RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2142/2006 **ATAS/919/2006**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 2

du 24 octobre 2006

En la cause

Monsieur S_____, domicilié , GRAND-LANCY, représenté par Madame Catherine LACK c/o CCSI - CENTRE DE CONTACT SUISSE-IMMIGRES	recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, sis rue de Lyon 97; GENEVE	intimé

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

EN FAIT

1. Monsieur S_____ (ci-après: le recourant), né en 1958, ressortissant du Kosovo et au bénéfice d'un permis B, est domicilié en Suisse depuis le 26 avril 1991. Il est père de trois enfants nés respectivement le 9 mars 1987, le 27 juillet 1989 et le 11 septembre 1991. Ses trois enfants ainsi que son épouse sont également domiciliés en Suisse depuis le 26 avril 1991.

2. Le recourant souffre, depuis 1993, de psoriasis cutané, de rhumatisme psoriasique ainsi que de diabète insulinodépendant.

3. Ce n'est toutefois que le 18 octobre 2000 que le prénommé a présenté une demande tendant à l'octroi d'une rente de l'assurance-invalidité.

4. Par décision du 28 février 2005, l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après: l'OCAI) a nié le droit du recourant à une rente d'invalidité. Bien qu'ayant constaté l'existence d'une invalidité de 72% à partir du 1er mai 1994, il a considéré qu'à cette date Monsieur S_____ ne pouvait se prévaloir d'une durée de cotisation d'une année au moins.

5. Le 14 mars 2005, le recourant a formé opposition contre cette décision au motif qu'au moment de la survenance de son invalidité, la charge de s'assurer ne lui incombait pas étant requérant d'asile et sans ressource, mais incombait à l'Hospice général qui l'assistait.

6. Par décision sur opposition du 12 mai 2006, l'OCAI a confirmé sa décision du 28 février 2005, motif pris que le recourant ne remplissait pas les conditions d'assurance au moment de la survenance d'invalidité car à cette date, aucune cotisation n'avait été versée, ni ne pouvait être réclamée.

7. Le 9 juin 2006, le recourant a déposé un recours auprès du Tribunal de céans contre cette décision sur opposition dont il demande l'annulation, en concluant au versement d'une rente d'invalidité entière dès le mois de novembre 1999, soit douze mois précédant le dépôt de sa demande de rente invalidité.

   A l'appui de ses conclusions, le recourant allègue que les conditions d'assurance étaient réalisées au moment de la survenance de l'invalidité en mai 1994. A ce moment, il remplirait la condition de la durée minimale de cotisations d'un an, car les périodes pour lesquelles le recourant pouvait prétendre des bonifications pour tâches éducatives devaient être considérées comme années de cotisations.

8. Dans sa réponse du 10 juillet 2006, l'OCAI a conclu au rejet du recours sans prendre position sur l'argumentation du recourant.

9. Après transmission de cette écriture au recourant, la cause a été gardée à juger le 1er septembre 2006.

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.

2. Conformément à l'art. 56 V al. 1 let. A ch. 2 LOJ, le tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique les 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 1er janvier 2003, entraînant des modifications législatives notamment dans le droit de l'assurance-invalidité. Du point de vue temporel, sont en principe applicables les règles de droit en vigueur au moment où les faits juridiquement déterminants se sont produits et le juge des assurances sociales se fonde en principe, pour apprécier une cause, sur l'état de fait réalisé à la date déterminante de la décision sur opposition déterminante (ATF 129 V 4 consid. 1.2; 169 consid. 1; 356 consid. 1 et les arrêts cités). Ces principes de droit intertemporel commandent ainsi l'examen du bien-fondé de la décision sur opposition du 12 mai 2006 à la lumière des anciennes dispositions de la LAI pour la période s'étendant jusqu'au 31 décembre 2002 et, le cas échéant, au regard des nouvelles dispositions de la LPGA pour la période postérieure (ATF 130 V 332 consid. 2.2. et 2.3).

4. En ce qui concerne la procédure et à défaut de règles transitoires contraires, le nouveau droit s'applique sans réserve dès le jour de son entrée en vigueur (ATF 117 V 93 consid. 6b; 112 V 360 consid. 4a; RAMA 1998 KV 37p. 316 consid. 3b).

Déposé dans les forme et délai imposés par la loi, le présent recours est recevable, en vertu des art. 56ss LPGA.

5. Le litige porte sur le droit éventuel du recourant à une rente d'invalidité, singulièrement sur la réalisation de la condition d'assurance, soit une année entière au moins de cotisations.

6. Dans sa décision sur opposition du 12 mai 2006, confirmant sa décision du 28 février 2005, l'OCAI a constaté que l'atteinte à la santé dont souffre le recourant entraînait une invalidité d'un taux de 72% depuis le 1er mai 1994. Il n'y a pas lieu de revenir sur ce point, lequel, au demeurant, ne fait l'objet d'aucune controverse entre les parties. L'objet est litigieux est uniquement celui des conditions d'assurance.

   Le recourant soutient qu'il a droit à une rente d'invalidité car les périodes pour lesquelles il pourrait prétendre des bonifications pour tâches éducatives doivent être considérées comme périodes de cotisations.

   L'art. 2 de la Convention de sécurité sociale entre la Confédération suisse et la République Populaire Fédérative de Yougoslavie relative aux assurances sociales du 8 juin 1962 (RS 0.831.109.818.1; Convention applicable en l'occurrence après l'éclatement de l'Etat yougoslave (Pra 1993 n° 44, p. 148) prévoit que, sous réserve de dispositions conventionnelles contraires, les ressortissants yougoslaves jouissent en principe de l'égalité de traitement quant aux droits découlant de la législation suisse sur l'assurance invalidité. En effet, après l'éclatement de la Yougoslavie, elle s'applique à tous les ressortissant de l'ex-Yougoslavie.

   Un ressortissant yougoslave doit dès lors satisfaire aux mêmes conditions qu'un citoyen suisse pour avoir droit aux prestations de l'assurance-invalidité.

7. Il doit ainsi être invalide au sens de l'art. 4 al. 1 LAI et, en ce qui concerne le droit à une rente ordinaire d'invalidité, compter, lors de la survenance de l'invalidité, une année entière au moins de cotisations (art. 36 al. 1 aLAI et art. 8 let a de la Convention).

   Aux termes de l'art. 36 al. 2 aLAI, sous réserve de l'al. 3, les dispositions de la LAVS sont applicables par analogie au calcul des rentes ordinaires.

8. a) Contrairement à la situation juridique qui prévalait avant l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1997, de la 10ème révision de l'assurance-vieillesse et survivants (art. 29 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 - LAVS - ou art. 36 al. 1 LAI, tous les deux en liaison avec les art. 3 al. 2 let. b et 29bis al. 2 LAVS, dans leur teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 1996; ATF 111 V 106 consid. 1b, 110 V 280 consid. 1a et les références), il n'est plus nécessaire, selon le nouveau droit, que l'intéressé ait payé personnellement des cotisations pour que soit accomplie la durée de cotisation minimale d'une année

ouvrant droit aux rentes ordinaires de l'assurance-vieillesse et survivants ou de l'assurance-invalidité.

En effet, à teneur de l'art. 29 LAVS, dans sa version en vigueur depuis le 1er janvier 1997, peuvent prétendre à une rente ordinaire de vieillesse tous les ayants droit 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.

b) Cependant, aux termes de la première phrase du ch. 1 let. c al. 1 des dispositions finales de la modification du 7 octobre 1994 (10ème révision de l'assurance-vieillesse et survivants), les nouvelles dispositions s'appliquent à toutes les rentes dont le droit prend naissance après le 31 décembre 1996. Aussi, la jurisprudence considère-t-elle qu'en ce qui concerne les cas d'assurance survenus avant le 1er janvier 1997, il n'est pas possible de renoncer, rétroactivement, à l'exigence du paiement personnel de cotisations. C'est pourquoi un assuré qui, sous l'ancien droit, ne pouvait prétendre une rente ordinaire parce qu'il ne pouvait se prévaloir d'une durée de cotisation d'une année entière au moins au moment de la survenance de l'invalidité, n'a pas droit non plus à une telle prestation après l'entrée en vigueur de la 10ème révision de l'assurance-vieillesse et survivants, indépendamment des cotisations payées par son conjoint (ATF 126 V 273; arrêt B du 2 août 2005, I 668 + 694/04, consid. 4.2; arrêt A. du 6 avril 2006, I 56/06, consid. 4.2.1).

9. En l'espèce, il est constant que le recourant ne s'est pas acquitté personnellement de cotisations durant une année entière au moins au moment de la survenance de l'invalidité.

Il est également établi que le recourant a été totalement assisté du 26 avril 1991, date de son arrivée en Suisse, jusqu'au 31 décembre 1993. En tant qu'assuré assisté au moyen de fonds publics, le recourant aurait dû payer la cotisation minimum conformément à l'art. 10 al. 2 LAVS.

Or, même si des cotisations étaient dues pour la période précédant le 1er mai 1994, elles ne peuvent plus être exigées ni payées, puisqu'elles n'ont pas été fixées par décision notifiée dans un délai de cinq ans à compter de la fin de l'année civile pour laquelle elles étaient éventuellement dues (art. 16 al. 1 LAVS). La procédure en réparation du dommage selon l'art. 52 LAVS est également prescrite.

En définitive, le seul argument invoqué par le recourant dans son opposition est que la lacune de cotisations ne lui est pas imputable, dans la mesure où elle est due essentiellement à un manque de diligence de l'Hospice général. Il n'est toutefois pas nécessaire d'examiner si la lacune de cotisation due à un comportement de l'Hospice général contraire aux dispositions légales, une telle éventualité n'ouvrant pas la possibilité de s'acquitter de cotisations périmées (ATF 100 V 157 s. consid. 3c et la référence; arrêt S. du 2 juin 2005, I 423/04, consid. 3.3.2; arrêt A. du 6 avril

2006, I 56/06, consid. 4.2.1). Reste réservée une éventuelle action en responsabilité contre l'Etat, qui sort du cadre de la présente procédure.

10. Il convient donc d'examiner si le recourant a droit à une rente ordinaire sur la base des périodes pour lesquelles il pourrait prétendre des bonifications pour tâches éducatives.

    En l'occurrence, le cas d'assurance est survenu le 1er mai 1994, soit avant l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1997, des dispositions modifiées par la 10ème révision de l'AVS. C'est pourquoi la règlementation en vigueur jusqu'au 31 décembre 1996 est applicable en l'occurrence, même si la demande de prestations n'a été présentée que le 18 octobre 2000, soit plus de douze mois après la naissance du droit (cf. art. 48 al. 2 LAI).

    Cela étant, dans la mesure où il ne s'est pas acquitté personnellement de cotisations durant une année entière au moins au moment de la survenance de l'invalidité, le recourant n'a pas droit à une rente ordinaire d'invalidité.

11. Reste à déterminer si le recourant peut prétendre une rente extraordinaire d'invalidité.

    Selon les art. 8 lettre d, de la Convention et art. 7, lettre b n'ont droit aux rentes extraordinaires que les ressortissants yougoslaves qui conservent leur domicile en Suisse et si, immédiatement avant la date à partir de laquelle ils demandent la rente, ils ont résidé en Suisse de manière ininterrompue pendant cinq années entières au moins.

    Selon la jurisprudence fédérale est déterminant le moment où une telle prestation peut ou pourrait effectivement être allouée à celui ou celle qui la requiert, toutes autres conditions devant être remplies par ailleurs (ATF 108 V 76; ATF 110 V 175).

    Il faut comprendre ce moment comme celui auquel la rente peut être concrètement servie. En effet, dans l'ATF 108 V 76, le TFA a admis que "la date à partir de laquelle ils demandent la rente" ne se confond pas avec le jour auquel la demande a été présentée, lequel est en revanche déterminant pour fixer l'étendue du droit dans le temps, en application de l'art. 48 al. 2 LAI. Le Tribunal a également écarté la date de la survenance de l'évènement assuré- en l'espèce la survenance de l'invalidité - c'est-à-dire le jour de la naissance théorique du droit à la rente (l'ATF 108 V 76, consid. 2).

12. En l'occurrence, doit être considérée comme déterminante la date du 1er octobre 1999, date à laquelle le droit effectif au versement de la rente du recourant est ouvert, comme on l'a vu ci-dessus.

Il en résulte que le délai quinquennal doit être calculé rétroactivement depuis le 1er octobre 1999 date à laquelle pourrait, sous réserve de l'art. 48 al. 2, 2ème phrase LAI, s'ouvrir le droit au recourant à une rente extraordinaire d'invalidité. Au 1er octobre 1994, Monsieur S_____ était déjà domicilié en Suisse.

Partant, ce dernier peut prétendre à une rente extraordinaire d'invalidité pour autant que les autres conditions soient réunies.

13. Sous l'empire de l'ancien droit, les ressortissants suisses domiciliées en Suisse, qui ne pouvaient prétendre une rente ordinaire d'invalidité ou dont la rente était inférieure à la rente extraordinaire, avaient droit à cette dernière, dans la mesure où les deux tiers de leur revenu annuel, auquel était ajoutée une part équitable de leur fortune, n'atteignaient pas certaines limites (art. 39 al. 1 aLAI en corrélation avec l'art. 42 al. 1 aLAVS). Théoriquement, le recourant, pourrait, si les conditions d'ordre économique étaient réalisées, prétendre une rente extraordinaire d'invalidité (soumise à limites de revenus) depuis qu'il avait cinq ans de domicile en Suisse, soit le 1er octobre 1999.

    Cependant, avec l'entrée en vigueur, le 1er janvier 1997, des modifications légales introduites par la 10ème révision de l'AVS, les rentes extraordinaires soumises à limites de revenu ont été supprimées et transférées au régime des prestations complémentaires (art. 2 ss LPC).

    Comme le droit à la rente extraordinaire du recourant est né en octobre 1999, le nouveau droit s'applique. Par conséquent, seule une prestation complémentaire au sens des art. 2ss LPC peut entrer en ligne de compte. Il appartiendra donc à l'Office cantonal des personnes âgées du canton de Genève de statuer, le cas échéant, sur son droit éventuel à une telle prestation.

14. En conséquence, le recours se révèle infondé et doit être rejeté.

******

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. Dit que la procédure est gratuite.

4. 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 : La présidente

Pierre RIES Isabelle DUBOIS

La secrétaire-juriste :

Marta TRIGO LAURIN

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