RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1890/2003 **ATAS/276/2004**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

4ème chambre

du 21 avril 2004

En la cause

Monsieur K_____, comparant par Me GIRARD Pierre-Alain, en l'étude duquel il élit domicile — recourant

contre

OFFICE CANTONAL DES PERSONNES AGEES, Route de Chêne 54, Case postale 6375, 1211 Genève 6 — intimé

Siégeant : Mme Juliana BALDE, Présidente, Mmes Maya CRAMER et Valérie MONTANI, juges.

EN FAIT

1. Monsieur K_____, né en juin 1950, marié et père de trois enfants aujourd'hui majeurs, d'origine macédonienne, est au bénéfice d'une demi-rente d'invalidité depuis plusieurs années. L'assuré a déposé une demande de prestations auprès de l'Office cantonal des personnes âgées (ci-après l'OCPA) en date du 28 novembre 1995 (cf. pièce 1 OCPA).

2. Le 9 février 2001, l'OCPA a notifié 13 décisions à l'assuré, le mettant au bénéfice de prestations complémentaires cantonales et fédérales à compter du 1er janvier 1997. L'OCPA a informé l'assuré qu'il avait retenu un gain potentiel, au vu de son taux d'invalidité, de 50% et que dès le 1er septembre 2001 il sera tenu de prendre en considération un gain minimum que son épouse pourrait réaliser si elle mettait à profit sa capacité de gain. Dans un tel cas, les prestations diminueraient de Fr. 938.- par mois (cf. pièce N° 4 OCPA).

3. Par décision du 5 octobre 2001, l'OCPA a repris le calcul du montant des prestations complémentaires dès le mois courant, en tenant compte d'un gain d'activité potentiel de l'épouse de l'assuré, Madame K_____, à hauteur de Fr. 33'760.-. Compte tenu de ce nouveau calcul, l'assuré ne pouvait plus bénéficier de prestations complémentaires fédérales et se voyait allouer des prestations complémentaires cantonales à concurrence de Fr. 216.- par mois, plus le subside de l'assurance maladie pour un montant de Fr. 7'488.- annuel (cf. pièce N° 5 OCPA).

4. Par courrier du 31 octobre 2001, l'assuré a formé opposition contre cette décision, contestant le gain potentiel retenu par l'OCPA. Il a rappelé que son fils C. souffrait d'un grave handicap mental ainsi que de crises d'épilepsie et qu'il avait besoin d'une surveillance 24 heures sur 24. Il était complètement dépendant pour les actes de la vie quotidienne, aide qu'il reçoit principalement de sa mère. Il a produit un certificat médical établi par le docteur A_____, attestant des troubles neuropsychiatriques présentés par C. depuis sa petite enfance. En outre, des bonifications pour tâches d'assistance leur ont été accordées.

5. L'OCPA a requis des renseignements de l'OCAI, notamment le questionnaire d'allocation pour impotent de l'AI, dont il résultait que C. avait un droit à une allocation pour impotent de degré moyen. Il a appris aussi que suite à une demande de révision, l'OCAI a reconnu à l'assuré un degré d'invalidité de 100% dès le 1er novembre 2001.

6. Par décision sur opposition du 25 mars 2003, l'OCPA a maintenu la décision du 5 octobre 2001, au motif que l'aide dont avait besoin le fils de l'intéressé pour certains actes ordinaires de la vie, ainsi que la surveillance personnelle ne devaient pas être assumés exclusivement ou en grande partie par son épouse : cette aide devait être apportée également par l'assuré lui-même, ce d'autant plus qu'il a été

reconnu invalide à 100% avec effet rétroactif au 1er novembre 2001 et qu'auparavant il n'a exercé aucune activité lucrative alors que son degré d'invalidité était de 50%. L'OCPA a considéré en outre que par exemple le soir et les week-ends, une partie de l'aide et de la surveillance personnelle dont C. avait besoin pouvait être assurée par sa sœur, âgée de 21 ans, qui vivait à domicile.

7. Par l'intermédiaire de son conseil, l'assuré a interjeté recours en date du 25 avril 2003 auprès de la Commission cantonale de recours en matière d'AVS/AI et de prestations complémentaires, contestant la prise en compte d'un gain hypothétique pour son épouse. Il a souligné qu'il y avait lieu de tenir compte de différents critères pour déterminer si l'on pouvait exiger d'une personne qu'elle exerce une activité lucrative, notamment son âge, son état de santé, ses connaissances linguistiques et le cas échant le temps plus ou moins long pendant lequel elle aurait été éloignée de la vie professionnelle. Il a fait valoir que son fils est invalide à 100% et qu'il a été reconnu impotent dans la mesure où il a besoin d'aide et de surveillance constante, soit durant le jour et la nuit. Il rappelle que son fils est sujet à de grave crises d'épilepsie et qu'il présente des troubles neuropsychiatriques sévères depuis sa petite enfance, attesté par les rapports médicaux. Son épouse veille sur son fils de manière constante durant toute la semaine et il lui serait impossible d'aller travailler durant d'hypothétiques instants de répit à sa disposition. On imagine difficilement qu'une partie de l'aide apportée à son fils puisse être apportée par lui-même, invalide à 100%. Enfin, le gain potentiel retenu par l'OCPA n'est pas réaliste, au vu de la formation professionnelle de son épouse et de l'activité qu'elle a exercée jusqu'ici, du marché de l'emploi et du temps pendant lequel elle a été éloignée de la vie professionnelle. La décision de l'OCPA est insoutenable et doit être annulée en tant qu'elle retient un gain d'activité potentiel de son épouse.

8. Dans son préavis du 17 juin 2003, l'OCPA a conclu au rejet du recours, en soulignant que selon les renseignements en sa possession, le fils du recourant n'a pas de problème sur le plan moteur en raison de son état de santé. Il résulterait d'autre part d'une note d'entretien téléphonique du 17 juillet 1996 entre une collaboratrice de l'OCAI et le médecin traitant, que C. pourrait être plus autonome si sa mère le couvait un peu moins, qu'elle a du mal à se séparer de lui et que l'assuré ne semble pas avoir acquis l'indépendance qu'une institution aurait pu lui apporter. L'OCPA relève que l'assuré n'indique pas les raisons qui l'empêcheraient, invalide à 100%, de remplacer son épouse dans l'aide et la surveillance nécessitées par la présence de leur fils à domicile. L'OCPA persiste à considérer que l'épouse de l'assuré devrait être en mesure d'exercer une activité lucrative, moyennant une nouvelle organisation familiale.

9. Dans ses conclusions du 18 juillet 2003, l'assuré conteste l'appréciation de l'OCPA qui se fonde sur une note d'entretien téléphonique datant de plus de sept ans afin de mettre en doute la nécessité de l'aide et de l'assistance apportées par son épouse à

leur fils. Il considère qu'il a été établi à satisfaction de droit que C. a un besoin impératif de surveillance constante et que le travail fourni par sa mère dans ce cadre est reconnu par toutes les institutions. D'autre part, lui-même étant invalide à 100%, il ne peut précisément pas exercer une activité reconnue comme un travail à plein temps et doit donc laisser à son épouse le soin de s'occuper de leur fils.

10. L'OCPA a persisté dans ses conclusions.

11. Dans le cadre de l'instruction de la cause, le Tribunal de céans, auquel la cause a été transmise d'office dès le 1er août 2003, a sollicité l'apport du dossier AI de l'assuré et a convoqué les parties en audience de comparution personnelle. L'assuré a exposé que son épouse est arrivée en Suisse en 1991, avec leur quatre enfants encore mineurs, qu'elle était sans formation et ne parlait pratiquement pas le français. Leur fils C., né en 1977, est tombé gravement malade alors qu'il avait 2 ans et demi et depuis lors il ne parle plus. Il a expliqué quelles étaient les conséquences de la grave maladie dont est atteint son fils et a décrit en particulier les graves crises d'épilepsie présentées par C.. Il a exposé comment se déroulait et s'organisait la vie familiale avec son fils invalide, âgé de 26 ans, totalement dépendant.

12. L'OCPA s'en est rapporté à justice. Pour le surplus, les faits pertinents ainsi que les divers allégués des parties seront repris, en tant que de besoin, dans la partie en droit ci-après.

EN DROIT

1. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA) est entrée en vigueur le 1er janvier 2003. Ces dispositions s'appliquent aux prestations versées par les cantons en vertu du chapitre 1*a*, à moins que la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'assurance vieillesse, survivants et invalidité du 19 mars 1965 n'y déroge expressément (cf. art. 1 al.1 LPC - RS 831.30). Le cas d'espèce reste néanmoins 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 (cf. ATF 127 V 467 consid. 1), sous réserve des règles de procédure qui sont immédiatement applicables. Les dispositions légales pertinentes seront dès lors citées dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2002.

2. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 a été modifiée par la loi du 14 novembre 2002 et un Tribunal cantonal des assurances sociales a été institué, dès le 1er août 2003. Conformément à l'article 3 alinéa 3 des dispositions transitoires, les causes introduites avant l'entrée en vigueur de la présente loi et pendantes devant la Commission cantonale de recours en matière de prestations complémentaires fédérales et cantonales ont été transmises d'office au Tribunal cantonal des assurances sociales, statuant en instance unique, notamment sur les contestations en matière de prestations complémentaires à l'assurance AVS/AI (cf. art. 56V LOJ). La compétence du Tribunal de céans est ainsi établie pour juger du cas d'espèce.

3. L'intéressé qui s'estime lésé par une décision sur réclamation de l'OCPA peut former un recours, par écrit et dans les 30 jours qui suivent la notification de la décision sur réclamation, auprès de l'autorité compétente (art. 9 de la loi sur les prestations fédérales complémentaires à l'assurance vieillesse et survivants et à l'assurance invalidité, du 14 octobre 1965 – LPCF J 7 10 ; art. 43 de la loi sur les prestations cantonales complémentaires à l'assurance vieillesse et survivants et à l'assurance invalidité du 25 octobre 1968 – LPCC J 7 15 ; art. 7 de la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'assurance vieillesse, survivants et invalidité du 19 mars 1965 - LPC). Interjeté dans les délais et forme prescrits par la loi, le recours est recevable.

4. L'objet du litige consiste à déterminer s'il convient de prendre en compte un gain hypothétique pour l'épouse du recourant et, le cas échéant, à concurrence de quel montant.

5. Selon l'article 2 alinéa 2 let. a LPC, les étrangers qui ont leur domicile et leur résidence habituels en Suisse doivent bénéficier de prestations complémentaires au même titre que les ressortissants suisses s'ils ont habité en Suisse pendant les dix ans précédant immédiatement la date à partir de laquelle ils demandent la prestation complémentaire et s'ils ont droit à une rente, à une allocation pour impotent ou à une indemnité journalière de l'assurance invalidité. Ils bénéficient de prestations complémentaires si les dépenses reconnues (art. 3b LPC) sont supérieures aux revenus déterminants (art. 3c LPC). Le montant de la prestation complémentaire annuelle correspond à la part des dépenses reconnues qui excèdent les revenus déterminants (art. 3a al. 1 LPC).

6. Conformément à l'article 3c alinéa 1 let. g LPC, les revenus déterminants comprennent les ressources et parts de fortune dont un ayant droit s'est dessaisi. Cette disposition est notamment applicable lorsqu'une personne assurée renonce sans obligation juridique à des éléments de fortune, ou peut prétendre à certains éléments de revenu et de fortune sans faire valoir ses droits correspondants, voire renonce à mettre en valeur sa capacité de gain alors que l'on pourrait exiger d'elle

qu'elle exerce une activité lucrative (ATF 121 V 205 consid. 4a, 117 V 289 consid. 2).

7. En outre, selon la jurisprudence, il y a également lieu de tenir compte, au titre des ressources dont un ayant droit s'est dessaisi, d'un revenu hypothétique de l'épouse d'un assuré sollicitant l'octroi de prestations complémentaires, dans la mesure où elle renonce à exercer une activité lucrative que l'on est en droit d'exiger d'elle, ou à l'étendre (ATF 117 V 291 consid. 3b ; VSI 2001 p. 127, consid. 1b). Aux termes de l'article 3a alinéa 7 lettre c LPC, le Conseil fédéral règle la prise en compte du revenu de l'activité lucrative que l'on peut exiger de la part d'invalides partiels et de veuves sans enfants mineurs. Il a fait usage de ses compétences aux articles 14*a* alinéa 2 et 14*b* de l'Ordonnance sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité du 15 janvier 1971 (OPC-AVS/AI), qui prévoient des montants minimaux de revenus d'activité lucrative à prendre en compte en fonction du degré d'invalidité et/ou de l'âge du bénéficiaire de rente. Il appartient à l'administration ou, en cas de recours, au juge des assurances sociales d'examiner si l'on peut exiger de l'intéressée qu'elle exerce une activité lucrative et, le cas échéant, de fixer le salaire qu'elle pourrait en retirer en faisant preuve de bonne volonté. Cela étant, s'agissant de déterminer le montant hypothétique du revenu de l'activité lucrative susceptible d'être obtenu par l'épouse d'un requérant de prestations complémentaires, on ne saurait se fonder sur les montants forfaitaires minimaux au sens de l'article 14*b* OPC. Pour ce faire, il y a lieu de tenir compte des circonstances concrètes du cas d'espèce en fonction des normes d'usage du droit de la famille (ATF 117 V 292 consid. 3c, RCC 1992 p. 348 et ss). Les critères décisifs auront notamment trait à l'âge de la personne, à son état de santé, à ses connaissances linguistiques, à sa formation professionnelle, à l'activité exercée jusqu'ici, au marché de l'emploi, et le cas échéant, au temps plus ou moins long pendant lequel elle aura été éloignée de la vie professionnelle (ATF 117 V 290 consid. 3a ; VSI 2001 p. 128 consid. 1b). Le revenu de l'activité lucrative potentielle devra alors, conformément à l'article 3c alinéa 1a in fine LPC, être pris en compte à raison des deux tiers seulement (ATF 117 V 292 consid. 3c et la référence).

8. Il importe également, lors de la fixation de revenu hypothétique, de tenir compte du fait que la reprise d'une activité lucrative exige une période d'adaptation, et qu'après une longue absence de la vie professionnelle, une pleine intégration sur le marché de l'emploi n'est plus possible à partir d'un certain âge. Les principes prévus en matière d'entretien après le divorce sont aussi pertinents ; à cet égard, la jurisprudence rendue sous l'empire de l'ancien droit du divorce partait du principe qu'au-delà de la quarante-cinquième année, une femme ne pouvait en règle générale plus se voir opposer l'exigence ou la possibilité d'une insertion ou d'une réinsertion entière et durable dans la vie professionnelle (ATF 115 V 11 consid. 5a, 114 II 11 consid. 7b). Cette jurisprudence reste en principe d'actualité sous le nouveau droit du divorce entré en vigueur au 1er janvier 2000, si ce n'est qu'en

vertu du principe du partage de la prévoyance désormais prévu par l'article 122 CC, une élévation de la limite d'âge sus-indiquée peut désormais en ligne de compte (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N 28 ad art. 125 CC ; Schwenzer, Kommentar ad art. 125 CC, in Ingebord Schwenzer, Scheidungsrecht, Bâle 2000, N 63). L'article 14*b* OPC parle certes de l'hypothèse qu'un retour à la vie professionnelle de femmes sans enfants mineurs est défendable lors même qu'elles ont plus de cinquante ans, mais pour un montant minimal – réduit en conséquence – de deux tiers du montant maximum destiné à la couverture des besoins vitaux selon la lettre a. Le respect de ces principes – qui relèvent tant du droit des PC que du droit civil – est primordial lorsqu'il s'agit d'examiner, à la lumière d'un cas concret, si et dans quelle mesure on est en droit – en fonction de son âge – d'exiger de l'épouse d'un requérant de prestations complémentaires qu'elle prenne ou reprenne l'exercice d'une activité lucrative.

9. Sur le plan cantonal, l'article 5 LPCC prévoit également que le revenu déterminant comprend notamment les ressources en espèces ou en nature provenant de l'exercice d'une activité lucrative et les ressources dont un ayant droit s'est dessaisi (art. 5 al. 1 let. a et j LPCC). La prise en compte d'un gain hypothétique intervient conformément aux dispositions fédérales en vigueur.

10. En l'espèce, l'OCPA a retenu un gain hypothétique de l'épouse de Fr. 33'760.- dès le 1er octobre 2001 (cf. pièce N° 5 OCPA). A l'époque de la décision rendue, l'épouse du recourant était âgée de 48 ans. Le recourant a contesté que l'on puisse retenir un revenu hypothétique pour son épouse, dès lors que leur fils C., né le 25 août 1977, souffre d'un grave handicap mental ainsi que de crises d'épilepsie et que son état de santé nécessite une surveillance constante. En outre, son fils a besoin d'aide pour tous les actes de la vie quotidienne et ces soins sont précisément assurés par son épouse. Il conteste le point de vue de l'OCPA, selon lequel son épouse pourrait aller travailler le soir et les week-ends et qu'une autre personne pourrait s'occuper de C. durant ces moments-là. Il allègue que dans la mesure où son épouse veille sur son fils de manière constante durant toute la semaine, il lui serait impossible d'aller travailler durant d'hypothétiques instants de répit à sa disposition. Il rappelle que son fils est au bénéfice d'une allocation pour impotent de l'assurance-invalidité et que lui-même est invalide à 100%.

11. L'intimé se fonde sur une note d'entretien téléphonique du 17 juillet 1996 entre une collaboratrice de l'Office cantonal AI et le médecin traitant, dont il résulte que C. pourrait être autonome si sa mère le couvait un peu moins et qu'il ne semble pas avoir acquis l'indépendance qu'une institution aurait pu lui apporter. L'OCPA estime aussi que le recourant, invalide à 100%, pourrait remplacer son épouse dans l'aide et la surveillance nécessitée par la présence de leur fils à domicile ; ainsi, l'épouse du recourant devrait être en mesure d'exercer une activité lucrative, moyennant une nouvelle organisation familiale.

12. Entendu en audience de comparution personnelle, le recourant a exposé que son épouse est arrivée en Suisse en 1991, avec les enfants encore mineurs. Elle est sans formation et ne parle pratiquement pas le français. Son fils C. est tombé gravement malade lorsqu'il avait deux ans et demi ; depuis lors, il ne parle plus et ne comprend pratiquement pas les consignes. Il prend des médicaments tous les jours en raison de graves crises d'épilepsie, à la suite desquelles il peut rester paralysé des jambes pendant deux ou trois jours et mettre quelques dix jours à s'en remettre. Son épouse s'occupe en permanence de son fils, depuis qu'il est bébé. Il doit être constamment sous surveillance, jour et nuit, il faut l'aider à se vêtir, faire sa toilette, il ne prend aucune initiative pour accomplir les actes ordinaires de la vie. Il peut être agité, particulièrement la nuit où il se réveille entre trois et quatre fois. Il faut tenter de le reconduire au lit et en tout cas le surveiller. Il expose que lui-même ne parvient pas à s'occuper de son fils comme le fait son épouse, il a des douleurs, et souffre également d'un état dépressif. En outre, son état de santé s'est aggravé alors qu'il voulu retenir son fils lors d'une chute. D'autre part, C. n'accepte pas trop d'être aidé par d'autres personnes que sa mère, il peut arriver qu'il soit agressif.

13. Il résulte des pièces du dossier que le fils du recourant est atteint d'épilepsie type grand mal, qu'il souffre d'un retard mental majeur à profond depuis la petite enfance. Il a besoin d'aide régulière et importante d'autrui pour pratiquement tous les actes ordinaires de la vie, ainsi que d'une surveillance constante (cf. demande et questionnaire d'allocation pour impotent de l'AI, du 12 juin 1996, pièce annexe n°10 OCPA). Le Dr A_____ a précisé le 26 octobre 2001 que C. présente des troubles neuropsychiatriques sévères depuis sa petite enfance, dus à une encéphalopathie. Le patient est complètement dépendant pour tout et il doit être surveillé 24h/24, surveillance qui est assurée par sa mère (cf. annexe pièce 3 recourant). Enfin, l'état de santé du recourant s'est aggravé ; il s'est blessé à l'épaule suite à un faux mouvement contre résistance, car il a voulu retenir son fils handicapé qui faisait une chute et il souffre également d'un état dépressif, raisons pour lesquelles il a été reconnu invalide à 100% (cf. rapport du Dr B_____ du 24 juin 2002 et de la Dresse C_____ du 22 septembre 2002, fourre 3, dossier OCAI).

14. En l'occurrence, le Tribunal de céans constate que l'épouse du recourant, âgée de plus de 48 ans à l'époque de la décision litigieuse, n'a jamais exercé d'activité lucrative, que ce soit dans son pays en Macédoine ou depuis son arrivée en Suisse en 1991. Elle s'est entièrement consacrée à l'éducation des enfants et plus particulièrement à celle de C., sévèrement handicapé depuis l'âge de deux ans et demi. Eu égard à la gravité du handicap que présente C., aujourd'hui majeur, à l'importance des soins et de la prise en charge que doit assumer l'épouse . - exposée de façon détaillée lors de l'audience de comparution personnelle - , au fait que le recourant est lui-même invalide à 100%, le Tribunal de céans considère que dans le cas d'espèce, on ne saurait exiger de l'épouse du recourant qu'elle prenne une activité lucrative. Dans ces conditions, c'est à tors que l'OCPA a retenu un gain

hypothétique de 33'760 fr. Le recours sera en conséquence admis et la cause renvoyée à l'OCPA afin qu'il rende de nouvelles décisions, sans tenir compte d'un revenu hypothétique de l'épouse.

15. Quant au revenu hypothétique retenu pour le recourant, soit 11'253 fr. qui figurait dans les décisions litigieuses, le Tribunal de céans relève que l'intimé a, par décisions subséquentes, recalculé les prestations pour tenir compte de l'invalidité du recourant de 100%.

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 et annule les décisions du 5 octobre 2001 ;

3. Renvoie la cause à l'OCPA pour nouvelles décisions dans le sens des considérants ;

4. Alloue au recourant la somme de 2'000 fr. à titre de participation à ses frais et dépens ;

5. 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. Ce mémoire doit : a) indiquer exactement quelle décision le recourant désire obtenir en lieu et place de la décision attaquée; b) exposer pour quels motifs le recourant estime pouvoir demander cette autre décision; c) porter la signature du recourant ou 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 au mémoire s'il s'agit de pièces en possession du recourant. Seront également jointes au mémoire la décision attaquée et l'enveloppe dans laquelle elle a été expédiée au recourant (art. 132 106 et 108OJ).

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