



POUVOIR JUDICIAIRE

A/1750/2002

ATAS/438/2004

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

du 1^{er} juin 2004

1^{ère} Chambre

En la cause

Monsieur S _____, domicilié c/o S _____,
comparant par le CENTRE DE
CONTACT SUISSE-IMMIGRES, route des Acacias 25 à Carouge

recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE INVALIDE,
domicilié Rue de Lyon 97 à Genève

intimé

Siégeant : Mme Doris WANGELER, Présidente,
Mme Juliana BALDE et Mr Marc MATHEY-DORET, Juges

EN FAIT

1. Monsieur S_____, né le novembre 1964, originaire de l'ex-Yougoslavie, père de deux enfants nés les décembre 1993 et janvier 1997, a déposé le 17 septembre 1998 une demande de prestations auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI) visant à l'octroi d'un reclassement dans une nouvelle profession, la rééducation dans la même profession ou une rente. Il allègue souffrir de douleurs au dos, à la tête et à la jambe gauche depuis un accident survenu le 24 novembre 1992.
2. Par décision du 3 janvier 2002, l'OCAI, constatant que lors de la survenance de l'invalidité fixée au 24 novembre 1993, l'assuré ne présentait que deux mois de cotisations, l'a informé qu'il ne pouvait ainsi prétendre ni à l'octroi d'une rente ordinaire de l'assurance-invalidité, ni à des mesures de réadaptation.
3. L'intéressé, représenté par le Centre de contact Suisses-immigrés, a interjeté recours le 1^{er} février auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI contre ladite décision. Il s'étonne de ce que la date de la survenance de l'invalidité n'ait été fixée pour la première fois par l'OCAI que dans la décision litigieuse, soit neuf ans après le dépôt de sa première demande AI, laquelle avait été rejetée au motif qu'il n'était pas invalide. Il rappelle qu'au moment de l'accident dont il avait été victime en novembre 1992, il travaillait au service de l'entreprise X_____ à Genève, entreprise qui l'avait déclaré à l'AVS-AI et à la CNA. Il conclut à ce qu'il soit ordonné à la caisse de compensation compétente de l'affilier rétroactivement depuis 1992, conformément à la convention de sécurité sociale conclue par la Suisse et la Yougoslavie.
4. Dans son préavis du 5 avril 2002, l'OCAI propose le rejet du recours, considérant que s'il est vrai qu'en vertu de cette disposition conventionnelle, l'intéressé doit être considéré comme assuré au moment de la survenance de l'invalidité, il n'en demeure pas moins que la condition de l'année entière au moins de cotisations n'est pas remplie puisqu'il ne s'est pas acquitté des cotisations dues.
5. Invité à se déterminer, l'intéressé maintient son recours, « vu que les caisses de compensation compétentes avaient tous les éléments nécessaires à disposition permettant la poursuite de l'affiliation AVS/AI de Monsieur S_____, que de surcroît la convention applicable ne mentionne expressément pas de délai pour la fixation des cotisations » (cf. courrier du 1^{er} février 2002).

6. Sur demande expresse du Tribunal cantonal des assurances sociales, la caisse de compensation de la SSE a précisé, dans un courrier du 16 février 2004 que :

- « Monsieur S_____ a travaillé au sein de l'entreprise Y_____ SA du 25 août au 12 septembre 1989 et au sein de l'entreprise X_____ SA du 2 novembre 1994 au 31 décembre 1994.
- Sur le compte salaire de l'année 1989, on constate que des cotisations AVS ont été perçues pour le mois de septembre.
- Sur le compte salaire de l'année 1992, on constate que des cotisations AVS ont été perçues pour le mois de novembre.
- Sur les comptes salaire des années 1993 et 1994, on constate qu'aucune cotisation AVS n'a été perçue. En effet, cette personne était en accident pendant ces deux années ».

EN DROIT

1. a) 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'article 3 alinéa 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 Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique sur les contestations en matière d'AVS-AI (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 1^{er} janvier 2003 entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'AVS-AI. Le cas d'espèce reste toutefois régi par les dispositions en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002, eu égard au principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 127 V 467, consid. 1 ; 121 V 366).
4. Le recours interjeté en temps utile auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI est recevable (articles 84 LAVS et 69 LAI).

L'article 4 alinéa 1 LAI définit l'invalidité comme étant la diminution de la capacité de gain, présumée permanente ou de longue durée, qui résulte d'une atteinte à la santé physique, ou mentale provenant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident.

5. Aux termes de l'article 28 alinéa 1 LAI, l'assuré a droit à une rente s'il-elle est invalide à 66 2/3% au moins, à une demi-rente s'il-elle est invalide à 50% au moins, ou à un quart de rente s'il-elle est invalide à 40% au moins.
- 5a. Selon l'article 6 al. 2 LAI, en vigueur jusqu'au 31 décembre 1996, les étrangers et les apatrides n'avaient droit aux prestations qu'aussi longtemps qu'ils conservaient leur domicile en Suisse et que si lors de la survenance de l'invalidité ils comptaient au moins dix années entières de cotisations ou quinze années ininterrompues de domicile en Suisse.
- 5b. Lorsque l'invalidité est survenue avant le 1^{er} janvier 1997 et que le droit à une rente a été refusé au requérant (ressortissant d'un Etat avec lequel la Suisse n'a pas conclu de convention de sécurité sociale), parce qu'il ne comptait pas dix années entières de cotisations ou quinze années ininterrompues de domicile en Suisse, cette personne peut désormais prétendre à une telle rente si elle remplit les conditions prévues par le nouveau droit (article 6 al. 2), en particulier la condition d'une durée minimale de cotisations d'une année lors de la survenance de l'invalidité (VSI 2000 p. 174 ; ATF 126 V 7).
- 5c. Il est en outre nécessaire conformément à la règle générale de l'article 6 al. 1 LAI, valable aussi bien pour les ressortissants suisses et étrangers, que la personne ait été assurée par exemple à raison de son domicile en Suisse (article 1 al. 1 let. a LAVS en corrélation avec l'article 1 LAI), au moment de la survenance de l'invalidité (ATF 126 V 8).
- 5d. Quant au droit à la rente, il prend au plus tôt naissance le cas échéant dès l'entrée en vigueur de la 10^{ème} révision de l'AVS, à moins que les cotisations n'aient été remboursées sous le régime de l'ancien droit (cf. dispositions transitoires relatives à la modification de la LAI dans le cadre de la 10^{ème} révision AVS).
6. Demeurent toutefois réservées les dispositions dérogatoires des conventions bilatérales de sécurité sociale conclues par la Suisse avec un certain nombre d'Etats pour leurs ressortissants respectifs. En l'occurrence, la Suisse a conclu une convention de sécurité sociale avec la Yougoslavie, dont le recourant est ressortissant. La convention prévoit l'égalité de traitement entre ressortissants des deux pays.
7. Pour être en mesure d'appliquer l'article 6 al. 2 LAI, il faut déterminer le moment à partir duquel l'intimé a rempli pour la première fois la condition de l'année entière de cotisations ou celle de la résidence ininterrompue de dix ans, ainsi que le moment auquel l'invalidité est survenue.

Selon l'art. 32 al. 1 RAI en corrélation avec les art. 50 RAVS et 29^{ter} al. 2 LAVS, une année de cotisations est entière lorsqu'une personne a été assurée au sens des art. 1^{er} ou 2 LAVS pendant plus de onze mois au total.

8. En l'espèce, il n'est pas contesté que l'invalidité est survenue le 24 novembre 1993. Or le recourant n'a versé des cotisations avant cette date que durant deux mois, soit en septembre 1989 et en novembre 1992.

Il sied de rappeler ici que selon l'art. 29 ter LAVS, sont également considérées comme années de cotisations, les périodes pour lesquelles des bonifications pour tâches éducatives ou pour tâches d'assistance peuvent être prises en compte. Les assurés peuvent prétendre à une bonification pour tâches éducatives pour les années durant lesquelles ils exercent l'autorité parentale sur un ou plusieurs enfants âgés de moins de 16 ans (art. 29 sexies LAVS). Le recourant est père de deux enfants. Ceux-ci sont cependant nés les 29 décembre 1993 et 14 janvier 1997, soit après la survenance de l'invalidité. Or, la durée minimale de cotisations doit être accomplie lors de la réalisation du risque assuré. Tant les périodes de cotisations que celles donnant droit à des bonifications pour tâches éducatives accomplies après ce terme ne sauraient être prises en compte (cf. Directives concernant les rentes Nos 4203 ss.). De plus, le droit aux bonifications pour tâches éducatives prend naissance dès l'année civile qui suit celle de la naissance du premier enfant. Aussi aucune bonification n'est-elle octroyée pour l'année de la naissance du droit (art. 52 f RAVS; cf. également Directives précitées No 5411). Force est dès lors de constater que le recourant ne remplit pas la condition de la durée d'un an de cotisations.

9. Le recourant rappelle qu'il a dû cesser de travailler à la suite de l'accident dont il a été victime en novembre 1992. Il n'a cependant pas quitté la Suisse jusqu'à la date de survenance de l'invalidité. Il en conclut que durant cette période, il était assuré et aurait dû verser des cotisations AVS-AI en qualité de non-actif. Il se réfère à cet égard à la Convention de sécurité sociale conclue avec la Yougoslavie, laquelle prévoit :

« Par ailleurs, les ressortissants yougoslaves exerçant une activité lucrative en Suisse sans y être domicilié, qui, à la suite d'une maladie ou d'un accident, doivent abandonner leur occupation ou activité en Suisse, conservent la qualité d'assurés s'ils demeurent en Suisse jusqu'à la survenance de l'invalidité au sens de la loi suisse. La durée de résidence en Suisse est considérée comme ininterrompue s'ils n'ont pas quitté la Suisse pendant plus de 3 mois au cours de cette période. A cet égard, il sont soumis à l'obligation de payer des cotisations comme s'ils avaient leur domicile en Suisse ».

Certes le recourant devrait-il être considéré comme assuré lors de la survenance de l'invalidité, force est cependant de constater que la condition de l'année entière de cotisations n'est pas remplie.

10. Le recourant propose de s'acquitter des cotisations correspondant à l'année 1992 et 1993, de sorte qu'une année de cotisations au moment de la survenance de l'invalidité soit établie.

Il est vrai que les caisses de compensation doivent ordonner le paiement des cotisations arriérées lorsqu'elles apprennent qu'une personne n'a pas payé de cotisations ou n'en a payé que pour un montant inférieur à celui qui était dû. L'article 16 al. 1 LAVS prévoit cependant 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 (cf. Directives sur la perception des cotisations N° 4001 et ss.). Le TFA a précisé que l'article 16 al. 1 LAVS revêt un caractère obligatoire et lie aussi bien la personne tenue au paiement des cotisations que la caisse. Du point de vue juridique, il est sans importance de savoir pour quel motif des cotisations n'ont pas été payées avant l'expiration du délai de péremption, de même qu'il est sans intérêt de savoir qui est responsable du retard. L'article 16 al. 1. LAVS veut éviter qu'après un certain temps on puisse à nouveau soulever la question des cotisations. C'est la raison pour laquelle le délai de cinq ans est intangible (RCC 1959 p. 400).

En outre, l'ouverture du droit à la rente n'interrompt pas le cours du délai de prescription de cinq ans pour la fixation des cotisations. Les cotisations qui n'ont pas été fixées dans ce délai sont prescrites et ne peuvent donc plus être compensées avec la rente, même si l'ouverture – rétroactive – du droit à la rente est antérieure à l'échéance du délai quinquennal (RCC 1964 p. 78, cf. également Directives sur la perception des cotisations N° 4051 et ss.).

Force dès lors est de constater qu'en l'espèce, les conditions d'assurance ne sont pas remplies.

**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.

Au fond :

1. Le rejette.
2. 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).

La greffière :

Marie-Louise QUELOZ

La Présidente :

Doris WANGELER

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