RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2326/2003 **ATAS/918/2006**

ARRÊT

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Du 24 octobre 2006

Chambre 2

En la cause

Monsieur D_____, domicilié , 1227 Carouge comparant avec élection de domicile en l'étude de Me LOCCIOLA Maurizio — recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITE, rue de Lyon 97 à Genève — intimé

Siégeant : Mme Isabelle DUBOIS, Présidente, Mmes Doris WANGELER et Juliana BALDE, juges.

EN FAIT

1. Monsieur D_____ (ci-après le recourant), né en 1962, ferrailleur de profession est originaire de l'ex-Yougoslavie, et est en Suisse depuis le mois de mai 1989. Il est marié et père de trois enfants, nés en 1996, 1999 et 2000. Il a formé une demande de prestations de l'Assurance-Invalidité le 13 février 1998, suite à un accident survenu le 1er novembre 1996.

2. Par prononcé du 5 novembre 2002, l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI) a constaté un degré d'invalidité de 70% et un droit à la rente prenant effet au 1er novembre 1997. Ce prononcé comportait en annexe une motivation pourvue des moyens de droit, et a été adressé au mandataire du recourant.

3. Par décision du 14 avril 2003, annulant et remplaçant le prononcé du 5 novembre 2002, l'OCAI constatait que les conditions d'assurance n'étaient pas remplies de sorte que la demande de prestations était refusée.

4. Dans son opposition du 26 mai 2003, le recourant faisait valoir avoir travaillé au noir depuis 1989 jusqu'en 1996, date à laquelle il avait eu un accident sur un chantier. Il considérait que la décision du 5 novembre 20002 ne pouvait pas être révisée. Dans sa décision sur opposition du 30 octobre 2003, l'OCAI indiquait que le prononcé du 5 novembre 2002 n'était pas une décision formelle et ne pouvait donc avoir créé des droits acquis. Les conditions d'assurance n'étant pas réalisées, aucune attestation de salaire n'ayant été transmise à l'autorité, la demande de prestations ne pouvait être que rejetée.

5. Dans son recours du 4 décembre 2003, le recourant expose avoir travaillé auprès de F_____de 1989 à 1992, auprès de P_____du 1992 à 1994 et, dès 1994, dans une maison temporaire X_____. Selon lui, le prononcé, comportant des voies de droit et lui ayant été adressé, constituait une décision. Entrée en force, elle avait créé des droits acquis et y revenir aurait des conséquences disproportionnées. Il concluait à ce que la décision sur opposition soit annulée, à ce qu'une rente entière basée sur un degré d'invalidité de 70% lui soit accordée dès le 1er novembre 1997, à l'octroi de dépens et, subsidiairement, à ce qu'il lui soit permis de prouver ses allégations par témoignages.

6. Dans son préavis du 6 janvier 2004 l'OCAI conclut au rejet du recours. Il se réfère aux arguments développés dans sa décision sur opposition. Sur le fond les activités en Suisse n'ont pas été établies et le simple témoignage de collègues ne serait pas suffisant pour établir ces faits.

7. Par courrier adressé aux parties le 26 janvier 2004, le Tribunal de céans a indiqué garder la cause à juger sur les questions préjudicielles relatives à la qualification juridique du prononcé de l'OCAI du 5 novembre 2002 d'une part, et sur la possibilité cas échéant de l'OCAI de procéder à la reconsidération de cet acte d'autre part.

8. Par arrêt sur partie du 16 mars 2004, le Tribunal de céans a déclaré le recours recevable, dit que le prononcé de l'OCAI du 5 novembre 2002 constitue une décision au sens de la loi, dit que la reconsidération de cet acte est possible, pour autant que les faits allégués par l'OCAI soient établis, et a réservé la suite de la procédure.

9. Le recours de l'OCAI au TRIBUNAL FÉDÉRAL DES ASSURANCES (ci-après TFA) a été déclaré irrecevable par arrêt du 10 juin 2005. Le Tribunal de céans était invité à poursuivre avec la diligence nécessaire l'instruction de la cause sur le fond.

10. Une audience de comparution des mandataires a eu lieu le 14 mars 2006. À cette occasion le Tribunal a ordonné l'ouverture des enquêtes, et prévu l'audition de la société X_____ SA, l'un des employeurs du recourant.

11. Par pli du 5 avril 2006, le recourant fit par ailleurs valoir que si d'aventure des cotisations n'avaient pas été payées par ses employeurs en Suisse, il convenait encore de vérifier s'il n'avait pas été affilié aux assurances yougoslaves, dans la mesure où il avait travaillé comme instituteur de français dans une école publique et vraisemblablement cotisé aux assurances yougoslaves de 1985 à 1989.

12. L'audition de la société n'a pas pu avoir lieu, en raison de sa faillite. Joint par le greffe, l'administrateur a déclaré ne s'être jamais occupé d'effectuer des versements de cotisations, mais qu'il vérifierait ce qu'il en est au dossier. Il a ensuite indiqué que des cotisations avaient été versées par sa société à une caisse des arts et métiers. Celle-ci a été interrogée par le greffe, et a déclaré, le 19 avril 2006, n'avoir jamais affilié la société en cause.

13. Dans l'intervalle, la juridiction s'est également renseignée par téléphone, auprès de la CENTRALE DE COMPENSATION AVS, ainsi qu'à la CAISSE CANTONALE GENEVOISE DE COMPENSATION (ci-après la caisse), qui toutes deux ont déclaré que le recourant était connu uniquement sous la caisse numéro 25, ce qui correspondait à un compte ouvert en 1997 pour une personne sans emploi, clôturé en 2001.

14. En date du 31 mai 2006, le recourant a produit un chargé complémentaire comprenant une attestation de revenus pour 1986, un extrait du certificat de salaire et d'assurance pour 1988-1989 et 1990, émis par le gouvernement du Kosovo, une attestation de travail de l'école primaire de Greme, pour la période du 1er février 1986 au 2 septembre 1988, une attestation de travail de l'école primaire de Pozheran, pour la période du 1er septembre 1988 au 31 août 1990, ainsi qu'une attestation de la même école concernant la contribution pour l'assurance de retraite et d'invalidité pour la période susmentionnée, enfin une attestation de revenus et de cotisations syndicales de l'école primaire susmentionnée pour la période du 1er septembre 1988 au 31 août 1990. Dans ses écritures du même jour, le recourant a relevé qu'en vertu de la convention conclue entre la CONFÉDÉRATION SUISSE et la RÉPUBLIQUE POPULAIRE FÉDÉRATIVE DE YOUGOSLAVIE relative aux assurances sociales (ci-après la convention), ainsi qu'au vu de la jurisprudence fédérale, il avait droit à une rente ordinaire d'invalidité en Suisse. Il a persisté dans ses conclusions.

15. Par courrier du 5 mai 2006, la caisse a indiqué, sur question, qu'en tous les cas seules les cotisations dues pour 1996 pourraient être réclamées, en raison des délais de prescription de l'article 52 LAVS.

16. Interpellé le 15 juin 2006 sur sa position au vu des nouveaux documents produits, l'OCAI a indiqué par pli du 14 juillet 2006 qu'en raison de l'article 36 al. 1 LAI, « les cotisations versées par [le recourant] dans son pays d'origine ne lui sont manifestement d'aucun secours ».

17. Dans ses écritures du 29 août 2006, le recourant s'étonne de la position de l'OCAI et rappelle le contenu de l'article 8 let.b de la Convention, qui constitue selon lui une lex spécialis et prime sur l'article 36 al. 1 LAI.

18. Cette écriture a été transmise à l'OCAI le 31 août 2006, et les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. La compétence du Tribunal ainsi que la recevabilité du recours ont déjà été examinés dans l'arrêt du 16 mars 2004.

2. 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, entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'assurance-

invalidité. Cependant, le cas d'espèce reste régi par les dispositions de la LAI 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). En outre, le Tribunal apprécie la légalité des décisions attaquées, en règle générale, d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue (ATF 121 V 366 consid. 1b). Pour les mêmes motifs, les dispositions de la novelle du 21 mars 2003 modifiant la LAI (4ème révision), entrée en vigueur le 1er janvier 2004 (RO 2003 3852) ne sont pas non plus applicables.

3. La question litigieuse est de savoir si la décision du 5 novembre 2002 pouvait être reconsidérée par la décision du 14 avril 2003 au motif qu'à l'époque le droit à la rente avait été reconnu à tort au recourant, les conditions d'assurance n'étant pas remplies.

4. Les étrangers ont droit aux prestations de l'assurance-invalidité s'ils sont assurés lors de la survenance de l'invalidité (art. 6 al. 1er LAI dans sa teneur en vigueur dès le 1er janvier 2001), et cela aussi longtemps qu'ils conservent leur domicile et leur résidence habituelle en Suisse et, sous réserve de l'art. 9 al. 3 LAI, pour autant qu'ils comptent, lors de la survenance de l'invalidité, au moins une année entière de cotisations ou dix années de résidence ininterrompue en Suisse (art. 6 al. 2 LAI).

   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 Convention entre la Confédération suisse et la République Populaire Fédérative de Yougoslavie relative aux assurances sociales du 8 juin 1962 (ci-après la Convention) est applicable au cas d'espèce. En effet, après l'éclatement de la Yougoslavie, elle s'applique à tous les ressortissant de l'ex-Yougoslavie.

   A cet égard, l'art. 1er de la Convention prévoit que celle-ci s'applique, en Suisse et en Ex-Yougoslavie, à la législation fédérale sur l'assurance-invalidité [al. 1er let. a point (ii) et let. b point (ii)].

   Selon l'art. 2 de la Convention, les ressortissants suisses et yougoslaves jouissent de l'égalité de traitement quant aux droits et aux obligations résultant des dispositions des législations énumérées à l'article premier.

   Sous réserve des dispositions de la Convention et de son Protocole final, les ressortissants suisses et yougoslaves qui peuvent prétendre des prestations au

titre des législations énumérées à l'article premier reçoivent ces prestations intégralement et sans restriction aucune, aussi longtemps qu'ils habitent sur le territoire de l'une des Parties contractantes (art. 3).

5. Dès lors, au vu de ce qui précède, le recourant a droit aux prestations de l'assurance-invalidité aux mêmes conditions que les ressortissants suisses, ce qui signifie que les cotisations doivent avoir été payées en Suisse. Ainsi, l'affiliation du recourant aux assurances yougoslaves ne peut être prise en considération. Certes, l 'art. 8 let. b de la Convention prévoit qu'en ce qui concerne le droit à la rente ordinaire d'invalidité, "les ressortissants yougoslaves qui sont affiliés aux assurances yougoslaves ou qui ont déjà bénéficié d'une pareille rente avant de quitter la Suisse, sont assimilées aux personnes assurées selon la législation suisse". La question pourrait se poser dès lors de savoir si le recourant est affilié aux assurances yougoslaves, au sens de cette disposition, ou si tel n'est plus le cas vu son départ pour la Suisse et le fait qu'il n'est pas resté affilié à titre facultatif. La question peut cependant rester ouverte, car selon les directives de l'OFAS sur le statut des étrangers et des apatrides cette affiliation ouvre certes le droit du recourant à une rente ordinaire, mais à l'étranger (cf. Directive n° 6 n° 40).

6. Ont droit aux rentes ordinaires les assurés qui, lors de la survenance de l'invalidité, comptent une année entière au moins de cotisations (art. 36 al. 1er LAI).

   Selon l'art. 36 al. 2 LAI, les dispositions de la LAVS sont (sous réserve de l'art. 36 al. 3 LAI) applicables par analogie au calcul des rentes ordinaires (voir à ce propos ATF 124 V 159); le Conseil fédéral peut édicter des prescriptions complémentaires. Selon l'art. 32 al. 1 RAI en corrélation avec les art. 50 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants du 31 octobre 1947 (ci-après aRAVS) et 29ter al. 2 LAVS, une année de cotisations est entière lorsqu'une personne a été assurée au sens des art. 1er ou 2 LAVS pendant plus de onze mois au total et que, pendant ce temps-là, soit elle a versé la cotisation minimale (variante I), soit son conjoint au sens de l'art. 3 al. 3 LAVS a versé au moins le double de la cotisation minimale (variante II) ou, enfin, elle peut se prévaloir de bonifications pour tâches éducatives ou pour tâches d'assistance (variante III).

   A la différence de la situation qui existait, en effet, avant l'entrée en vigueur de la dixième révision de l'AVS le 1er janvier 1997 (cf. ATF 111 V 106 consid. 1b ; 110 V 280 consid. 1a), un assuré peut donc, selon le nouveau droit, satisfaire à l'exigence de la période minimale de cotisations d'une année ouvrant droit à une

rente ordinaire de l'AVS/AI, sans avoir payé personnellement des cotisations (ATF 125 V 253). Ces dispositions légales plus favorables introduites par la 10ème révision de l'AVS ne s'appliquent toutefois pas aux cas d'assurance survenus sous l'empire de l'ancien droit et pour lesquels le droit à une rente a été nié, parce que la condition de la durée minimale de cotisations (ancien art. 29 al. 1 LAVS; VSI 2000 p. 174) n'était pas réalisée (ATF 126 V 7 consid. 1).

7. Ces nouvelles dispositions s'appliquent en l'occurrence au recourant puisque la survenance de l'invalidité a été fixée au 1er novembre 1997.

   Il est établi que le recourant n'a pas cotisé pendant un an au moins avant la survenance de l'invalidité, à tout le moins auprès de l'assurance Suisse. Par ailleurs, rien n'indique que son épouse exerce un emploi, et aurait cotisé de manière suffisante pour remplir les conditions de la variante II.

   Cela étant, l'intéressé est père de trois enfants nés respectivement en 1996, 1999 et 2000. L'aîné est né le 5 décembre 1996.

   Aux termes de l'art. 29sexies al. 1er LAVS, les assurés peuvent prétendre à des bonifications pour tâches éducatives pour les années durant lesquelles ils exercent l'autorité parentale sur un ou plusieurs enfants âgés de moins de 16 ans.

   Une personne peut se voir attribuer des bonifications au plus jusqu'au 31 décembre qui précède la réalisation de l'évènement assuré (âge de la retraite ou décès; cf. art. 29bis al. 1 LAVS et DR chiffre 5410).

   C'est l'art. 52f du règlement sur l'assurance vieillesse et survivant (ci-après RAVS) qui détermine comment les modifications pour tâches éducatives sont attribuées. Ainsi, les bonifications pour tâches éducatives sont toujours attribuées pour l'année civile entière. Aucune bonification n'est octroyée pour l'année de la naissance du droit (cf. al. 1), ce par quoi il faut entendre l'année de naissance de l'enfant (cf. Directives de l'OFAS concernant les rentes, chiffres 5418 et 5419). Si une personne n'est assurée que pendant certains mois, on additionnera les mois afférents aux différentes années civiles. Une bonification pour tâches éducatives est octroyée pour 12 mois (cf. al. 5; comprendre: dès que l'on est en présence de 12 mois, cf. DR chiffres 5425).

   Il résulte de ce qui précède qu'en raison de la naissance de l'enfant en décembre 1996 et de l'ouverture du droit à la rente d'invalidité en novembre 1997, aucune bonification ne peut être accordée au recourant.

8. 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).

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). Aucune rente extraordinaire ne peut être accordée au recourant, qui pourra cependant faire une demande de prestations complémentaires.

9. En conclusion, l'OCAI a reconsidéré à juste titre sa décision du 5 novembre 2002, de sorte que la décision du 14 avril 2003 doit être confirmée et le recours rejeté.

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

Au fond :

1. Rejette le recours.

2. Dit que la procédure est gratuite.

3. 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 qu'elle 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

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