

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3629/2008

ATAS/669/2009

ARRÊT

**DU TRIBUNAL CANTONAL DES
ASSURANCES SOCIALES**

Chambre 3

du 29 mai 2009

En la cause

Monsieur L_____, domicilié à Carouge

recourant

contre

OFFICE CANTONAL DE L'ASSURANCE-INVALIDITÉ, sis rue
de Lyon 97, 1203 Genève

intimé

**Siégeant : Karine STECK, Présidente; Maria GOMEZ et Olivier LEVY, Juges
assesseurs**

EN FAIT

1. Le 25 janvier 2001, l'entreprise de nettoyage « X_____ Sàrl » (ci-après l'employeur) a repris les actifs et passifs de l'entreprise de nettoyage « X_____ » (ci-après l'ancien employeur), société en nom collectif dissoute et radiée du Registre du commerce du Canton de Genève à la même date.
2. Né le 25 novembre 1945, Monsieur L_____ (ci-après l'assuré ou le recourant) a travaillé en qualité de nettoyeur à temps complet, au service de l'entreprise de nettoyage « X_____ ».
3. À partir du 15 février 2006, l'assuré s'est trouvé dans l'incapacité totale de travailler en raison d'une insuffisance artérielle. Dès le 21 février suivant, il a repris son activité au taux de 50% du fait qu'en dépit d'un traitement anti-arythmique, il passait souvent à la fibrillation auriculaire symptomatique.
4. Le 28 février 2007, l'assuré a déposé une demande de prestations auprès de l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après l'OCAI ou l'intimé).
5. L'entreprise de nettoyage « X_____ », interrogée par l'OCAI, a répondu en date du 23 mars 2007 que l'assuré travaillait à son service depuis le 26 février 2003.
6. Le 27 février 2008, l'assuré s'est adressé à la CAISSE INTERPROFESSIONNELLE AVS DE LA FEDERATION DES ENTREPRISES ROMANDES (FER ; ci-après : la caisse) aux fins d'obtenir une estimation de sa future rente AVS. Il précisait qu'il travaillait depuis 1995 et bénéficiait d'une autorisation de séjour (permis B) depuis le 9 mai 2003.
7. Par lettre du 8 mars 2008, la FER lui a communiqué les renseignements sollicités, lesquels faisaient notamment état du versement de cotisations depuis 1995.
8. Suite à un projet demeuré incontesté, l'OCAI a, par décisions du 9 juillet 2008, reconnu le droit de l'assuré au versement d'un quart de rente d'invalidité dès le 1^{er} février 2007, d'une demi-rente à partir du 1^{er} mai suivant et d'une rente entière dès le 1^{er} mars 2008. Le montant de ces rentes était calculé sur la base d'une durée de cotisations de onze ans et sept mois.
9. Par écriture adressée à l'OCAI le 22 juillet 2008 – et transmise par ce dernier au Tribunal de céans en date du 6 octobre 2008 comme objet de sa compétence -, l'assuré, alléguant avoir « réellement » travaillé depuis janvier 1992, a demandé qu'il en soit tenu compte dans le calcul de sa rente.
10. L'OCAI a également transmis au Tribunal de céans une détermination de la caisse de compensation. Cette dernière constatait que les fiches de salaire que le recourant avait jointes à sa demande - couvrant une période s'étendant du 19 décembre 1990

au 25 février 1995 - ne portaient ni le nom ni le tampon de l'employeur et ne permettaient pas de comprendre à quoi correspondait la retenue de 15% opérée sur le salaire. La caisse de compensation, estimant qu'il était impossible de tenir compte de périodes d'activité pour lesquelles les justificatifs ne comportaient ni le nom de l'employeur ni la preuve du versement des cotisations, a considéré que c'était à juste titre que le calcul de rente avait été basé sur une durée de cotisations de onze ans et sept mois.

11. À l'audience de comparution personnelle des parties du 15 janvier 2009, le recourant a déclaré avoir commencé à travailler pour l'entreprise de nettoyage « X_____ » en 1990. En raison d'un autre engagement, son taux d'occupation était limité à 70% ou 80%. Durant les cinq premières années, il avait été payé de la main à la main parce qu'il « n'avait pas de papiers ». Dans cette situation, il était obligé d'accepter les conditions qu'on lui proposait, de sorte qu'il n'avait pas moyen de savoir à quoi correspondait la déduction de 15% opérée sur son salaire.

Pour sa part, la caisse de compensation a déclaré avoir procédé à toutes les investigations nécessaires auprès des autres caisses et n'avoir pu trouver trace de cotisations effectuées avant février 1995. Elle s'est par ailleurs étonnée que le recourant n'ait pas réagi aussitôt après avoir découvert la lacune de cotisation invoquée. Enfin, la caisse a fait remarquer qu'il avait été demandé au recourant de remplir un questionnaire dans le cadre des démarches bilatérales entreprises avec son pays d'origine et qu'il l'avait bien complété s'agissant des données personnelles mais n'avait indiqué aucun employeur.

Au terme de l'audience, un délai a été imparti au recourant pour produire notamment les fiches des salaires perçus de son autre employeur, et à son assistante sociale pour produire toutes pièces susceptibles d'étayer sa position.

12. À l'audience d'enquêtes du 13 février 2009, le recourant réaffirmé avoir été engagé par l'entreprise de nettoyage « X_____ » en 1990. Il a précisé que des cotisations AVS avaient été prélevées sur son salaire à partir de 1991. Il a expliqué que l'entreprise l'avait par ailleurs placé dans une banque, où il avait travaillé en parallèle durant les années 90 mais sans pouvoir préciser les dates exactes. Quoi qu'il en soit, il avait également été payé par l'entreprise de nettoyage « X_____ » pour cette activité.

Entendu en qualité de témoin, Monsieur M_____ a déclaré avoir remis son entreprise à son fils en 2000 et n'y avoir plus travaillé qu'épisodiquement depuis lors. Il a assuré que le recourant n'avait été engagé que postérieurement, soit le 5 mai 2003.

Invité à se déterminer sur le décompte de salaire du 26 juillet 1995, le témoin a admis qu'il s'agissait bien là d'un document émanant de son entreprise, de même que les quittances portant sur les périodes antérieures. Il a expliqué que le recourant

n'avait cependant pas encore de contrat de travail fixe; en attendant d'être engagé, il travaillait « au gris » et était payé au moyen d'enveloppes, remises de main à main. Un gros client de l'entreprise avait fait pression pour que le recourant soit engagé, raison pour laquelle il avait été décidé de recourir à ses services en tant que remplaçant en attendant qu'il obtienne l'autorisation de travailler. Il avait d'abord été question de l'engager à mi-temps, mais l'entreprise avait dû l'employer à plein temps.

Selon le témoin, la déduction de 15% opérée sur le salaire du recourant visait à rétablir une égalité de traitement avec les ouvriers déclarés, sur les revenus desquels étaient prélevées des cotisations sociales. Dans la mesure où il ne s'occupait pas de ces questions, le témoin a déclaré ignorer ce qu'il était advenu des montants ainsi prélevés. Le recourant devait travailler comme remplaçant, ce qui expliquait les fluctuations importantes dans son revenu et le fait qu'il travaillait davantage en été. À bien y réfléchir, le témoin a ensuite déclaré que la déduction de 15% devait plutôt constituer la contrepartie du fait que, le recourant n'étant pas déclaré, l'entreprise devait payer un impôt plus élevé.

Également entendue en qualité de témoin, Madame N_____, assistante sociale, a confirmé que le recourant avait obtenu une autorisation de séjour en 2003. Pour le surplus, elle ne s'était personnellement occupée de lui qu'à partir de la fin du mois de mars 2008, et elle ne se souvenait pas avoir eu connaissance d'une demande d'estimation de rente formulée au cours de ce même mois.

13. Invité à se déterminer, l'OCAI a, par pli du 6 mars 2009, implicitement conclu au rejet du recours.

En substance, il fait valoir que, selon la jurisprudence, la rectification des inscriptions sur le compte individuel d'un assuré ne peut être exigée, lors de la réalisation du risque assuré, que si l'inexactitude des inscriptions est manifeste ou si elle a été pleinement prouvée et qu'il n'y a matière à rectification que si la preuve stricte est rapportée qu'un employeur a effectivement retenu des cotisations AVS sur les revenus versés ou qu'une convention de salaire net a été fixée entre cet employeur et le salarié; établir l'exercice d'une activité lucrative salariée n'y suffit pas. L'intimé soutient qu'une telle preuve n'a pas été rapportée en l'espèce et que le fait que l'ancien employeur du recourant ait opéré un prélèvement de 15% sur le salaire brut de ce dernier durant la période considérée n'y change rien.

La caisse de compensation a quant à elle estimé s'être parfaitement conformée à son devoir d'instruire les faits de la cause en effectuant notamment les recherches nécessaires auprès des différentes caisses de compensation susceptibles d'avoir perçu des cotisations sur une activité lucrative déployée par le recourant. Elle a fait remarqué qu'elle avait par ailleurs dûment répondu à la demande d'évaluation de rente formulée par ce dernier au mois de mars 2008, soulignant que l'intéressé

n'avait cependant fait valoir aucune lacune de cotisation à ce moment-là. La caisse en a tiré la conclusion que, dans le cas présent, une rectification de compte individuel ne pouvait être opérée.

14. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1^{er} let. a ch. 2 de la loi genevoise du 22 novembre 1941 sur l'organisation judiciaire, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) relatives à la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.
2. La LPGA, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, est applicable à la présente procédure.

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 229 consid. 1.1, 129 V 1 consid. 1.2 et les références citées). En particulier, les dispositions de la nouvelle du 21 mars 2003 modifiant la LAI (4^e révision), entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2004 (RO 2003 3852), et celles de la nouvelle du 6 octobre 2006 (5^e révision), entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2008, sont régies par ce principe. D'autre part, le juge des assurances sociales se doit, en règle générale, d'apprécier la légalité des décisions attaquées d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue (ATF 121 V 366 consid. 1b et les références citées).

3. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi (art. 38 et 56 ss LPGA), l'acte déposé à l'office postal le 22 juillet 2008 conformément à l'art. 39 al. 1^{er} LPGA est recevable, l'al. 2 de cette disposition stipulant en effet que lorsqu'une partie s'adresse en temps utile à un assureur incompetent, le délai est réputé observé.
4. Le litige porte sur le droit du recourant à la rectification de son compte individuel.
5. Selon l'art. 30^{ter} de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), applicable en vertu de l'art. 36 al. 2 LAI, les revenus de l'activité lucrative obtenus par un salarié et sur lesquels l'employeur a retenu les 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. Cela vaut également lorsque le salarié et l'employeur ont conclu une convention de salaire net, c'est-à-dire lorsque l'employeur prend la totalité des cotisations sociales à sa charge.

Selon l'art. 141 du règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS), applicable, par analogie, par renvoi de l'art. 89 du règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité (RAI), tout assuré a le droit d'exiger de chaque caisse de compensation qui tient pour lui un compte individuel un extrait des inscriptions faites, portant des indications relatives aux employeurs (al. 1^{er}, première phrase). L'assuré peut, dans les trente jours suivant la remise de l'extrait de compte, contester avec motifs à l'appui l'exactitude d'une inscription auprès de la caisse de compensation, laquelle se prononce dans la forme d'une décision de la caisse ; cette décision est susceptible de recours (al. 2). Lorsqu'il n'est pas demandé d'extrait de compte, que l'exactitude d'un extrait de compte n'est pas contestée ou qu'une réclamation a été écartée, la rectification des inscriptions ne peut être exigée, lors de la réalisation du risque assuré, que si l'inexactitude des inscriptions est manifeste ou si elle est pleinement prouvée.

La règle de preuve posée par cette disposition n'exclut cependant pas l'application du principe inquisitoire. La preuve absolue doit être fournie selon les règles usuelles sur l'administration des preuves et le fardeau de la preuve qui prévalent dans l'assurance sociale, l'obligation de collaborer de la partie intéressée étant toutefois plus étendue dans ce cas (ATF 117 V 265 consid. 3d). En tout état, établir l'exercice d'une activité lucrative salariée n'y suffit pas (cf. ATF du 17 juillet 2006 non publié au Recueil officiel, I 401/05, consid. 3).

Autrement dit, si la maxime inquisitoire dispense les parties de l'obligation de prouver, elle ne les libère pas du fardeau de la preuve. En cas d'absence de preuve, c'est à la partie qui voulait en déduire un droit d'en supporter les conséquences (ATF 117 V 264 consid. 3), sauf si l'impossibilité de prouver un fait peut être imputée à son adverse partie (ATF 124 V 375 consid. 3). Au demeurant, il n'existe pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (ATF 126 V 322, consid. 5a).

6. En l'espèce, l'instruction de la cause a permis d'établir que l'ancien employeur a remis les quittances de la rémunération qu'il versait au recourant, que celui-ci a produites en preuve par l'entremise de son assistante sociale. Il ressort notamment de l'examen de ces documents que le recourant a perçu une rémunération soumise à cotisations dès le 19 décembre 1990.

S'agissant de la déduction de 15% systématiquement opérée sur le salaire, l'employeur a successivement expliqué qu'elle se justifiait par le rétablissement de l'égalité de traitement avec les ouvriers déclarés - sur les revenus desquels étaient prélevées des cotisations sociales -, puis par le souci de répercuter sur le recourant le supplément d'impôt que le fait de ne pas déclarer le paiement de son salaire engendrait pour l'entreprise.

De ces justifications successives, il ressort qu'en toute hypothèse, la retenue de 15% n'avait pas pour origine un accord des parties sur la réduction de la rémunération due en contrepartie d'une prestation quelconque de l'ancien employeur.

En l'occurrence, il n'a pas été démontré que le salarié et l'employeur avaient conclu une convention de salaire net, au contraire, si l'on considère le souci de l'employeur de ne pas octroyer un salaire plus élevé à son employé non déclaré.

Pour ce qui est de la seconde justification, elle permet de tirer la conclusion que l'employeur n'avait nulle intention de verser des cotisations prélevées sur un salaire qu'il ne déclarait pas à l'administration fiscale.

Au vu de ce qui précède, force est de constater que l'inexactitude des inscriptions portées sur le compte individuel du recourant n'est pas manifeste, et que s'il n'est pas douteux que l'intéressé a travaillé et réalisé un salaire durant la période litigieuse, en revanche, la preuve stricte de l'objet du prélèvement de 15% opéré sur son salaire n'a pas été rapportée à satisfaction de droit.

En conséquence, c'est à bon droit que l'intimé a refusé de procéder à la rectification sollicitée, de sorte que le recours devra être rejeté.

7. L'art. 69 al. 1^{bis} LAI, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2006, prévoit qu'en dérogation à l'art. 61 let. a LPGA, la procédure de recours en matière de contestations portant sur l'octroi ou le refus de prestations de l'AI devant le tribunal cantonal des assurances est soumise à des frais de justice. Le montant des frais est fixé en fonction de la charge liée à la procédure, indépendamment de la valeur litigieuse, et doit se situer entre 200 et 1'000 fr.

L'émolument, arrêté à 200 fr., sera mis à la charge du recourant, qui succombe.

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :**

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. Le rejette.
3. Met un émolument de 200 fr. à la charge du recourant.
4. Informe les parties qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF) ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière

La présidente

Florence SCHMUTZ

Karine STECK

Le secrétaire-juriste : Olivier TSCHERRIG

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