RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1518/2001 **ATAS/750/2004**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

du 28 septembre 2004

1ère Chambre

En la cause

Monsieur N_____, comparant par Maître Jean-Marie FAIVRE recourant
en l'Etude duquel il élit domicile

contre

OFFICE CANTONAL DES PERSONNES AGEES intimé
domicilié route de Chêne 54 à Genève

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

EN FAIT

1. Monsieur N_____, né en décembre 1942, d'origine tunisienne, a été mis au bénéfice d'une rente entière d'invalidité depuis le 1er février 1994 (décision du 10 mars 1998). Son épouse, Madame N_____, née le 9 février 1968, est venue s'installer en Suisse en 1995. Les époux N_____ ont 5 enfants, nés en 1995, 1997, 1998, février 2000 et juillet 2001. Monsieur N_____ est père d'H., né en 1978 d'un premier mariage, lequel reçoit une rente d'invalidité depuis novembre 1996.

2. L'Office cantonal des personnes âgées (ci-après OCPA) a versé à l'assuré des prestations d'assistance à titre d'avance AI, du 1er novembre 1995 au 31 janvier 1998, soit au total 87'264 fr. 95, selon les calculs de l'OCPA (cf. pièce 49, chargé OCPA).

   L'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après OCAI), dans sa décision du 10 mars 1998, avait fixé le montant du rétroactif AI dû à l'assuré à 64'896 fr. et a procédé au versement à l'OCPA de la somme de 33'464 fr. représentant une partie des avances AI.

3. Par décision du 24 novembre 1998, l'OCPA a nié le droit de l'assuré à des prestations complémentaires fédérales et cantonales du 1er février au 30 novembre 1995, mais lui en a accordé à compter du 1er décembre 1995, étant précisé qu'une somme de 4'664 fr. 30 était directement prélevée par l'OCPA en remboursement intégral des avances effectuées. Le même jour, l'OCPA a informé l'assuré que contrairement à ce qui venait de lui être dit, le solde qu'il devait rembourser s'élevait à 53'800 fr. 95 (soit 87'264 fr. 95 ./. 33'464 fr.).

4. Le 14 janvier 1999, l'OCPA a prié Maître Jean-Marie FAIVRE de lui faire savoir de quelle manière son mandant, envisageait de lui rembourser la somme de 53'800 fr. 95. Ni Maître FAIVRE, ni l'intéressé ne s'étant manifestés, l'OCPA a déclaré le 1er février 1999 qu'elle procéderait à une retenue de 500 fr. sur le montant de ses prestations dès le 1er février 1999 en remboursement du rétroactif indûment perçu.

5. Par décision du 28 janvier 1999, l'OCPA a fixé à 2'041 fr. le montant des prestations complémentaires fédérales et cantonales dues à l'assuré, déduction faite du montant prévu de 500 fr. Un gain d'activité potentiel pour l'épouse, au montant de 32'920 fr., a été pris en considération.

6. Le recourant, représenté par Maître FAIVRE, a formé une réclamation le 24 février contre ladite décision. Il conteste la prise en considération du gain potentiel de son épouse, considérant que

> « Il n'est pas admissible de prendre en compte s'agissant de Madame N_____ un gain d'activité potentiel à hauteur de 20'946 fr. l'an, dès lors que celle-ci est mère de trois enfants en bas-âge, puisqu'ils sont âgés de respectivement 2 mois, 1 an et demi et 3 ans et demi. Même si le recourant n'exerce pas d'activité lucrative, il ne peut faire office de mère, et ses enfants ne peuvent se passer de la présence de celle-ci en permanence. Je préciserais par ailleurs que Madame N_____ n'a jamais travaillé, ni en Suisse, ni en Tunisie, en sorte qu'il est illusoire de lui imputer un gain d'activité potentiel de 32'920 fr. »

7. Le recourant reproche également à l'OCPA d'avoir procédé à la retenue de 500 fr. par mois, au motif que le rétroactif ne serait pas indûment perçu. Il se réfère à cet égard à une lettre de l'Hospice général du 20 juin 1997, aux termes de laquelle les secours d'assistance n'étaient pas remboursables dans son cas, et au fait que la Caisse cantonale genevoise de compensation indique avoir versé les rétroactifs AI à des institutions non précisées pour un montant de 38'048 fr. 70.

8. Maître FAIVRE, après s'être inquiété de ne pas recevoir de réponse suite à sa réclamation du 24 février 1999, a précisé quelle avait été globalement, l'affectation des fonds perçus par le recourant, comme le lui demandait l'OCPA :

- paiement de l'émolument dû au titre de l'acquisition de la nationalité suisse et genevoise

- paiement d'arriérés fiscaux à hauteur de 6'000 fr.

- rachat pour un montant de 3'500 fr. d'actes de défaut de biens accumulés antérieurement

- paiement des frais d'accouchement de Madame N_____ en Tunisie, les frais y relatifs n'ayant pas été pris par l'assurance maladie au seul motif qu'elle avait accouché à l'étranger sur les conseils insistants de son gynécologue tunisien

- achat de meubles pour un montant de 4'500 fr.

- frais de voyage en Tunisie à raison de deux par an, étant précisé que Madame N_____ manifeste une certaine propension à la dépression qu'il n'est possible de maîtriser que moyennant le maintien d'un contact régulier avec sa famille

- 1'332 fr. en règlement de deux mensualités de loyer pour le compte d'H. N_____

- le solde fut utilisé pour les besoins du ménage, étant notamment rappelé que les dernières naissances ont engendré des frais considérables.

9. Par décision du 28 juillet 2000, l'OCPA a fixé à 2'862 fr. le montant des prestations complémentaires fédérales et cantonales dues au recourant dès le 1er mai 2000. Il est prévu que le rétroactif de 36'555 fr., calculé à compter du 1er février 1995, est directement versé à l'OCPA à concurrence de 30'397 fr. 40. La retenue de 500 fr. est ainsi supprimée dès le 1er août 2000 et le recourant se voit accorder le solde de 6'157 fr. 60, soit 36'555 fr. ./. 30'397 fr. 40. Aucun gain d'activité potentiel n'a été compté durant les périodes où Madame N_____ était enceinte de M., né en 1998, puis de R. née en 2000.

10. Par courrier du 6 septembre 2000, Maître FAIVRE prend expressément note que le problème du rétroactif a été réglé et que la retenue de 500 fr. a été supprimée.

    Il persiste en revanche à contester la comptabilisation d'un gain d'activité potentiel pour Madame N_____.

11. Un entretien s'est déroulé dans les bureaux de l'OCPA le 3 octobre 2000 afin que soit examinée la capacité de gain présentée par Madame N_____. Il n'a pas été possible de mener à bien cet entretien, les trois enfants présents étant très agités et le recourant ayant adopté un comportement considéré comme désagréable.

12. Par décision du 3 janvier 2001, l'OCPA a alloué des prestations complémentaires fédérales et cantonales au recourant, tenant compte d'un gain potentiel pour son épouse de 33'760 fr.

    Par décision sur réclamation du 30 mars 2001, l'OCPA a décidé de maintenir sa décision du 28 janvier 1999, considérant que Madame N_____ avait la possibilité de réaliser un gain provenant d'une activité lucrative de 33'760 fr., étant rappelé que ce gain était retenu d'une manière privilégiée, c'est-à-dire aux deux tiers après une déduction de 1'500 fr. soit annuellement 20'946 fr.

13. Le recourant, toujours représenté par Maître FAIVRE, a interjeté recours le 3 mai contre ladite décision sur réclamation.

    > « Madame N_____, qui est d'origine modeste, n'a pas bénéficié de la moindre formation professionnelle et elle ne parle que très peu le français.

> Comme le recourant et son épouse sont inactifs, ils ne peuvent évidemment vivre des seules prestations de l'AI en sorte qu'ils ont sollicité les prestations complémentaires dues par la loi.
>
> Madame N_____ a la lourde charge de s'occuper de ses enfants dès lors que son mari, du fait de son handicap, ne peut guère l'assister dans cette tâche, ce qui pourrait être confirmé, au besoin, par ses médecins traitants, les Drs. A_____ à Carouge et B_____ à la rue de Berne.
>
> Pour soulager quelque peu Madame N_____, les enfants sont placés l'après-midi à la crèche de la Source, ce qui coûte 340 fr. par mois pour les trois cadets, A. étant à l'école enfantine, en deuxième année.
>
> Madame N_____ profite du peu de temps qui lui reste pour apprendre le français, à l'Université ouvrière, à raison d'une heure et demie le mardi et une heure et demie le jeudi.
>
> Contrairement à ce qu'insinue l'Office cantonal des personnes âgées, Madame N_____ ne perçoit aucune prestation de la part de l'Office cantonal de l'emploi et en tout cas pas les 900 fr. mensuels dont il est question en p. 2 in fine de la décision querellée. »

Maître FAIVRE rappelle par ailleurs que la retenue mensuelle de 500 fr. qui fut supprimée avec effet dès le 1er août 2000 a été maintenue pour la période du 1er avril 1999 au 31 juillet 2000.

Le recourant conclut dès lors à ce qu'aucun gain d'activité potentiel ne soit pris en compte pour Madame N_____ et demande la restitution des retenues de 500 fr. effectuées à tort du 1er avril 1999 au 31 juillet 2000.

14. Dans son préavis du 8 juin 2001, l'OCPA relève que le fait que Madame N_____ soit sur le point d'accoucher au mois de juin 2001 constitue un fait nouveau postérieur à la décision sur réclamation, lequel ne pourra être pris en considération que pour le mois où le changement a été annoncé, soit en mai 2001 seulement. L'OCPA examine les revenus de la famille N_____ pour l'année 2000, constate que les enfants sont placés dans une crèche l'après-midi pour 340 fr. par mois pour les trois enfants, que ce nonobstant, la différence entre les ressources et les dépenses s'élève à 3'149 fr.; il en conclut que le coût de la crèche ne constitue visiblement pas une charge financière trop lourde, et qu'ainsi, Madame N_____ aurait la possibilité d'exercer une activité lucrative.

15. Invité à se déterminer, Maître FAIVRE produit un budget établi par un assistant social dont il résulte que la famille N_____ vit au-dessous du minimum vital. Il s'étonne par ailleurs de ce que l'OCPA d'une part soutienne que Madame N_____ peut travailler, et d'autre part, qu'il reconnaisse la nécessité d'une aide au ménage à raison de huit heures par mois (décision du 12 décembre 2001) (cf. courrier du 20 décembre 2001).

16. Interrogé par la greffière-juriste en charge du dossier, l'OCPA a précisé qu'il n'avait pas tenu compte d'un gain potentiel pour épouse dans le calcul du revenu déterminant pour la période du 1er février 1995 au 31 décembre 1996, « en application de son pouvoir d'appréciation ». Du 1er janvier 1997 au 31 janvier 1999, il avait appliqué par analogie l'article 4a, alinéa 2, lettre b OPC, étant précisé toutefois que compte tenu de l'évolution de la jurisprudence intervenue depuis la date de la décision, le gain potentiel de Madame N_____ pourrait être revu à la hausse.

    A l'issue de l'audience de comparution d'une collaboratrice de l'OCPA le 7 mars 2003, cet office a produit un nouveau chargé composé de 96 pièces.

17. Le 10 septembre 2003, l'OCPA a communiqué au Tribunal de céans copie d'un courrier que lui avait adressé Maître Pierre RUMO le 23 avril 2003, l'informant de ce qu'il venait de déposer une demande de prestations AI auprès de l'OCAI au nom de Madame N_____. L'OCPA propose dès lors la suspension de la cause jusqu'à connaissance de la décision AI concernant Madame N_____.

18. Informé, Maître FAIVRE s'oppose à la suspension aux motifs suivant :

    - « de par la loi, cette demande ne peut rétroagir qu'au 1er avril 2002

    - la décision querellée est fort ancienne, et il y a lieu de statuer sans plus tarder à son sujet » (cf. courrier du 30 septembre 2003).

19. Le Tribunal de céans a, par arrêt du 25 novembre 2003, a :

Préalablement : refusé de suspendre l'instance.

a) admis partiellement le recours en ce sens qu'aucune gain potentiel pour Madame N_____ ne doit être pris en considération ;

b) rejeté, s'agissant de la demande visant à obtenir la retitution des retenues mensuelles de 500 fr. effectuées du 1er avril 1999 au 31 juillet 2000 ;

c) alloué au recourant la somme de 1'500 fr. à titre de participation à ses frais et dépens, ainsi qu'à ceux de son mandataire.

20. L'intimé 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 30 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 genevoise modifiant la loi sur l'organisation judiciaire (LOJ) du 14 novembre 2002, entrée en vigueur le 1er août 2003, la présente cause, introduite le 3 mai 2001 devant la Commission cantonale de recours en matière d'assurances sociales a été transmise d'office au Tribunal de céans (cf. art. 56 V al. 1 let. a ch.2 LOJ).

   Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

   Le recours, interjeté en temps utile, est recevable (articles 84 LAVS et 69 LAI).

3. De la suspension

L'OCPA propose la suspension de l'instance jusqu'à connaissance de la décision de l'assurance-invalidité concernant Madame N_____. Le recourant s'y oppose. La suspension ne se justifie pas si pour juger de la question du revenu hypothétique retenu pour Madame N_____, le Tribunal de céans considère que les éléments figurant dans le dossier lui suffisent. Sinon elle s'impose. Il y a dès lors lieu d'examiner s'il est en l'état possible ou non de trancher cette question .

La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) entrée en vigueur le 1er janvier 2003 n'est pas applicable au cas d'espèce s'agissant des prestations complémentaires fédérales, en application du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467, 121 V 366).

En principe, seuls la fortune et les revenus effectifs sont pris en compte pour le calcul des prestations complémentaires. Cependant, aux termes de l'article 3 al. 1 let. f de la loi sur les prestations complémentaires (LPC), le revenu déterminant comprend aussi les ressources et parts de fortune dont l'ayant droit s'est dessaisi. Selon la jurisprudence, il n'est plus nécessaire d'examiner si la renonciation est intervenue dans le but d'obtenir une prestation complémentaire.

Le Tribunal fédéral des assurances considère que l'article 3 al. 1 let. f LPC est notamment applicable lorsqu'un assuré partiellement invalide renonce à mettre en valeur sa capacité de gain alors que l'on pourrait exiger de lui qu'il exerce une activité lucrative à tout le moins réduite (RCC 1989 p. 606 ; RCC 1984 p. 101 ; RCC 1982 p.131).

Dans un arrêt paru dans la RCC 1992 p. 348, le TFA a plus particulièrement admis que lorsque l'épouse d'un assuré s'abstient de mettre en valeur sa capacité de gain alors qu'elle pourrait se voir obligée d'exercer une activité lucrative en vertu de l'article 143 CC, l'article 3 al. 1 let. f LPC était également applicable. En effet, la capacité de gain de l'époux doit être utilisée, dans la mesure où il est tenu, selon l'article 160 al. 2 CC, de contribuer à l'entretien convenable de la famille (article 163 CCS). Il faut ainsi examiner si et dans quelle mesure on peut exiger de l'épouse qu'elle exerce une activité compte tenu notamment de son âge, de son état de santé, de sa formation et, le cas échéant, du temps plus ou moins long pendant lequel elle aura été éloignée de la vie professionnelle (ATF 114 II 302).

Dans le cas jugé par le TFA, l'épouse du recourant, d'origine étrangère n'avait aucune formation professionnelle, ne parlait pas le français et présentait une symptomatologie dépressive ou anxieuse réactionnelle à une inadaptation en

Suisse. Le TFA a considéré que compte tenu de son âge (22 ans) et du fait que les époux n'avaient à cette époque pas d'enfant, elle aurait certainement pu s'acquitter de son obligation de contribuer aux charges du ménage par une prestation pécuniaire, une occupation à temps partiel ou une activité saisonnière aurait pu à tout le moins être envisagée.

4. En l'espèce, l'OCPA a pris en compte un revenu hypothétique depuis le 1er janvier 1997. A cette date précisément, Madame N_____ était mère de deux enfants en bas âge. L'OCPA n'a il est vrai, tenu compte d'aucun revenu durant les périodes où elle était enceinte de deux autres enfants, M., né en 1998 et R., née en février 2000. L'OCPA a en revanche qualifié l'accouchement prévu pour le mois de juin 2001 de fait nouveau et ne l'a dès lors pas pris en considération.

   Le Tribunal de céans est d'avis qu'on ne saurait exiger d'elle qu'elle exerce une activité lucrative alors qu'elle est mère de deux enfants très jeunes (sans compter l'enfant de son époux, invalide), puis de trois dès 1998, puis de quatre dès 2000, qu'elle n'a aucune formation professionnelle, qu'elle ne parle pas bien le français, et que son époux ne peut, en raison de son état de santé, l'aider. Il est intéressant de relever à cet égard que l'OCPA a admis le droit pour les époux N_____ à une aide ménagère à raison de 8 heures par mois. Elle n'a au surplus jamais travaillé.

   Aucun gain hypothétique ne doit dès lors être retenu tant que les enfants sont en bas âge. Une révision du dossier devrait en revanche être prévue par l'OCPA et la question réexaminée lorsque le plus jeune des enfants aura atteint l'âge de la scolarité.

   Le Tribunal de céans ayant considéré qu'il disposait des éléments suffisants pour juger, il n'y a pas lieu de prononcer la suspension de l'instance.

5. Monsieur N_____ a par ailleurs conclu à la restitution des retenues de 500 fr. effectuées à tort du 1er avril 1999 au 31 juillet 2000, soit 8'000 fr. Il y a lieu de rappeler que par décision du 28 juillet 2000, l'OCPA avait prévu que le rétroactif de 36'555 fr. lui revenait à concurrence de 30'397 fr. 40, que le solde 6'157 fr. 60 était versé au recourant et que la retenue était supprimée depuis le 1er août 2000.

   Force est de constater que le recourant n'a pas recouru contre ladite décision. Elle est dès lors entrée en force. Le recours est mal fondé sur ce point.

PAR CES MOTIFS,

LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

conformément à la disposition transitoire de l'article 162 LOJ

A la forme :

1. Reçoit le recours ;

Préalablement : Refuse de suspendre l'instance.

Au fond :

1. Admet partiellement le recours en ce sens qu'aucun gain potentiel pour Madame N_____ ne doit être pris en considération ;

2 Le rejette s'agissant de la demande visant à obtenir la restitution des retenues mensuelles de 500 fr. effectuées du 1er avril 1999 au 31 juillet 2000 ;

3. Condamne l'intimé à verser la somme de 1'500 fr. au recourant à titre de participation à ses frais et dépens, ainsi qu'à ceux de son mandataire;

4. Dit que pour ce qui a trait aux prestations complémentaires fédérales, les parties 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 :
Marie-Louise QUELOZ	Doris WANGELER

Le présent arrêt est communiqué pour notification aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe