

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1496/2002

ATAS/667/2004

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 30 août 2004

3^{ème} chambre

En la cause

Madame G_____,

recourante

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE INVALIDITE, rue de
Lyon 97, case postale 425, 1211 Genève 13

intimé

Siégeant : Madame Karine STECK, Présidente,

Mesdames Juliana BALDE et Isabelle DUBOIS, juges

EN FAIT

1. Depuis le 1^{er} avril 2001 (décision du 7 mars 2002), Monsieur S _____ est au bénéfice d'une rente d'invalidité entière. Celle-ci a été assortie de deux rentes complémentaires, l'une pour son fils, E _____, l'autre pour son épouse, Madame S _____.
2. Suite au divorce des époux S _____ en septembre 2002, il a été procédé au recalcul des rentes. Par décision du 8 novembre 2002, l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI) a fixé le montant de la rente complémentaire d'E _____ à Fr. 765.— par mois, à compter du 1er octobre 2002. La rente de Fr. 798.— qui avait déjà été versée pour le mois d'octobre 2002 a été déduite et le montant à restituer, soit Fr. 33.--, a été compensé sur la rente du mois de novembre 2002. Par ailleurs, à partir du mois d'octobre 2002, la rente complémentaire pour conjoint a été supprimée, au motif que les prestations versées en faveur de l'enfant étaient supérieures à la moitié des frais d'entretien et que la mère n'en assurait donc pas l'entretien de manière prépondérante.
3. Par courrier du 12 novembre 2002, Madame G _____ -S _____ a interjeté recours contre cette décision. Elle allègue que lors du divorce, la garde et l'autorité parentale lui ont été accordées. Elle conteste que les prestations versées en faveur de son fils soient supérieures à la moitié de ses frais d'entretien. Elle explique que son fils est atteint du HIV et que cette maladie nécessite d'importants investissements financiers. En effet, chaque année, l'enfant doit être soumis à un contrôle mensuel durant une matinée entière au service de pédiatrie. Le rythme des contrôles s'espace ensuite mais se renouvelle tous les trois mois. De plus, un suivi psychologique et psychiatrique sont essentiels pour que l'enfant s'adapte à son infirmité. Les séances ont lieu une fois par semaine ou de manière plus irrégulière. Enfin, sa santé, fragilisée par le virus, provoque des absences scolaires qui nécessitent alors la présence de sa mère. Cette dernière se dit par conséquent dans l'impossibilité d'augmenter son taux d'activité à plus de 65 ou 70%. Elle explique qu'elle travaille à 50% et que s'y ajoutent 15% d'études pédagogiques obligatoires. En conséquence, l'assurée demande que lui soit conservé le droit à une rente de conjoint pour lui permettre de s'investir pleinement dans le traitement de son enfant.
4. Invité à se prononcer, l'OCAI, dans son préavis du 13 janvier 2003, s'en est remis à l'avis de la caisse de compensation s'agissant du calcul et du versement de la rente complémentaire pour conjoint.
5. Invitée à se prononcer à son tour, la caisse interprofessionnelle d'assurance-vieillesse et survivants de la Fédération romande des syndicats patronaux (devenue depuis lors la Fédération des entreprises romandes ; ci-après la caisse) a conclu au rejet du recours. Elle explique qu'à compter du 1er octobre 2002, seul l'enfant a

droit à une rente complémentaire, dans la mesure où la mère n'assume pas une part prépondérante de son entretien.

6. Par courrier du 2 avril 2003, l'assurée a maintenu son recours. Elle fait valoir que le montant des frais engendrés par la maladie de son fils a pour conséquence que son entretien est bien plus élevé que celui d'un enfant « normal » et demande que cet aspect soit pris en compte. A l'appui de ses dires, elle produit plusieurs attestations médicales, dont il ressort effectivement que l'état de l'enfant nécessite un traitement médicamenteux lourd qui impose des contrôles sanguins et cliniques très réguliers, qu'il rencontre des difficultés alimentaires, qu'il doit suivre un traitement psychothérapeutique, que la maladie présente un facteur à la fois déclenchant et aggravant des symptômes constatés et que des contrôles médicaux réguliers sont indispensables.
7. Par courrier du 23 avril 2003, la caisse a maintenu sa position.
8. Le 1^{er} août 2003, la cause a été transmise au Tribunal cantonal des assurances sociales.

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 (TCAS), composé de cinq juges, dont un président et un vice-président, cinq suppléants et seize juges assesseurs (art. 1 let. r et 56T LOJ).

Suite à l'annulation de l'élection des seize juges assesseurs par le Tribunal fédéral (TF) le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente (art. 162 LOJ) permettant au TCAS de siéger sans assesseurs, à trois juges titulaires, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

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

Egalement saisi de la question de l'éventuelle inconstitutionnalité du TCAS, le TF a estimé que la création de ce tribunal ne pouvait être remise en cause, vu la force dérogatoire du droit fédéral, et plus particulièrement de l'art. 57 LPGa en l'occurrence.

2. Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de

recours en matière d'assurance-invalidité ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique (cf. article 56 V LOJ).

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 de nombreuses modifications dans le domaine de l'assurance-invalidité. 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 du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI) et de son règlement en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002 (RAI). Les dispositions légales seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.
4. Le recours, interjeté en temps utile devant la juridiction compétente est recevable, conformément aux art. 69 LAI et 84 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS), dans leur teneur valable jusqu'au 31 décembre 2002.
5. a) En vertu de l'art. 34 al. 1 LAI, les personnes mariées qui peuvent prétendre une rente ont droit, si elles exerçaient une activité lucrative immédiatement avant la survenance de l'incapacité de travail, à une rente complémentaire pour leur conjoint, pour autant que ce dernier n'ait pas droit à une rente de vieillesse ou d'invalidité. La rente complémentaire n'est toutefois octroyée que si l'autre conjoint : a) peut justifier d'au moins une année entière de cotisations ou (b) a son domicile et sa résidence habituelle en Suisse.

b) Une personne divorcée est assimilée à une personne mariée si elle pourvoit de manière prépondérante à l'entretien des enfants qui lui ont été attribués et ne peut prétendre à une rente d'invalidité ou de vieillesse (art. 34 al. 3 LAI).
6. Selon les directives de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) concernant les rentes de l'AVS et de l'AI (DR), il est présumé que le conjoint divorcé assume une part prépondérante de l'entretien des enfants qui lui ont été attribués lorsque les contributions alimentaires de l'autre conjoint ou les prestations de tiers représentent un montant inférieur à la moitié des frais d'entretien des enfants, considérés au regard des normes.

En effet, lorsqu'il s'agit de déterminer si un parent divorcé assume l'entretien de ses enfants de manière prépondérante et durable, le Tribunal fédéral des assurances (TFA) se réfère aux taux des recommandations préconisés par Heinz WINZELER,

dans une étude effectuée à Zurich en 1974, taux régulièrement adaptés par l'OFAS sur la base de l'indice suisse des prix à la consommation (cf. DR, appendice III). Le taux entier est appliqué lorsqu'il s'agit de déterminer si la rente pour enfant peut, sur demande, être versée au conjoint séparé ou divorcé et le taux de ½ lorsqu'il s'agit d'établir si le parent divorcé assume une part prépondérante de l'entretien des enfants qui lui ont été attribués. A cet égard – au titre de prestations versées par des tiers – on tient compte, dans le calcul, du montant des rentes pour enfants alloué au conjoint divorcé (RCC 1976 p. 92).

7. La formule « pourvoit de manière prépondérante à l'entretien des enfants » utilisée à l'art. 34 al. 3 LAI est un concept juridique indéterminé qui nécessite une évaluation par le juge. Elle est liée à la notion d'entretien des enfants qui, de son côté, revêt des aspects multiples et nécessite une large dose de concrétisation (pour une étude complète de la notion d'entretien, cf. BREITSCHMID, System und Entwicklung des Unterhaltsrechts, PJA 1994, p. 838ss ; HEGNAUER, Grundriss des Kindersrechts, 4^{ème} éd., Berne 1994, p. 144 ad ch. 21.15).

Pour la détermination des dépenses destinées à couvrir les frais d'entretien des enfants – à la différence de la fixation des contributions d'entretien selon l'art. 285 al. 1 du code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; ATF 120 II 288 consid. 3a et b, 116 II 112 consid. 3a et b ; cf. aussi message concernant la révision du code civil suisse du 15 novembre 1995, édition séparée, p. 164) -, le TFA s'est décidé pour une solution de tables uniforme, ne prenant pas en compte les circonstances particulières (ATF 103 V 55 ; VSI 1997 p. 182 consid. 3).

Malgré les critiques adressées sur ce point (HAFFTER, Der Unterhalt des Kindes als Aufgabe von Privatrecht und öffentlichem Recht, thèse, Zurich 1984, p. 157ss), ainsi qu'à l'encontre des montants de l'office de la jeunesse du canton de Zurich (KELLER, Die Empfehlungen des Jungendamtes des Kantons Zürich zur Bemessung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder, RSJ 1977 p. 181ss.; KEHL, die Kommerzialisierung der Ehe, RSJ 1981 p. 366 ; CURTY, A propos des „recommandations“ pour la fixation des contributions d'entretien des enfants éditées par l'office de la jeunesse du canton de Zurich), le Tribunal s'en est tenu à sa jurisprudence. Il a considéré en particulier qu'une prise en compte des frais d'entretien effectifs conduirait à une inégalité de traitement aux dépens de parents de condition économique modeste (ATFA non publiés I 609/77 du 19 juin 1978 et I 181/78 du 12 juin 1979). Dans un arrêt non publié I 62/85 du 12 juin 1986, le TFA a confirmé ce mode de considération schématique et refusé en conséquence de porter en compte, dans le calcul des frais d'entretien des enfants, la perte de revenu d'une femme divorcée qui renonçait à étendre son activité lucrative pour mieux s'occuper de son enfant invalide. Par la suite, il a à nouveau estimé qu'il n'y avait pas de raison de s'écarter de la solution des tables choisie pour son uniformité et son caractère praticable (VSI 1997 p. 182 consid. 3).

8. En l'espèce, l'enfant, né le janvier 1997, était âgé d'un peu moins de cinq ans au moment de la décision litigieuse. Le taux applicable pour un enfant unique de cet âge est de Fr. 658.-- par mois (valeur 2001). Force est donc de constater que le montant de la rente complémentaire allouée mensuellement à l'enfant (Fr. 765.--) est supérieur. Compte tenu de la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances rappelée supra, une prise en compte des frais d'entretien effectifs telle que la demande la recourante ne peut qu'être écartée.

Eu égard aux considérations qui précèdent, le recours est rejeté.

**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. Dit que la procédure est gratuite ;
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par plis 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:

Janine BOFFI

La Présidente :

Karine STECK

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