déterminant de 49'446 fr.

3. Par courrier du 2 mai 2000, l'assuré a interjeté recours contre cette décision, contestant le nombre d'années de cotisations prises en compte. Il a fait valoir que contrairement à ce qu'avait retenu la CCGC, il n'était pas étudiant en 1955, mais avait commencé l'Université en novembre 1956 seulement. L'année 1955 ne pouvait donc être considérée comme une année d'étude. Il n'avait en outre pas été inscrit à l'Université au semestre d'été 1958 et, comme il avait travaillé pendant le 2ème semestre de l'année 1958, il avait été dispensé des cotisations pour cette année-là. Enfin, il avait dû payer l'année 1960, alors qu'il était inscrit à l'Université, au moyen de timbres, contrairement à ce que son compte individuel mentionnait.

4. Dans un préavis du 28 juin 2000, la CCGC a fait valoir que selon le carnet de timbres du recourant, ce dernier avait été étudiant à l'Université dès le semestre d'hiver 1955 et jusqu'en 1962. Pour les années 1957, 1958, 1960, 1961 et 1962, il avait été dispensé de cotiser en tant qu'étudiant car il avait exercé des activités lucratives temporaires, dont certaines avaient été également payées à l'aide de timbres. Il avait ensuite versé des cotisations en tant que salarié jusqu'en septembre 1964. Il était parti au Canada d'octobre 1964 à octobre 1965. Il avait à nouveau payé des cotisations de novembre 1965 à décembre 1967. Il était ensuite reparti à l'étranger de janvier 1968 à novembre 1969 et avait versé des cotisations de janvier à août 1971. Il avait de nouveau travaillé à l'étranger de septembre 1971 à décembre 1972 et avait payé des cotisations de janvier à octobre 1973. De novembre 1973 à février 1986, il avait séjourné en France et en Australie. Le recourant s'était ensuite assuré par l'entremise de la Caisse suisse de compensation (assurance facultative des suisses de l'étranger) en mars 1985 et de janvier à août 1986, puis, de retour en Suisse, il avait payé régulièrement des cotisations de janvier 1986 à février 2000. La rente qui lui avait été octroyée avait été basée sur ces données, soit sur 27 années, aboutissant à une échelle de rente 27 et sur un revenu annuel moyen de 49'446 fr. L'assuré avait recouru contre la décision de rente, exposant qu'il n'était étudiant à l'Université que depuis novembre 1956, qu'il

avait été dispensé de payer des cotisations pendant l'année 1958 et contestant la non prise en compte de l'année 1960 comme année de cotisations. En l'occurrence, il semblait que les cotisations du 2ème semestre 1955 avaient été payées à tort, dans la mesure où le recourant n'était pas encore entré dans sa 21ème année (début de l'obligation de cotiser selon l'art. 3 al. 1 de la loi sur l'assurance vieillesse et survivants - LAVS). Ces cotisations n'étaient toutefois pas perdues puisqu'elles avaient pu être utilisées pour combler des lacunes de cotisations. Le carnet de timbres du recourant portait la mention « dispensé » pour le premier semestre 1955 et pour les années 1957, 1958, 1959, 1960, 1961 et 1962, l'assuré exerçant alors vraisemblablement des activités lucratives temporaires. En revanche, aucune cotisation n'avait été payée pour l'année 1960, bien que le recourant ait été dispensé de cotisation étudiant pour cette année. Il n'était pas exclu qu'il ait alors exercé une activité lucrative qui n'avait pas été déclarée à la caisse. Il incombait dès lors à l'assuré d'amener des moyens de preuves concernant l'exercice d'une activité lucrative cette année-là. Cependant, cette lacune de l'année 1960 avait pu être partiellement comblée par les cotisations de jeunesse des six mois de l'année 1955. Ainsi, il apparaissait que la décision de la caisse était parfaitement justifiée, puisque le recourant avait cotisé au total 27 ans, soit 6 mois pour 1955, utilisés pour combler la lacune 1960, puis 10 et 7 mois entre 1956 et 1973, 14 ans et 11 mois depuis 1973, auxquels s'ajoutait une année d'appoint, utilisée pour combler la lacune de cotisations de l'année 1978 (selon l'art. 52d du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants - RAVS); quant aux deux mois payés lors de l'année d'ouverture du droit à la rente (janvier - février 2000), ils avaient été utilisés pour combler les mois de novembre et décembre 1985 (selon l'art. 52c RAVS).

5. Dans des observations complémentaires du 24 août 2000, le recourant a persisté dans les allégués de son recours, alléguant que les timbres étudiant avaient été faussement collés dans l'espace juillet à décembre 1955 et dans l'espace janvier à juin 1956, puisque son immatriculation à l'Université datait du 17 novembre 1956.

6. Répondant à des questions posées par la greffière en charge du dossier lors de l'existence de la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants, le recourant a, par courrier du 17 septembre 2002, notamment expliqué qu'il avait travaillé en 1960, mais qu'il ne se souvenait plus du nom de son employeur. Il a persisté pour le surplus dans les allégués et les conclusions de son recours.

7. Par courrier du 30 novembre 2002, l'assuré a transmis une attestation de l'entreprise X_____, selon laquelle il avait travaillé pour elle du 30 novembre au 15 décembre 1960 pour un salaire de 168 fr.

8. Le Tribunal de céans a rejeté, par arrêt du 13 janvier 2004, le recours.

Le demandeur a interjeté recours auprès du Tribunal fédéral des assurances (TFA); suite à l'annulation de l'élection des seize juges assesseurs du Tribunal cantonal des assurances sociales du canton de Genève par le Tribunal fédéral, le 27 janvier 2004, le TFA, par arrêt du 5 avril 2004, a annulé le jugement rendu par le Tribunal de céans et renvoyé la cause afin qu'il statue dans une composition conforme à la loi.

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).

   C'est dans la composition prévue par l'art. 162 LOJ que le Tribunal de céans statue dans la présente cause.

2. Conformément à l'art. 3, al. 3 de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la LOJ, entrée en vigueur le 1er août 2003, la présente cause, introduite le 2 mai 2000 et pendante devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants, a été transmise d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales.

3. Le Tribunal de céans constate en outre que le recours, interjeté dans les forme et délai légaux, est recevable à la forme, conformément à l'art. 84 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS).

4. 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 et a entraîné la modification de nombreuses dispositions dans le domaine de l'assurance-vieillesse et survivants. La législation en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 demeure toutefois déterminante en l'espèce. En effet, d'après la jurisprudence, la législation applicable en cas de changement de règles de droit reste celle qui était en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié

5. juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (ATF 125 V 467 consid. 1 ; 126 V 166 consid. 4b), les faits sur lesquels l'autorité de recours peut être amenée à se prononcer dans le cadre d'une procédure de recours de droit administratif étant par ailleurs ceux qui se sont produits jusqu'au moment de la décision administrative litigieuse (ATF 121 V 366 consid. 1b).

5a. Les rentes ordinaires de l'assurance-vieillesse et survivants sont servies sous forme de rentes complètes ou de rentes partielles ; l'assuré a droit à la rente complète lorsque la durée de cotisation est complète (art. 29, al. 2 LAVS). Celle-ci est réputée complète lorsque l'assuré a, entre le 1er janvier qui suit la date où il a eu 20 ans révolus et l'ouverture du droit à la rente, payé des cotisations pendant le même nombre d'années que les assurés de sa classe d'âge (art. 29 bis, al. 1 LAVS). Lorsque la durée de cotisation est incomplète, l'assuré a droit à une rente partielle, selon le rapport arrondi entre ses années entières de cotisation et celles de sa classe d'âge (art. 28, al. 2 LAVS). A l'intérieur de l'échelle de rente applicable (art. 52 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 - RAVS), le montant de la rente est fonction du revenu annuel moyen de l'assuré (art. 30, al. 1 LAVS). Celui-ci est calculé en divisant la somme des revenus provenant d'une activité lucrative, somme sur laquelle l'assuré a payé des cotisations jusqu'au 31 décembre de l'année qui précède la naissance du droit à la rente, par le nombre des années durant lesquelles l'assuré a payé des cotisations depuis le 1er janvier de l'année qui suit celle où l'assuré a accompli sa 20ème année jusqu'à la date mentionnée (art. 30, al. 2 LAVS).

En l'espèce, le litige porte sur la prise en compte de l'année 1960 dans l'échelle de rentes, le recourant alléguant avoir travaillé en 1960 et versé des cotisations, qui n'ont pas été comptabilisées sur son compte individuel. Il a par ailleurs contesté avoir été inscrit à l'Université avant le 7 novembre 1956, expliquant que les timbres-étudiant avaient été faussement collés dans son carnet dans l'espace juillet à décembre 1955 et dans l'espace janvier à juin 1956.

Selon l'art. 14, 1er alinéa LAVS, les cotisations perçues sur le revenu provenant de l'exercice d'une activité dépendante sont retenues lors de chaque paie ; elles doivent être versées périodiquement par l'employeur en même temps que la cotisation d'employeur. Selon l'art. 30 ter LAVS, un compte individuel (ci-après le CI) est établi pour chaque assuré tenu de payer des cotisations ; on y inscrit les indications nécessaires au calcul des rentes ordinaires. L'art. 16, 1er al., 1ère phrase LAVS dispose que 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. Selon l'art. 138, 1er al. RAVS, les revenus touchés par un salarié, sur lesquels l'employeur a retenu les cotisations, sont inscrits au CI même si l'employeur n'a pas versé ces cotisations à la caisse de compensation. Cette disposition s'applique également lorsqu'un salaire net a été convenu entre les parties, c'est-à-dire lorsque

l'employeur prend à sa charge la totalité des cotisations ; il faut cependant que ces circonstances spéciales soient dûment prouvées. Tant qu'il n'est pas établi que l'employeur a réellement retenu les cotisations sur le salaire de son employé, ou aussi longtemps que l'existence qu'une convention de salaire net n'est pas prouvée, une rectification du CI ne saurait avoir lieu (RCC 1960, p. 359 ; 1969, p. 546). Après l'expiration du délai de prescription de l'art. 16, 1er al. LAVS, l'inscription des revenus du salarié effectuée en vertu de l'art. 138, 1er al. RAVS, n'est possible qu'aux conditions exposées à l'art. 141, 3ème al. RAVS. Celui-ci prévoit que lorsqu'il n'est pas demandé d'extrait de compte, que l'exactitude d'un extrait de compte n'est pas contestée ou 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. Selon la jurisprudence, il convient pour des motifs de sécurité juridique, de se montrer strict en matière d'appréciation des preuves, surtout lorsqu'une telle affirmation est faite après plusieurs années, à l'occasion d'un litige portant sur la fixation de rente (ATF 17 V 262, consid. 3 et les références ; 110 V 97, consid. 4a et la référence). Cependant, la règle de preuve posée à l'art. 141, al. 3 RAVS n'exclut pas l'application du principe inquisitoire. La preuve absolue doit être fournie selon les règles usuelles sur l'administration des preuves et le fardeau de la preuve qui prévalent dans l'assurance sociale, l'obligation de collaborer de la partie intéressée étant toutefois plus étendue dans ce cas (ATF 117 V 265 et suivants, consid. 3d).

5b. En l'occurrence, le recourant produit une fiche de salaire de l'entreprise X_____, selon laquelle il a travaillé pour cette société du 30 novembre au 15 décembre 1960 pour un salaire brut de 168 fr., sur lequel ont été prélevés 4 fr. de cotisations de l'assurance-vieillesse et survivants.

Quand bien même la CCGC n'a pu retrouver, après plusieurs recherches auprès de diverses caisses de compensation, la trace du versement de ces cotisations, il faut considérer que le recourant a apporté la preuve, au moyen de la fiche de salaire, de ce que son employeur a en 1960 retenu des cotisations à hauteur de 4 fr.

Toutefois, même si l'on prend en compte ces deux mois de cotisations pour le calcul de la rente, il s'avère que le montant final de la rente serait exactement le même, selon un calcul simulé par la CCGC. En effet, l'échelle de rente applicable reste identique et le revenu annuel moyen ne connaît qu'une augmentation absolument minime qui n'a aucune influence sur le montant de la rente.

Ainsi, la décision de la rente de la CCGC, bien qu'elle ne prenne pas en compte les mois de novembre et décembre 1960 en tant que cotisations et le revenu de 168 fr. perçu pendant ces deux mois, n'est pas critiquable.

6. Quant aux autres prétentions du recourant, le Tribunal de céans constate que ce dernier n'a pas apporté la preuve de l'inexactitude des inscriptions au CI ; pour le surplus, la suppression de la prise en compte des cotisations de 1955 et du

semestre d'été 1956 aurait une incidence négative sur le nombre de mois total de cotisations et du montant de la rente.

Au vu de ce qui précède, le recours s'avère mal fondé et doit être rejeté.

* * *

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

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

A la forme :

1. Reçoit le recours ;

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 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

La secrétaire-juriste : Frédérique Glauser

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