

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1615/2002

ATAS/446/2004

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

2^{ème} chambre

du mardi 8 juin 2004

En la cause

Monsieur N_____,

Recourant

contre

CAISSE FEDERALE DE COMPENSATION, Holzikofenweg 36 à
Berne.

Intimé

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mme Doris WANGELER et Valérie MONTANI, juges.

EN FAIT

1. Monsieur N _____, né le décembre 1912, a déposé une demande de rente de vieillesse le 11 février 2002 auprès de la Caisse fédérale de compensation (ci-après la caisse).
2. Par décision du 27 février 2002, la caisse lui a alloué une rente ordinaire de vieillesse mensuelle de CHF 1'862.- fondée sur un revenu annuel moyen déterminant de 59'328 fr. et l'échelle de rente 44.
3. Le 1^{er} mars 2002, l'assuré a interjeté recours contre cette décision en demandant des explications concernant le montant de sa rente.
4. Par courrier du 11 mars 2002, l'autorité de recours (anciennement Commission cantonale de recours en matière AVS/AI) a communiqué à l'assuré le détail des bases de calcul de sa rente, en l'invitant à lui faire savoir s'il maintenait son recours. Elle a expliqué à ce dernier qu'il avait cotisé pendant quarante-quatre ans, soit de janvier 1957 à décembre 2000, ce qui conduisait à l'application de l'échelle de rente maximum 44. La caisse avait procédé au calcul en tenant compte d'un revenu moyen de 50'171 fr. auquel elle avait ajouté huit années pour tâches éducatives, soit un montant de 8'006 fr., ce qui expliquait le revenu moyen total de 59'328 fr. pris en compte (arrondi). A ce revenu moyen correspondait une rente AVS de 1'892 fr. par mois.
5. Le 18 mars 2002, le recourant a persisté dans les termes de son recours en indiquant que les données reçues de la Caisse, soit la feuille de calcul et les extraits du compte individuel (ci-après CI), comportaient plusieurs erreurs. Il a joint des bulletins de salaires pour les années 1978 à 1997 en soulignant que, selon ses propres calculs, la différence du montant des salaires annuels entre 1978 et 2002 s'élevait à 7'743 fr., montant qui n'avait pas été pris en compte dans le salaire déterminant.
6. Dans sa réponse du 20 juin 2002, la Caisse a expliqué avoir comparé les cotisations payées selon les fiches de salaire produites avec les inscriptions au CI et constaté qu'à l'exception de quelques différences d'arrondis minimes, les salaires déterminants correspondaient aux inscriptions. Elle a relevé que les différences provenaient du fait que le salaire soumis à l'AVS inscrit sur le CI ne devait pas obligatoirement correspondre au salaire brut selon le certificat de salaire dans la mesure où, par exemple, les allocations familiales ou pour enfants ainsi que les prestations d'assureurs accident et maladie n'étaient pas soumis à l'AVS. En outre, seules les cotisations effectivement payées et communiquées par l'employeur faisaient foi.

7. Le 28 juin 2002, appelé à se déterminer, le recourant a répliqué en substance que ces explications ne le satisfaisaient pas.
8. Par courrier du 28 octobre 2003, le Tribunal de céans a demandé à la Caisse des éclaircissements quant à la comptabilisation des revenus inscrits au CI pour les années 1978 à 1984, dans la mesure où les montants inscrits n'étaient pas compréhensibles au seul vu des indications fournies sur l'attestation des salaires. En ce qui concernait les années 1997 à 1985, les revenus inscrits au CI correspondaient effectivement aux revenus bruts après déduction des allocations familiales perçues.
9. Le 27 novembre 2003, la caisse a derechef répondu que les salaires déterminants correspondaient aux inscriptions au CI, à l'exception de quelques différences d'arrondis minimales. Elle a joint un tableau comparatif des années 1978 à 1984 comportant les cotisations payées selon le certificat de salaire, la masse salariale soumise à l'AVS en découlant et l'inscription effective au CI ainsi que les différences constatées.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1^{er} août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales (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, 4^{ème} 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 1^{er} 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 1^{er} 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 1^{er} 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, les causes introduites avant l’entrée en vigueur de la loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours ont été transmises d’office au TCAS, statuant en instance unique sur les

contestations en matière d'assurance vieillesse et survivants notamment (cf. art. 56V LOJ). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

3. La LPGa, qui a entraîné des modifications de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS) et de son règlement du 31 octobre 1947 (RAVS), n'est pas applicable en l'espèce, dès lors que 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 LAVS et de son règlement en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002. Les dispositions légales seront dès lors citées dans leur ancienne teneur.
4. En outre, interjeté dans les forme et délai utiles, le recours est recevable conformément à l'art. 84 al. 1 LAVS alors applicable.
5. Le litige porte essentiellement sur les éventuelles erreurs dont seraient entachés les extraits du CI du recourant, ce qui changerait le montant retenu à titre de revenu annuel moyen de l'assuré et, conséquemment, le montant de sa rente.
- 5a. Aux termes de l'art. 29 al.1 LAVS, peuvent prétendre à une rente ordinaire de vieillesse ou de survivants tous les ayants droits auxquels il est possible de porter en compte au moins une année entière de revenus, de bonifications pour tâches éducatives ou pour tâches d'assistance, ou leurs survivants. Selon l'art. 29bis al. 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 1^{er} 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 (âge de la retraite ou décès). La rente est calculée sur la base du revenu annuel moyen. Celui-ci se compose : a. des revenus de l'activité lucrative ; b. des bonifications pour tâches éducatives ; c. des bonifications pour tâches d'assistance (art. 29quater LAVS). Lors de la détermination du revenu annuel moyen, la somme des revenus de l'activité lucrative est revalorisée en fonction de l'indice des rentes prévu à l'art. 33 ter. Le Conseil fédéral déterminera annuellement les facteurs de revalorisation et l'Office fédéral fixe chaque année les facteurs de revalorisation de la somme des revenus provenant de l'activité lucrative (art. 30 al. 1 LAVS et art. 51bis al. 1 RAVS). La somme des revenus revalorisés provenant d'une activité lucrative et les bonifications pour tâches éducatives ou pour tâches d'assistance sont divisées par le nombre d'années de cotisations (art. 30 al. 2 LAVS).

Selon l'art. 30ter LAVS, il est établi pour chaque assuré tenu de payer des cotisations des comptes individuels où sont portées les indications nécessaires au

calcul des rentes ordinaires. Le Conseil fédéral règle les détails. Les revenus de l'activité lucrative obtenus par un salarié et sur lesquels l'employeur a retenu les cotisations légales sont inscrits au compte individuel de l'intéressé, même si l'employeur n'a pas versé les cotisations en question à la caisse de compensation (30^{ter} al. 2 LAVS). L'art. 16 al. 1, 1^{ère} phrase LAVS prévoit 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. Les dispositions 133 à 141 RAVS précisent l'art. 30^{ter} LAVS.

Aux termes de l'art. 138 al. 1 RAVS, les revenus de l'activité lucrative sont inscrits conformément à l'art. 30^{ter} al. 2 LAVS. L'art. 141 al. 1, 2 et 3 RAVS prévoit quant à lui que tout assuré a le droit d'exiger de chaque caisse de compensation qui tient pour lui un compte individuel un extrait des inscriptions faites, portant des indications relatives à d'éventuels employeurs. En principe, l'extrait de compte est remis gratuitement (...) L'assuré peut, dans les trente jours suivant la remise de l'extrait de compte, contester avec motifs à l'appui l'exactitude d'une inscription auprès de la caisse de compensation, laquelle se prononce dans la forme d'une décision de la caisse. Cette décision peut être portée devant l'autorité de recours conformément aux art. 84 et suivants LAVS. 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'exactitude (recte : l'inexactitude) des inscriptions est manifeste ou si elle a été pleinement prouvée (art. 141 al. 3 RAVS).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances (ci-après le TFA), 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 (ATFA 1960, p. 204 = RCC 1960 p. 359, RCC 1969 p. 546). Après l'expiration du délai de prescription de l'art. 16, 1^{er} alinéa, LAVS, l'inscription de revenus du salarié effectuée en vertu de l'art. 138, 1^{er} alinéa, RAVS, n'est possible qu'aux conditions exposées à l'art. 141, 3^{ème} alinéa, RAVS.

Dans un tel cas, lorsqu'un assuré prétend s'être acquitté de cotisations, 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 d'une rente (ATF 117 V 262-266 consid. 3 et les références, 110 V 97 consid. 4a et la référence). Par ailleurs, 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, le devoir de collaborer de la partie intéressée étant toutefois plus étendu dans ce cas (ATF 117 V 265 consid. 3d). Autrement dit, si malgré les

moyens mis en œuvre par le juge pour établir la réalité d'un fait allégué par une partie, la preuve de ce fait ne peut être rapportée avec une vraisemblance suffisante pour emporter la conviction du tribunal, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences (Spira, Le contentieux de la sécurité sociale, in : 100 ans de sécurité sociale en Suisse, Cahiers genevois de la sécurité sociale 1990 n° 7, p. 131) La production d'un certificat de travail établissant que l'assuré a travaillé pour une entreprise donnée durant la période considérée ne suffit pas à prouver l'existence d'une activité lucrative ayant donné lieu à la perceptions de cotisations. A défaut de décomptes de salaire ou de fiches de paie, le TFA a en effet considéré que l'assuré n'avait pas apporté la preuve idoine (ATFA non publié du 26 août 1999 en la cause H 81/99 Bn).

- 5b. En l'espèce, comme le délai de prescription de paiement des cotisations de l'art. 16 al. 1 LAVS est échu, l'inscription de revenus sur le CI, effectuée en vertu de l'art. 138 al. 1 RAVS n'est possible qu'aux conditions posées à l'art. 141 al. 3 RAVS : l'inexactitude des inscriptions du compte individuel doit être manifeste ou pleinement prouvée pour qu'une inscription au compte individuel puisse être rectifiée. Les bulletins de salaire produits par le recourant en cours de procédure sont des moyens de preuve adéquats permettant de déterminer le montant des cotisations effectivement payées.

Il ressort de ces pièces que les inscriptions des revenus au CI ne sont effectivement pas identiques aux cotisations payées. La caisse a tout d'abord expliqué que, hormis des différences d'arrondis minimales, lesdites inscriptions correspondaient au salaire déterminant, lequel consistait généralement au salaire brut diminué des allocations familiales. Cependant, les explications fournies par la caisse ne permettent pas de déterminer pourquoi, de 1978 à 1985, les revenus inscrits ne correspondent pas à ce qui a été constaté pour les années suivantes également contestées, soit 1986 à 1997, où les revenus inscrits au CI correspondent effectivement au salaire brut diminué des allocations familiales perçues par le recourant. Par ailleurs, reprenant un autre calcul pour les années 1978 à 1984, la caisse a encore expliqué par la suite que les inscriptions au CI correspondaient aux cotisations versées alors par le recourant, hormis quelques minimales différences. Or cette méthode, appliquée pour les années suivantes jusqu'en 1997, laisse entrevoir d'importantes différences (jusqu'à 1'341 fr. de différence pour l'année 1990 par exemple). Il sied ainsi de constater que ni les premières explications ni les secondes ne permettent de comprendre les différences constatées.

Il découle des dispositions légales précitées qu'est inscrit au CI le revenu sur lequel les cotisations AVS sont dues. Les chiffres 2330 et 2331 des directives concernant le certificat d'assurance et le compte individuel (ci-après D CA/CI), édictées par l'Office fédéral des assurances sociales (ci-après l'OFAS), précise que l'inscription du revenu s'effectue au franc près, les centimes étant abandonnés

et que le revenu à inscrire correspond au salaire déterminant sur lequel des cotisations sont dues. Il résulte des divers calculs effectués par le Tribunal de céans à partir des fiches de salaire produites par le recourant, dont les détails ne seront pas repris ici par souci de clarté, que les revenus à inscrire au CI selon les cotisations effectivement payées par le recourant pour les années en cause auraient dû s'élever à 980'787 fr. et non à 975'013 fr. (soit 5'774 fr. de différence).

Cependant cette différence ne change rien au calcul de rente du recourant. En effet, si l'on devait tenir compte de ces 5'774 fr. de différence, la somme des revenus provenant de l'activité lucrative de 1957 à 1997 s'élèverait à 1'345'283 au lieu de 1'339'509 fr. Le facteur de revalorisation (1,648) demeure inchangé puisqu'il est déterminé en fonction de l'entrée du recourant dans l'assurance, soit en l'occurrence 1957, et en fonction de la survenance du cas d'assurance, soit 2001, conformément aux dispositions légales précitées. Les revenus revalorisés seraient ainsi de 2'217'026 fr. et non plus de 2'207'511 fr. En tenant compte de 44 années de durée de cotisations, le revenu moyen serait de 50'387 fr. au lieu de 50'171 fr., auquel s'ajouterait 8'006 fr. correspondant aux bonifications pour tâches éducatives, ce qui porterait le revenu annuel moyen à 58'393 fr. au lieu de 58'177 fr. Or, dans l'échelle de rente 44 applicable au recourant, à un revenu annuel moyen déterminant situé entre 58'092 fr. et 59'328 fr. correspond une rente AVS d'un montant de 1'862 fr. (cf. table de rentes dès le 1^{er} janvier 2001, échelle 44, édictée par l'OFAS). On constate ainsi que le premier revenu moyen tel que calculé par la caisse se situait déjà dans cette fourchette et que les nouveaux calculs ne changent rien au montant de la rente accordée au recourant. La caisse se référerait d'ailleurs à un revenu annuel moyen arrondi de 59'328 fr. (cf. feuille de calcul produite et décision du 27 février 2002).

Pour toutes ces raisons, le recours doit être rejeté et la décision dont est recours, confirmée.

**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. En conséquence, confirme la décision de la CAISSE FEDERALE DE COMPENSATION du 27 février 2002.
4. Dit que la procédure est gratuite.
5. 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 :

Pierre RIES

La Présidente :

Isabelle DUBOIS

La secrétaire-juriste :

Flore PRIMAULT

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