RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1686/2002 **ATAS/519/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

4ème chambre

du 30 juin 2004

En la cause

Madame D_____

recourante

contre

CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION, 54, route de Chêne, 1208 Genève

intimée

Siégeant : Madame Juliana BALDE, Présidente, Mesdames Isabelle DUBOIS et Doris WANGELER, juges.

EN FAIT

1. Madame D_____, née le décembre 1936 en Argentine, a épousé un ressortissant suisse le décembre 1956, en Israël. Arrivée en Suisse en 1992, l'intéressée a divorcé le mars 1994. Elle était au bénéfice d'une rente AVS de Fr. 1'162.- par mois dès le 1er janvier 1999. Cette rente avait été calculée sur la base d'un revenu annuel moyen déterminant de Fr. 19'296.-, une durée de cotisation de 41 années et une échelle de rente applicable 44.

2. Après avoir procédé à un contrôle du dossier, la Caisse cantonale genevoise de compensation (ci-après la caisse) s'est aperçue qu'une erreur de calcul avait été commise lors de la notification de la décision de rente du 1er janvier 1999. En conséquence, par décision du 1er avril 2003, elle a octroyé à l'intéressée une rente de vieillesse de Fr. 856.- par mois dès le 1er avril 2003. Cette rente a été calculée sur un revenu annuel moyen déterminant de Fr. 40'512.- et une durée de cotisation déterminante de 21 ans et 10 mois conduisant à une échelle de rente applicable 23.

3. L'intéressée a formé opposition auprès de la caisse en date du 23 avril 2003. Par décision du 16 juin 2003, la caisse a rejeté l'opposition formée par l'assurée, relevant que lors de son premier calcul, elle avait attribué à tort des cotisations supplétives de mariage pour les années 1961 à 1977 à l'assurée, alors que cette dernière n'y avait pas droit puisqu'elle était domiciliée à l'étranger et que son mari n'avait pas cotisé durant cette période. En supprimant les années de cotisations supplétives de mariage, l'échelle de rente est passée de 44 à 23, ce qui explique la conséquence de la diminution de la rente. Dans la mesure où cette erreur de calcul n'est pas imputable à l'assurée et que celle-ci est au bénéfice de prestations complémentaires de l'OCPA, la caisse ne lui a pas réclamé la restitution des rentes versées à tort ; elles feront l'objet d'une compensation entre l'OCPA et la caisse.

4. Le 14 juillet 2003, l'assurée a interjeté recours auprès de la Commission cantonale de recours en matière d'assurance-vieillesse et survivants, contestant, pour l'essentiel, la diminution de sa rente de vieillesse.

5. Dans son préavis du 13 août 2003, la caisse a persisté dans les termes et conclusions de sa décision sur opposition.

6. Le Tribunal de céans, auquel la cause a été transmise d'office le 1er août 2003, a ordonné la comparution personnelle des parties. L'assurée a déclaré qu'elle est née en Argentine, son pays d'origine, qu'elle a épousé un ressortissant suisse en 1956 en Israël, où elle avait vécu et travaillé jusqu'en 1990 et qu'elle avait adhéré à l'assurance facultative en 1978.. Auparavant, en 1959-1960, l'assurée et son mari étaient revenus en Suisse pour y travailler. La caisse a précisé qu'en 1971, l'ex-époux de l'assurée a payé des cotisations personnelles auprès de la Caisse suisse de compensation ; les revenus de cette année-là ont été partagés conformément aux

directives de l'OFAS du 2 novembre 1994 relatives aux fonctionnaires internationaux de nationalité suisse et de leurs conjoints non-actifs.

7. La caisse a interrogé la Caisse suisse de compensation quant aux cotisations payées par l'ex-époux de l'intéressée en 1971 ; Monsieur DH_____ avait adhéré une première fois à l'assurance facultative le 1er juin 1971. Il n'avait toutefois payé des cotisations que du 1er juin 1971 au 30 novembre 1971, raison pour laquelle il avait été exclu de l'assurance facultative. La caisse a également communiqué au Tribunal les directives de l'OFAS du 2 novembre 1994.

8. Les pièces et documents ont été transmis à l'assurée qui a persisté dans ses conclusions.

EN DROIT

1. a) 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 (art. 1 let. r LOJ).

   Dans un arrêt du 30 mars 2004, cependant, le Tribunal administratif (ci-après TA) a constaté d'office la nullité de l'art. 1 let. r LOJ, considérant que le TCAS avait été créé en violation de l'art. 131 de la Constitution genevoise - Cst GE -.

   b) Force est de constater que cette conclusion ne saurait lier le tribunal de céans, aux motifs suivants :

   - elle ne figure pas dans le dispositif de l'arrêt. Or, seul le dispositif d'un jugement peut acquérir l'autorité de la chose jugée, et non ses motifs. L'autorité de la chose jugée ne s'étend à ceux-ci que dans la mesure où le dispositif y renvoie expressément et où ils se rapportent à la question litigieuse (ATF 96 I 295 ; Knapp, Précis de droit administratif, 4ème édition, 1991, p. 248 ss ; Habscheid, droit judiciaire privé suisse, 1981 p. 313 et ss.).

   - l'autorité de la chose jugée ne vaut quoi qu'il en soit que pour les moyens que le tribunal pouvait examiner (cf. Knapp, op. cit. p. 251). Or, il apparaît en l'espèce douteux que le TA devait, et même pouvait, à l'occasion d'un recours interjeté pour violation des droits politiques contre un arrêté du Conseil d'Etat fixant la date de l'élection des juges assesseurs au TCAS, contrôler la constitutionnalité de la loi instituant cette juridiction.

   - une loi inconstitutionnelle ne saurait être déclarée nulle. Seul, l'acte pris en application de celle-ci est annulable (cf. Jean-François Aubert, Bundesstaatsrecht der Schweiz, vol. I, 1991, p. 178, note 430). Il convient au surplus de relever qu'un tribunal se doit en règle générale d'agir avec retenue, plus particulièrement lorsque les conséquences de l'annulation bouleverseraient tout un régime juridique (ATF 112 Ia 313). Tel est manifestement le cas ici, dès lors que le considérant topique de l'arrêt du TA revient à nier l'existence d'une juridiction qui fonctionne depuis le 1er août 2003 déjà, et dont les juges titulaires, ainsi que les juges suppléants, ont été régulièrement élus.

   c) Le TCAS examine d'office sa compétence ; vu l'arrêt du TA du 30 mars 2004 niant jusqu'à son existence, il a également à vérifier la conformité à l'art. 131 Cst GE de la loi l'instituant.

   Le TCAS est une juridiction administrative spéciale, en ce sens qu'elle traite du domaine particulier des assurances sociales. Il y a lieu de rappeler que selon l'art.

57 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales -LPGA-, entrée en vigueur le 1er janvier 2003, chaque canton institue un tribunal des assurances, qui statue en instance unique sur les recours dans le domaine des assurances sociales. Cette disposition légale fédérale oblige les cantons à regrouper tout le contentieux des assurances sociales sous le même toit, contentieux jusque là réparti à Genève entre diverses commissions cantonales de recours et le TA. C'est ainsi pour répondre à l'exigence posée par la loi fédérale que le législateur genevois a créé le TCAS.

Selon l'art. 131 al. 1 Cst GE, « La loi établit des tribunaux permanents pour juger toutes les causes civiles et pénales ; elle en règle le nombre, l'organisation, la juridiction et la compétence ». Lors de la création du TA en 1971, la disposition constitutionnelle a été complétée par un alinéa 2, libellé comme suit : «Un tribunal administratif est institué pour statuer sur les recours de droit administratif dans les cas où la loi le prévoit ».

La Constitution s'interprète selon les mêmes principes que les lois ordinaires. Les règles d'interprétation permettant au juge de dégager le sens d'une disposition sont connues : ce dernier peut recourir à une interprétation littérale, historique, téléologique ou systématique de la norme. Le juge devra partir prioritairement du texte clair de la loi. Le TA, dans son arrêt du 30 mars 2004, a considéré que le texte de l'art. 131 al. 2 Cst GE ne laissait pas de place pour d'autres tribunaux statuant sur les recours de droit administratif ; il a interprété « un tribunal » comme signifiant « un seul tribunal ». Or, l'art. 131 al. 2 Cst GE précise que ce tribunal administratif est institué « dans les cas où la loi le prévoit ». C'est dire que nécessairement le reste du contentieux administratif relève d'autres juridictions. Ainsi l'interprétation littérale permet à elle seule de conclure que le terme « un » doit être qualifié, grammaticalement, d'article indéterminé.

Une telle analyse est du reste confirmée par les interprétations historique et téléologique. Il résulte des travaux préparatoires (Mémorial du Grand Conseil – MGC - 1970, p. 554 ss.) que le législateur en 1970 entendait créer, aux côtés des juridictions civiles et pénales existantes prévues à l'art. 131 al. 1 Cst GE, un tribunal administratif indépendant du pouvoir exécutif. Ce tribunal était destiné à remplacer les autres autorités – Conseil d'Etat, commissions de recours, etc… qui avaient à connaître des recours contre les décisions des départements. Il n'était cependant pas question que ce remplacement soit général, raison pour laquelle ce tribunal s'était vu doté de compétences d'attribution. Il était évident que certaines commissions spéciales devaient subsister, notamment en raison de leur composition particulière (composition paritaire, experts…). Selon le Mémorial du Grand Conseil, p. 557, « dans le système envisagé, le TA, le Conseil d'Etat et les commissions spécialisées dont le maintien aura été décidé, constitueront autant de juridictions administratives distinctes et indépendantes, entre lesquelles se répartiront les compétences ».

Dès le 1er janvier 2000, le TA a été mis au bénéfice d'une clause générale de compétence. Il est ainsi devenu la juridiction administrative supérieure de droit commun (art. 56 A LOJ). A nouveau, le maintien des commissions de recours spéciales a été expressément réaffirmé (MGC 1997, p. 9430). La constitutionnalité de ces juridictions n'a de plus jamais été remise en cause, ni par le TF ni par le TFA. On ne voit pas dans ces conditions ce qui aurait empêché le législateur, quelques années plus tard, de confier la compétence en matière d'assurances sociales, jusque là dévolues à ces commissions de recours, à une juridiction administrative spéciale, le TCAS en l'occurrence.

Si l'on devait suivre l'interprétation du TA dans son arrêt du 30 mars 2004, non seulement le TCAS, mais également toutes les autres commissions de recours spéciales, y compris celles rattachées au TA lui-même seraient inconstitutionnels. Tel n'a manifestement pas été le but visé par le législateur.

Au vu de ce qui précède, la création du TCAS en application de la LPGA est conforme à la Constitution genevoise.

L'élection des juges assesseurs ayant par ailleurs été annulée par le Tribunal fédéral, dans son arrêt du 27 janvier 2004, le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février 2004, une disposition transitoire permettant au TCAS de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux assesseurs.

2. Conformément à l'art. 3 al. 3 des dispositions transitoires de la loi du 14 novembre 2002 modifiant la LOJ, la présente cause, introduite avant l'entrée en vigueur de la loi et pendante devant la Commission cantonale de recours en matière d'AVS-AI a été transmise d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique, notamment sur les contestations en matière d'assurance-vieillesse et survivants (cf. art. 56 V LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

   Les dispositions de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (ci-après : LPGA), entrée en vigueur le 1er janvier 2003, s'appliquent à l'AVS réglée dans la première partie, à moins que la LAVS n'y déroge expressément (art. 1 alinéa 1 LAVS). Selon l'article 56 alinéa 1 LPGA, les décisions sur opposition sont sujettes à recours. Déposé dans les forme et délai imposés par la loi devant le Tribunal de céans, le présent recours est recevable (art. 58 alinéa 1 et 60 alinéa 1 LPGA).

3. Le litige porte sur la durée de cotisations de l'assurée.

   Conformément à l'article 29 bis alinéa 1 LAVS, 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, soit en l'espèce l'âge de la retraite.

La durée de cotisation est réputée complète lorsqu'une personne présente le même nombre d'année de cotisations que les assurés de sa classe d'âge (cf. art. 29ter alinéa 1 LAVS). Selon l'article 29ter alinéa 2 LAVS, sont considérées comme années de cotisations les périodes pendant lesquelles une personne a payé des cotisations (a), pendant lesquelles son conjoint au sens de l'article 3 alinéa 3 a versé au moins le double de la cotisation minimale (b) ou pour lesquelles des bonifications pour tâches éducatives ou pour tâches d'assistance peuvent être prises en compte (c).

En l'espèce, la recourante était domiciliée à l'étranger jusqu'au 19 juin 1992, date de son arrivée en Suisse (cf. pièces nos. 6, 7 et 35 caisse).

Il résulte de l'extrait des comptes individuels de la recourante ainsi que de la feuille de calcul ACOR de la caisse, que l'assurée a payé des cotisations personnelles en 1960, soit une durée de cotisations de 1 mois (cf. pièces nos 18 et 38 caisse).

L'ex-époux de l'assurée a été exempté de l'AVS durant les années 1961 à 1977. Toutefois, s'agissant de l'année 1971, l'ex-époux de la recourante a payé des cotisations à l'assurance facultative du 1er juin 1971 au 30 novembre 1971, soit une période de cotisations de six mois, avant d'être exclu de l'assurance pour non-paiement de la cotisation calculée jusqu'au 31 décembre 1971 (cf. lettre explicative de la Caisse suisse de compensation du 1er avril 2004). La recourante a pour sa part adhéré à l'assurance facultative des suisses de l'étranger dès 1978. Selon les directives de l'OFAS du 2 novembre 1994, les épouses de ressortissants suisses à l'étranger obligatoirement assurés et qui s'étaient affiliées à l'assurance facultative avant les années 1984/1985 sont considérées comme assurées pour les périodes durant lesquelles elles ont vécu à l'étranger en compagnie de leur époux obligatoirement assuré en Suisse (cf. Bulletin no. 10 de l'OFAS à l'intention des caisses de compensation AVS et des organes d'exécution des PC du 2 novembre 1994). Il s'agissait de pallier aux lacunes de cotisations importantes que présentaient les femmes qui s'étaient affiliées à l'assurance facultative avant le 1er janvier 1984 et de leur permettre également de se voir accorder l'effet rétroactif. L'intéressée a ainsi pu bénéficier d'une période de cotisations de 6 mois de son ex-mari pour l'année 1971 ; au total, c'est une durée de cotisations de 7 mois avant 1973 qui a pu être prise en compte (cf. pièces nos. 29 et 37 caisse).

Pour les années durant lesquelles l'époux de la recourante n'était pas assuré et où elle-même, domiciliée à l'étranger, n'avait pas adhéré à l'assurance facultative, il ne saurait lui être accordé des années de cotisations, contrairement à ce qui avait été fait lors de la première décision de rente. D'autre part, des périodes d'assurance étrangères ne peuvent être prises en compte que dans la mesure où une convention

de sécurité sociale le prévoit expressément. Or, la Convention de sécurité sociale conclue entre la Confédération suisse et l'Etat d'Israël le 23 mars 1984, entrée en vigueur le 1er octobre 1985, ne prévoit pas la possibilité de prendre en compte d'éventuelles périodes israéliennes dans le calcul de la rente de vieillesse suisse. Les conclusions de la recourante sont en conséquence mal fondées.

Compte tenu de ce qui précède, c'est une durée totale de cotisations de 21 années et 10 mois qui doit être retenue, conduisant à une échelle de rente 23, en lieu et place de l'échelle 44 (cf. feuille de calcul ACOR, p. 6). C'est dès lors à juste titre que la caisse a corrigé l'erreur commise lors du premier calcul de rente, le 1er janvier 1999.

Pour le surplus, les revenus réalisés par les époux pendant les années de mariage et durant lesquelles ils étaient tous deux assurés ont été partagés par moitié, des bonifications pour tâches éducatives ainsi que des bonifications transitoires ont été accordées (art. 29quinquies, 29sexies LAVS ; Dispositions transitoires de la 10ème révision lettre c alinéas 2 et 3). Ces éléments ne sont pas contestés par la recourante.

Force est de constater que la caisse a procédé conformément aux dispositions légales, de sorte que le recours doit être 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. Reçoit le recours interjeté par Madame D_____ contre la décision sur opposition notifiée par la Caisse cantonale genevoise de compensation le 16 juin 2003 ;

Au fond :

1. Le rejette ;

2. Dit qu'aucun émolument ne sera perçu, la procédure étant 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).

Le greffier:	La Présidente :
Walid BEN AMER	Juliana BALDE

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