

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1862/2004

ATAS/1032/2006

ARRET

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 5

du 22 novembre 2006

En la cause

Madame G _____, comparant avec élection de domicile en
l'étude de Maître LELLOUCH Michel

recourante

contre

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

intimé

Siégeant : Maya CRAMER, Présidente; Karine STECK et Doris WANGELER, Juges

EN FAIT

1. Par décision du 5 août 2003, remplaçant celle du 2 décembre 2002, l'OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE INVALIDITE (ci-après : l'OCAI) a octroyé à Madame G _____, née en mai 1950, une rente d'invalidité à 100% d'un montant de 1'716 fr. par mois, sur la base d'une durée de cotisations de 28 ans et de 8 mois, compte tenu des périodes d'assurance portugaise.
2. Le 15 septembre 2003, l'assurée a formé opposition à cette décision en faisant valoir que l'OCAI n'avait pas pris en considération toutes les périodes d'assurance portugaise et qu'il manquait encore 26 mois du 1^{er} novembre 1971 au 31 décembre 1973.
3. Par courrier du 30 mars 2004, la CAISSE SUISSE DE COMPENSATION (ci-après: la caisse) a communiqué à la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION (ci-après : CCGC) la réponse de la Sécurité sociale portugaise, par laquelle celle-ci confirme son attestation des périodes d'assurance du 18 juin 2003 et indique que la Société X _____ n'a pas prélevé de cotisations du salaire de l'assurée de novembre 1971 à décembre 1973.
4. Par décision sur opposition du 8 juillet 2004, l'OCAI a rejeté celle-ci, au motif qu'aucune cotisation n'avait été retenue par l'employeur à l'époque pendant la période litigieuse. Seule l'attestation de la Sécurité sociale portugaise est déterminante, de l'avis de l'OCAI, pour le calcul de la rente d'invalidité.
5. Par acte du 8 septembre 2004, l'assurée, représentée par son conseil, interjette recours contre cette décision en concluant à l'annulation de celle-ci et à l'octroi d'une rente d'invalidité complète et entière dès le 10 juin 2000, sous suite de dépens. Elle fait valoir avoir travaillé dans l'entreprise X _____ SA du 24 février 1967 au 3 juillet 1987 et produit, à l'appui de ses dires, des attestations le confirmant de cette société. La recourante relève également que, dans son attestation du 30 août 2004, cette dernière société a expressément déclaré avoir payé les cotisations sociales à la caisse de prévoyance et d'allocations familiales de l'industrie du textile. La recourante se prévaut par ailleurs des dispositions légales suisses applicables en la matière, selon lesquelles les revenus de l'activité lucrative obtenus par un salarié et sur lesquels l'employeur a retenu des 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. De l'avis de la recourante, il résulte également de la directive en la matière que l'employé n'est pas responsable du paiement des cotisations.
6. Dans sa détermination du 11 octobre 2004, l'intimé informe le Tribunal de céans avoir transmis la déclaration du 30 août 2004 de l'entreprise X _____ SA à la caisse, afin qu'elle procède à des nouvelles recherches auprès de la sécurité sociale

portugaise. L'intimée a ainsi requis le report du délai pour se déterminer, en attendant le résultat des nouvelles recherches.

7. Par réplique du 8 novembre 2004, la recourante persiste dans ses conclusions et insiste sur le fait que le droit aux prestations ne dépend pas d'une attestation de la caisse. L'assurée doit uniquement remplir les deux conditions cumulatives suivantes: elle doit avoir reçu un salaire, d'une part et l'employeur doit avoir retenu les cotisations sociales, d'autre part. Ce dernier fait était expressément confirmé par X _____ SA.
8. Invité à se déterminer, l'intimé indique le 2 mai 2005 au Tribunal de céans qu'elle n'a toujours pas reçu de nouvelles de la sécurité sociale portugaise, mais qu'elle l'a relancée. Elle allègue également que le droit suisse ne saurait être déterminant pour une période de cotisations portugaises. La prise en compte de celles-ci est impérativement subordonnée à une attestation dans ce sens de l'institution portugaise compétente. Par conséquent, dans l'hypothèse où les recherches demeureraient infructueuses, la recourante devrait se retourner contre l'institution compétente.
9. Par la suite, la caisse a relancé la sécurité sociale portugaise à de nombreuses reprises, sans succès.
10. Par écritures du 23 mai 2006, la recourante invite le Tribunal de céans à prendre une décision en l'absence d'une attestation de la sécurité sociale portugaise. Dès lors qu'il est manifeste qu'elle a cotisé auprès de celle-ci, il convient d'en tenir compte pour respecter le principe de la bonne foi. Elle cite également la jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle il y a lieu de prendre en considération des faits ayant eu lieu à l'étranger. Compte tenu du refus apparent de la sécurité sociale portugaise de procéder à toute entraide administrative, il appartient à l'administration d'établir d'office le droit portugais, afin de déterminer si les sommes versées par la Société X _____ SA à l'institution de prévoyance portugaise compétente constituent des cotisations au sens de la loi portugaise, et s'il y a lieu d'en tenir compte pour déterminer les périodes de cotisations. La recourante observe qu'il serait surprenant qu'il n'existe pas en droit portugais une règle comparable à la loi suisse. Enfin, la recourante maintient qu'une attestation des autorités portugaises compétentes n'est pas nécessaire, afin de tenir compte des périodes de cotisations.
11. Le 6 juin 2006, l'intimé se détermine sur les écritures de la recourante, en rappelant que la sécurité sociale portugaise n'a pas fait mention des cotisations litigieuses, dans son attestation du 18 juin 2003, et qu'elle a confirmé l'exactitude de celle-ci par courrier du 9 mars 2004.
12. Le 27 juin 2006, la caisse informe la CCGC que l'assurance sociale portugaise ne lui a toujours pas fait parvenir une nouvelle attestation, malgré plusieurs rappels, de

sorte qu'elle clôture provisoirement le cas. Dès réception de la réponse de la sécurité sociale portugaise, elle procéderait à un rectificatif.

13. Par courrier du 11 juillet 2006, l'intimé a persisté dans ses conclusions.
14. A la demande du Tribunal de céans, la recourante produit le 25 septembre 2006 l'original de la déclaration de X _____ SA du 20 septembre 2006, certifiant qu'elle a travaillé pour cette société du 24 février 1967 au 3 juillet 1987, sans interruption y compris de 1971 à 1973. Elle atteste également que les cotisations sociales pendant la période d'emploi, notamment de 1971 à 1973, ont été retenues sur le salaire et payées à la Caisse de prévoyance et d'allocations de famille de l'industrie textile au Portugal. L'attestation de la société est signée par Monsieur D _____, qui figure sur l'original de l'extrait du registre du commerce de Barcelos concernant X _____ SA, joint par la recourante. Celle-ci verse également à la procédure une traduction libre de la déclaration de ladite société.
15. Le 26 octobre 2006, l'intimé persiste à considérer que seule la sécurité sociale portugaise est en mesure de lui indiquer la période de cotisations à prendre compte, en transmettant à la caisse l'attestation concernant la carrière d'assurance de la recourante. Toutefois, elle adresse une copie de la déclaration de X _____ SA à la caisse, afin qu'elle la transmette aux autorités portugaises compétentes.
16. Sur ce, la cause est gardée à juger.

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, 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.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. a ch. 2 LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) qui sont relatives à la loi sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI).

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

3. La LPGA est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003 entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine des assurances sociales. Sur le plan matériel, le point de savoir quel droit s'applique doit être tranché à la lumière du principe selon lequel les règles applicables sont celles en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits (ATF 130 V 230 consid. 1.1, 335 consid. 1.2, 129 V 4 consid. 1.2, 127 V 467 consid. 1, 126 V 136 consid. 4b et les références), les faits sur lesquels le tribunal de céans peut être amené à se prononcer dans le cadre d'une procédure de recours étant par ailleurs ceux qui se sont produits jusqu'au moment de la décision administrative litigieuse (ATF 121 V 366 consid. 1b).

En l'espèce, les faits déterminants, ouvrant le droit à la rente d'invalidité, se sont produits avant l'entrée en vigueur de la LPGA. Par conséquent, les anciennes dispositions légales sont applicables. Elles seront citées par la suite dans leur ancienne teneur.

Quant aux règles de procédure, elles sont applicables, sauf dispositions transitoires contraires, à tous les cas en cours dès l'entrée en vigueur de la LPGA (ATF 131 V 314 consid. 3.3, 117 V 93 consid. 6b, 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37 p. 316 consid. 3b).

4. Le recours ayant été déposé dans les forme et délai imposés par la loi, il est recevable, en vertu des art. 56 ss LPGA.
5. Le litige porte sur la durée de cotisations à prendre en considération pour le calcul de la rente d'invalidité octroyée à la recourante dès le 10 juin 2000, par décision de l'intimé du 5 août 2003.
6. Le 1^{er} juin 2002 est entré en vigueur l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (accord sur la libre circulation des personnes; ALCP; RS 0.142.112.681). Cet accord est postérieur à la date à laquelle le droit à une rente d'invalidité est né, mais antérieur à la date à laquelle la décision litigieuse a été rendue.

Aux termes de l'art. 118 par. 1 du règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil du 21 mars 1972 fixant les modalités d'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de la famille qui se déplacent à l'intérieur de la communauté (règlement n° 574/72), "lorsque la date de la réalisation du risque se situe (...) avant la date de mise en application du règlement d'application sur le territoire de l'Etat membre intéressé et que la demande de pension de rente n'a pas encore donné lieu à liquidation avant cette date, cette demande entraîne, pour autant que les prestations doivent être accordées

au titre en question, pour une période antérieure à cette dernière date, une double liquidation :

- a) pour la période antérieure à la date de mise en application du règlement d'application sur le territoire de l'Etat membre intéressé, conformément (...) aux conventions en vigueur entre les Etats membres en question;
- b) pour la période commençant (...) à la date de mise en application du règlement d'application sur les territoires de l'Etat membre intéressé, conformément au règlement.

Toutefois, si le montant calculé en application des dispositions visées au point a) est plus élevé que celui calculé en application des dispositions visées au point b), l'intéressé continue à bénéficier du montant calculé en application des dispositions visées au point a)."

Il résulte de ce qui précède, qu'il convient d'examiner le nombre des années de cotisations à prendre en considération pour le calcul de la rente d'invalidité de la recourante sous l'angle de la convention de la sécurité sociale entre la Suisse et le Portugal du 11 septembre 1975 (RS 0.831.109.349.1; ci-après : la convention portugaise-suisse; suspendue depuis le 1^{er} juin 2002 conformément à l'art. 20 ALCP) pour la période du 10 juin 2000 (date de la naissance du droit à la rente) au 31 mai 2002, et sous l'angle de l'ALCP pour la période à partir de cette dernière date (cf. ATF 130 V 335 consid. 2).

7. Aux termes de l'art. 2 al. 1 de la convention portugaise-suisse, les ressortissants de l'une des parties contractantes de cette convention sont soumis aux obligations et admis au bénéfice de la législation de l'autre partie dans les mêmes conditions que les ressortissants de cette partie.

L'art. 12 al. 1 de cette convention prescrit que les périodes de cotisations et les périodes assimilées accomplies selon les dispositions légales portugaises sont prises en compte comme des périodes de cotisations suisses en tant qu'elle ne se superposent pas à ces dernières, pour déterminer les périodes de cotisations servant de base au calcul d'une rente d'invalidité d'un ressortissant suisse ou portugais. Pour la détermination du revenu annuel moyen, seules les périodes de cotisations suisses sont retenues. Les périodes de cotisations étrangères ne sont à prendre en considération que dans la mesure où le droit suisse ne les exclut pas (ATF 109 V p.189 consid. 3c).

Selon l'art. 52 b du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (RAVS), auquel renvoie l'art. 32 al. 1 du règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (RAI), lorsque l'assuré ne présente pas une durée complète de cotisations au sens de l'art. 29 bis LAVS, les périodes de cotisations, accomplies avant le 1^{er} janvier de l'année qui suit la date où il a eu 20 ans révolus, seront prises

en compte à titre subsidiaire afin de combler les lacunes apparues depuis cette date dans les cotisations. Conformément à l'art. 3 al. 2 let. a LAVS, les enfants qui exercent une activité lucrative ne sont cependant pas tenus de payer des cotisations jusqu'au 31 décembre de l'année où ils ont accompli leur 17^{ème} année. Ainsi, l'art. 52 b RAVS ne se réfère qu'à des périodes qui se situent entre le 31 décembre de l'année où l'assuré a accompli son 17^{ème} année et le 1^{er} janvier de l'année qui suit la date où il a eu 20 ans révolus (cf. ATF 109 V 188 s. consid. 3).

En ce qui concerne les années de cotisations suisses, celles-ci sont en principe établies par les comptes individuels transmis par les caisses de compensation concernées. La rectification des inscriptions peut toutefois être exigée, lors de la réalisation du risque assuré, lorsqu'il n'est demandé ni extrait de compte ni rectification ou lorsqu'une demande en rectification a été rejetée, à condition que l'inexactitude des inscriptions soit manifeste ou fût pleinement prouvée, en vertu de l'art. 141 al. 3 RAVS. Selon la jurisprudence, si la personne assurée peut prouver que des cotisations ont été retenues de son salaire à l'époque, ou qu'il existait une convention de salaire net, les périodes de cotisations correspondantes doivent être prises en considération (RCC 1969 p. 545).

Les dispositions précitées concernent certes le contrôle des cotisations versées en Suisse. Cependant, de l'avis du Tribunal de céans, ces règles de preuves sont à appliquer, par analogie, également à l'établissement des années de cotisations étrangères. Il n'y a en effet aucune raison de rendre la preuve des cotisations étrangères plus sévère que celle des cotisations suisses, d'autant plus lorsque l'organe de la sécurité sociale à l'étranger n'entre pas en matière sur les preuves apportées, sans indication de motif.

8. Il convient dès lors d'établir si, en l'occurrence, la recourante a apporté la preuve qu'elle a travaillé entre novembre 1971 et décembre 1973 et que des cotisations sociales ont été retenues sur son salaire pendant cette période.

A l'appui de ses dires, elle a produit copie d'un fax du 10 septembre 2003 de X _____ SA, attestant que Madame M _____ y a travaillé du 24 février 1967 au 3 juillet 1987. Elle a également produit un fax de cette même société du 30 août 2004 précisant qu'elle avait été en congé pour accouchement d'août à septembre 1971, à la naissance de son fils J. F _____ G _____, et d'août à septembre 1972, à la naissance de sa fille M. F _____ G _____, et indiquant le salaire moyen mensuel réalisé de 1971 à 1973. L'ex-employeur atteste en outre que les cotisations sociales ont été effectuées et payées à la caisse de prévoyance et d'allocations familiales de l'industrie du textile. L'entreprise a également envoyé au conseil de la recourante copie de son courrier électronique à la caisse de prévoyance de Porto du 19 octobre 2004, par lequel cette société confirme, d'une part, que la recourante a travaillé au sein de son entreprise de 1971 à 1973, et d'autre part, qu'elle avait envoyé les décomptes à la caisse de prévoyance.

A la demande du Tribunal, la recourante a en outre envoyé au Tribunal de céans l'original d'une déclaration de X _____ SA du 20 septembre 2006 confirmant qu'elle a travaillé du 24 février 1967 au 3 juillet 1987, sans interruption, y compris de 1971 à 1973. Cette société déclare également que les décomptes relatifs à la période d'emploi ont été effectués et que les cotisations sociales retenues sur son salaire ont été payées à la Caisse de prévoyance et d'allocations de famille de l'industrie textile au Portugal. Cette déclaration est signée par Monsieur D _____, lequel est mentionné comme administrateur de la société, selon l'extrait du registre du commerce relative à celle-ci.

Dans ces conditions, il y a lieu d'admettre que la recourante a prouvé non seulement avoir travaillé pendant la période litigieuse, mais également que les cotisations sociales ont été retenues, même si les autorités portugaises compétentes ne se sont jamais expressément déterminées sur ces déclarations, en dépit des multiples demandes dans ce sens de la Caisse de compensation suisse. Il appert ainsi que les inscriptions relatives aux périodes de cotisations au Portugal sont manifestement incomplètes et dès lors inexactes.

Par conséquent, il convient de fonder le calcul de la rente sur une durée complète de cotisations de 29 ans, pour la classe d'âge de la recourante, et de calculer la rente sur l'échelle 44, pour ce qui concerne la période du 10 juin 2000 au 31 mai 2002.

9. S'agissant de la période subséquente dès l'entrée en vigueur de l'ALCP, la question de savoir quelle durée de cotisation doit être retenue pour le calcul de la rente suisse, en application de cet accord et de ses règlements, peut rester ouverte. En effet, en vertu de la législation suisse et de la convention de sécurité sociale portugaise-suisse, la recourante peut déjà prétendre à la rente calculée sur la base d'une période de cotisations complète pour sa classe d'âge, soit de la période maximale. La solution ne pourrait dès lors pas lui être plus favorable selon la législation européenne et, conformément à l'art. 118 par. 1 du règlement 574/72, il convient de retenir la solution à laquelle aboutit la législation et les conventions de sécurité sociale du pays compétent, lorsqu'elle est plus avantageuse.
10. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et la décision attaquée annulée, en ce qu'elle a calculé la rente d'invalidité sur la base d'une période de cotisations inférieure à la période de cotisations complète, pour une personne de la classe d'âge de la recourante. La cause sera par ailleurs renvoyée à l'intimé pour nouveau calcul de la rente.
11. La recourante obtenant gain de cause, une indemnité de 1'500 fr. lui sera octroyée à titre de dépens.

**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. L'admet.
3. Annule la décision dont est recours en ce qu'elle a calculé la rente d'invalidité de la recourante sur la base d'une durée de cotisations incomplète, pour la classe d'âge déterminante.
4. Octroie à la recourante une rente d'invalidité entière sur la base de l'échelle 44.
5. Renvoie la cause à l'intimé pour nouveau calcul de la rente.
6. Le condamne à verser à la recourante une indemnité de 1'500 fr. à titre de dépens.
7. 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

La présidente

Sylvie CHAMOUX

Maya CRAMER

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