REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/382/2007 **ATAS/70/2008**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

du 23 janvier 2008

En la cause

Monsieur O_____, domicilié à THONEX, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Caroline KÖNEMANN	Recourant

contre

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

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Nicole BOURQUIN et Bertrand REICH, Juges assesseurs

EN FAIT

1. Monsieur O_____ (ci-après : l'assuré ou le recourant), né en 1948 et titulaire d'un certificat fédéral de capacité de menuisier, a travaillé en tant que menuisier de 1969 à 1983, puis chauffeur de 1983 à 1984, magasinier de 1985 à septembre 1995 et opérateur sur ordinateur dès octobre 1995.

2. Il a présenté un état anxio-dépressif chronique qui s'est exacerbé à partir de 1994, époque à laquelle est intervenu un conflit professionnel dans un contexte d'arthrose et d'état dépressif. Dès 1997, sont également apparues des lombalgies chroniques devenant de plus en plus invalidantes qui ont entraîné un arrêt de travail définitif à partir du 31 juillet 1997.

3. Le 8 septembre 1997, l'assuré a présenté une demande de prestations de l'assurance-invalidité tendant à l'octroi d'une rente.

4. Le 22 septembre 1999, l'Office cantonal de l'assurance-invalidité (ci-après : OCAI) a confié un mandat d'expertise au Centre d'observation médicale de l'AI.

5. Dans le cadre de ce mandat, la Dresse A_____, psychiatre, a examiné l'assuré lors de sa consultation de psychiatrie du 27 juin 2000. Elle a retenu un état dépressif sévère sans symptômes psychotiques (F. 32.2) et un trouble mixte de la personnalité (personnalité émotionnellement labile de type impulsif et dépressif, F. 61.0). Elle a considéré que les ressources adaptatives lui paraissaient épuisées et que l'ampleur de la symptomatologie psychiatrique entraînait une incapacité de travail de l'ordre de 80 %. Dans le rapport d'expertise du 17 mai 2001, les Drs B_____I, médecin-chef, C_____, médecin-chef adjoint, D_____, chef de clinique adjoint, ont diagnostiqué un état dépressif sévère sans symptômes psychotiques (F. 32.2), un trouble mixte de la personnalité (personnalité émotionnellement labile de type impulsif et dépressif, F. 61.0 et M 15.1) un syndrome lombo-vertébral chronique (M 54.5) et de la tension artérielle (I 10). En tenant compte de l'aspect rhumatologique, psychiatrique et psychologique, ils ont estimé que la capacité de travail du patient était d'environ 40 % tant dans l'ancienne profession que dans une activité de manutention simple depuis fin 1997, date qui pouvait être considérée comme le début de l'incapacité de travail.

6. Par prononcé du 17 septembre 2001 adressé à la Caisse zurichoise des employeurs (ci-après : la Caisse), l'OCAI a admis un degré d'invalidité de 100 % du 1er novembre 1997 au 30 août 2000 et de 60 % dès le 1er septembre 2000.

7. Par recours du 18 octobre 2001 déposé auprès de la Commission cantonale de recours AVS-AI (ci-après : la Commission), alors compétente, l'assuré a conclu au versement d'indemnités journalières entières du 1er août 1997 jusqu'au 31 octobre 1997 et à l'octroi d'une rente entière d'invalidité dès le 1er novembre 1997.

8. Par décisions du 23 juillet 2002, l'OCAI a alloué à l'assuré une rente entière d'invalidité du 1er novembre 1997 au 31 août 2000 et une demi-rente dès le 1er septembre 2000. Il a fait état d'un versement rétroactif de 31'864 fr. pour la période du 1er novembre 1997 au 31 décembre 1998, de 30'060 fr. pour la période du 1er janvier 1999 au 31 août 2000, enfin de 19'443 fr. pour la période du 1er septembre 2000 au 31 juillet 2002.

9. Le 22 août 2002, l'assuré a recouru contre lesdites décisions auprès de la Commission. Il a demandé la jonction avec les causes déjà pendantes. Il a persisté dans les conclusions de son recours du 18 octobre 2001. Il a précisé que le grief principal portait sur le taux d'invalidité qui lui était reconnu dès le 1er septembre 2000.
10. Par jugement du 13 juin 2003, après avoir joint les recours, la Commission a admis le recours dans le sens des considérants. Elle a reconnu à l'assuré le droit à une rente entière d'invalidité fondée sur un taux d'invalidité de 80 %. Elle a considéré que l'appréciation de la capacité résiduelle de travail faite par l'expert psychiatre ainsi que par le collège d'experts divergeait et qu'au regard du caractère prédominant de l'atteinte psychique il n'y avait pas de raison valable d'écarter l'avis psychiatrique spécialisé. En revanche, elle a refusé tout droit à des indemnités journalières au motif qu'aucune mesure de réadaptation professionnelle n'avait été accordée à l'assuré.

11. Le 12 septembre 2003, l'OCAI a recouru contre ledit jugement auprès du Tribunal fédéral des assurances (ci-après : TFA). Il a allégué avoir retenu à juste titre un degré d'invalidité de 60 % dès le 1er septembre 2000 ouvrant le droit à une demi-rente.
12. Par arrêt du 21 avril 2004, le TFA a rejeté le recours par substitution de motifs. Il a relevé que le litige concernait le taux d'invalidité de l'assuré à partir du 1er septembre 2000. Il a considéré que la juridiction cantonale s'était écartée à tort du rapport d'expertise du COMAI qui avait entière valeur probante et a retenu que la capacité résiduelle de travail du recourant était de 40 % dans une activité adaptée à son handicap. Pour déterminer le revenu d'invalide de l'assuré en 2000, le TFA s'est fondé sur les statistiques salariales toutes activités confondues et a procédé aux diverses adaptations requises par la pratique ce qui lui a permis de retenir un revenu d'invalide de 22'256 fr. Il a expliqué que, même sans appliquer d'abattement, la comparaison avec le revenu de valide d'au moins 71'500 fr. (valeur 1997) laissait déjà apparaître une perte de gain minimale de 69 % qui donnait droit à une rente entière d'invalidité.

13. Dans un courrier du 26 mai 2004, l'assuré a demandé à l'OCAI de procéder le plus rapidement possible au versement des prestations arriérées que l'assurance-invalidité lui devait.

14. Le 18 juin 2004, l'OCAI a informé l'assuré qu'à la suite du jugement du TFA, il allait lui verser une rente entière dès le 1er septembre 2000 sur la base d'un taux

d'invalidité de 72 %. Il a précisé que le calcul de la rente serait effectué par la Caisse et que d'éventuelles compensations seraient prises en compte.

15. Dans un courrier du 9 février 2005 adressé à la Caisse, la caisse de pension de l'UBS (ci-après : la Fondation) a indiqué que le rétroactif de l'assurance-invalidité concernait la même période que les prestations qu'elle avait versées, à savoir 19'600 fr. pour la période du 1er novembre 1997 au 31 décembre 1998 et 16'800 fr. pour celle du 1er janvier au 31 décembre 1999. Elle a considéré que pour cette période du 1er novembre 1997 au 31 décembre 1999 la Fondation et l'assurance-invalidité avaient versé des prestations de sorte que la compensation était sans autre possible.

16. Le 10 mars 2005, la Fondation a informé l'assuré que la Caisse lui avait demandé de vérifier si elle pouvait demander la compensation des rentes de substitution d'invalidité qu'elle avait versées. À ce propos, elle s'est référée à son courrier du 4 juillet 1997 accordant à l'assuré une rente de substitution annuelle de 16'800 fr. que ce dernier s'était engagé à restituer si l'assurance-invalidité lui accordait une rente avec effet rétroactif. Elle lui a communiqué le formulaire de demande de compensation daté du 2 février 2005 établi par la Caisse et l'a prié de lui retourner dûment. La feuille annexe à ce formulaire faisait état d'une rente mensuelle d'invalidité due pour la période du 1er septembre 2000 au 31 décembre 2004, soit un montant total de 81'156 fr. desquels il convenait de déduire 48'640 fr. à titre de compensation de rentes déjà touchées ce qui représentait un paiement rétroactif de 32'516 fr.
17. Le 16 mars 2005, l'assuré a répondu à la Caisse qu'il ne comprenait rien au décompte d'indemnités qu'elle avait transmis et lui a demandé de présenter un décompte exact des sommes qu'elle lui avait déjà versées et celle qu'elle lui devait dès le 1er août 1997. Il a ajouté qu'il n'avait aucune objection à ce que la Caisse remboursât les avances de la Fondation dès réception d'un décompte final.

18. Par courrier du 23 mars 2005, la Caisse a transmis à l'assuré une liste des rentes de l'assurance-invalidité versées du 1er novembre 1997 au 31 mars 2005 et des rentes dues du 1er septembre 2000 au 31 mars 2005. La Caisse a expliqué à l'assuré que le paiement rétroactif de la rente entière résultant du jugement du TFA devait être compensé avec la demi-rente déjà payée. Elle a précisé que le montant encore dû de 34'457 fr. pouvait être compensé avec les avances de la Fondation à condition que la formule de demande de compensation soit dûment remplie et signée tant par la Fondation que par l'assuré, puis qu'elle soit transmise à la Caisse directement par l'assuré.

19. Par décision du 23 mars 2005, l'OCAI a alloué à l'assuré une rente entière d'invalidité dès le 1er avril 2005 sur la base d'un taux d'invalidité de 72 %.

20. Le 29 mars 2005, en utilisant le formulaire de la Caisse, la Fondation a demandé à cette dernière la compensation des avances qu'elle avait versées pour la période du 1er novembre 1997 au 31 décembre 1999 à raison de 34'457 fr.

21. Le 30 mars 2005, la Fondation a indiqué à l'assuré que le montant des rentes de substitution versées du 1er novembre 1997 au 31 décembre 1999 s'élevait à 36'400 fr., soit 26 fois 1'400 fr. Elle lui a communiqué le formulaire de demande de compensation en le priant de le lui renvoyer dûment signé.

22. Le 1er avril 2005, l'assuré a signé ledit formulaire autorisant le paiement du rétroactif de l'assurance-invalidité directement en mains de la Fondation jusqu'à concurrence du montant des avances et pour la période correspondante.

23. Par décision du 12 avril 2005, l'OCAI a alloué à l'assuré une rente entière d'invalidité sur la base d'un degré d'invalidité de 72 % du 1er septembre 2000 au 31 mars 2005 représentant un montant total de 85'998 fr. desquels il convenait de déduire les rentes d'invalidité déjà touchées soit 51'541 fr. et les droits de la Fondation à raison de 34'457 fr.

24. Le 21 avril 2005, l'assuré a formé opposition contre ladite décision. Il estimait inadmissible que l'OCAI puisse retenir un degré d'invalidité de 72 % alors que le jugement du 13 juin 2003 de la Commission l'avait reconnu invalide à 80 % et que, dans son arrêt du 21 avril 2004, le TFA avait confirmé le jugement cantonal. De plus, il considérait n'avoir pas donné un consentement éclairé à la compensation par la Fondation.

25. Par décision sur opposition du 15 décembre 2006, l'OCAI a reconnu à l'assuré le droit à une rente entière d'invalidité dès le 1er novembre 1997. Il a expliqué que la motivation de la Commission n'avait pas été suivie par le TFA et qu'il avait procédé à un abattement de 10 % sur le revenu d'invalide retenu par le TFA pour tenir compte des divers éléments pouvant influencer le revenu d'invalide. Il a constaté qu'un taux d'invalidité supérieur à 70 % ouvrait le droit à la rente ordinaire maximale de sorte qu'il n'y avait aucun motif objectif justifiant une modification de son évaluation. Au sujet du droit aux prestations du 1er novembre 1997 au 31 août 2000, il s'est référé à la décision du 23 juillet 2002. En outre, il s'est déclaré incompétent pour connaître des litiges qui opposaient les ayants droits à leurs institutions de prévoyance.

26. Par acte du 31 janvier 2007, l'assuré a recouru contre ladite décision sur opposition auprès du Tribunal de Céans. Il a conclu, sous suite de dépens, à ce qu'il soit constaté, d'une part, que la Commission l'avait reconnu invalide à 80 % dès le 1er septembre 2000 dans son jugement du 13 juin 2003 et que le Tribunal fédéral des assurances avait rejeté le recours formé contre ledit jugement par arrêt du 21 avril 2004, d'autre part, que la Fondation n'avait pas droit au versement des rentes arriérées de 34'457 fr. Il a requis la condamnation de l'intimé au versement d'intérêts de retard de 5 % depuis le 1er avril 2005 sur le montant de 34'457 fr. Il a allégué que la décision sur opposition du 15 décembre 2006 était complètement erronée en tant qu'elle retenait un degré d'invalidité de 72 % alors que le TFA avait

rejeté le recours formé contre le jugement cantonal lui reconnaissant un taux d'invalidité de 80 %. Il a soutenu que l'intimé n'avait pas le droit de rejuger ce cas et d'interpréter le jugement cantonal et l'arrêt fédéral en s'écartant de leurs textes. Il a également allégué que la Fondation n'avait pas le droit de compenser ses versements pour la période du 1er novembre 1997 au 31 décembre 1999 dès lors que le versement rétroactif des rentes de l'assurance-invalidité concernait une autre période, soit celle du 1er septembre 2000 au 31 mars 2005. Enfin, il a soutenu que, puisqu'il était invalide à 80 % pour des raisons psychiques, le consentement qu'il avait donné à la Fondation n'était pas éclairé.

27. Interpellé par l'OCAI, dans un courrier du 20 février 2007, la Caisse a indiqué que le recourant avait reçu un montant de 82'216 fr. de la part de l'assurance-invalidité, à savoir 31'864 fr. pour la période de novembre 1997 à décembre 1998, 30'060 fr. pour celle de janvier 1999 à août 2000 et enfin 20'292 fr. pour celle de septembre 2000 à juillet 2002. Elle a ajouté que, pour la période de novembre 1997 à décembre 1999, l'assuré avait reçu aussi des avances de 42'550 fr. par la Fondation et qu'il avait autorisé le 1er avril 2005 la compensation de ces avances avec les paiements rétroactifs de l'assurance-invalidité de septembre 2000 à mars 2005. Elle a relevé qu'aucun intérêt de retard n'était dû puisque le versement rétroactif était compensé avec les droits de tiers.

28. Dans sa réponse du 30 mars 2007, l'intimé a conclu au rejet du recours. Il a indiqué que, dans son arrêt du 21 avril 2004, le TFA avait confirmé le jugement cantonal par substitution de motifs uniquement sur la question du droit à une rente entière de l'assurance-invalidité et avait effectué ses propres calculs pour vérifier le droit à l'obtention d'une rente entière. Il a considéré qu'il s'était fondé à juste titre sur les données résultant de l'arrêt fédéral pour déterminer le degré d'invalidité de l'assuré. Il a invoqué l'absence d'intérêt digne de protection du recourant pour contester le degré d'invalidité dès lorsqu'il était déjà au bénéfice d'une rente entière de l'assurance-invalidité. Quant à la contestation de la compensation des rentes arriérées avec les prestations avancées par la Fondation, accessoirement le versement des intérêts moratoires, il s'est référé à la détermination de la Caisse du 20 février 2007.
29. Dans sa réplique du 3 mai 2007, le recourant a persisté dans ses précédentes conclusions. Il a allégué que l'intimé avait violé l'autorité de chose jugée et l'autorité hiérarchique des instances supérieures en rendant les décisions du 23 mars 2005 et 12 avril 2005 par lesquelles il avait fixé l'invalidité à 72 %. Il a considéré que l'arrêt du 21 avril 2004 du TFA n'avait nullement retenu un taux d'invalidité de 72 % puisqu'il avait confirmé par substitution de motifs le jugement attaqué qui retenait un taux d'invalidité de 80 %. Il a ajouté que, même si dans son arrêt le TFA avait procédé à certains calculs, il n'avait jamais ordonné, ni même autorisé l'intimé à effectuer des calculs de sorte que ce dernier ne pouvait pas substituer ses calculs à ceux de la juridiction cantonale. Il a allégué que, si le TFA avait voulu confirmer le jugement de la Commission uniquement quant au principe du droit à une rente

entière, mais contester les calculs de cette dernière, il l'aurait dit et aurait admis partiellement le recours ce qui n'avait pas fait puisqu'il avait rejeté totalement le recours de l'assurance-invalidité. Il a soutenu qu'il avait un intérêt digne de protection qui consistait dans le respect de l'autorité de chose jugée ainsi que de l'autorité hiérarchique des instances judiciaires et a ajouté que le taux fixé par l'assurance-invalidité était déterminant pour d'autres institutions pouvant lui octroyer des droits préférentiels. Il a allégué que la contestation de la compensation requise par la Fondation ne relevait pas de cette dernière mais de l'intimé qui ne pouvait pas accepter n'importe quelle compensation. Il a rappelé que la Fondation avait demandé le remboursement des rentes versées pour la période du 1er novembre 1997 au 31 décembre 1999 alors que le rétroactif des rentes d'invalidité concernait la période du 1er septembre 2000 au 31 mars 2005 de sorte que la compensation requise par la Fondation était contraire à la loi. Il a allégué que l'intimé et la Fondation avaient violé les droits de la défense en notifiant leurs divers courriers directement à l'assuré alors qu'elles avaient parfaitement connaissance de l'existence d'un mandataire et de son adresse pour toutes les questions relatives à l'assurance-invalidité.

30. Dans sa duplique du 23 mai 2007, l'intimé a persisté intégralement dans ses précédentes conclusions. Il a relevé que la contestation par le recourant de la compensation des prestations de la Fondation relevait d'un comportement abusif. A ce sujet, il s'est référé à la prise de position de la Caisse du 14 mai 2007 précisant que, pour la période du 1er novembre 1997 au 31 décembre 1999, le recourant avait reçu des avances en espèces de la Fondation et que, pour cette même période, il avait également reçu une rente d'invalidité de sorte que son refus de compensation était abusif.
31. Le 13 juin 2007, le Tribunal de céans a convoqué les parties pour une audience de comparution personnelle.

32. Par courrier du 20 juin 2007, le recourant a indiqué qu'il ne pourrait pas se présenter à l'audience étant donné qu'il était en Espagne auprès des parents de son épouse qui étaient gravement malades et qu'il ne reviendrait qu'à fin juillet. Il a estimé que sa présence était inutile puisque la question à trancher était juridique et médicale. Il a ajouté qu'une comparution personnelle risquerait de nuire à son fragile équilibre mental puisqu'il avait tendance à la paranoïa, à l'autodestruction et à la colère.
33. Le 20 juin 2007, la Caisse a informé le Tribunal de céans qu'elle ne participerait pas à l'audience estimant que les documents en possession du Tribunal étaient suffisants pour se faire une opinion.

34. Le 22 juin 2007, le Tribunal de céans a informé les parties que l'audience était maintenue.

35. Lors de l'audience de comparution personnelle du 27 juin 2007, le recourant représenté par son mandataire a confirmé ses griefs. Sur quoi, le Tribunal de céans

a accordé à l'intimé un délai au 12 juillet 2007 pour prendre position quant à la compensation effectuée.

36. Dans sa détermination du 10 juillet 2007, la Caisse a relevé avoir rendu la Fondation attentive à la possibilité que les avances lui soient restituées directement jusqu'à concurrence du montant correspondant, mais uniquement pour la période d'octroi des avances, à condition que le recourant fût informé par écrit et en détails de la demande de restitution, puis qu'il donnât son accord à une telle restitution en signant le formulaire. Elle a considéré que, dans la mesure où le recourant avait signé l'accord de restitution le 1er avril 2005, il avait consenti au versement de ces prestations raison pour laquelle elle avait libéré le paiement en faveur de la Fondation.
37. Par écriture du 12 juillet 2007, l'intimé a communiqué cette prise de position au Tribunal de céans et a précisé qu'il faisait intégralement sienne la position de la Caisse.

38. Dans son écriture du 3 septembre 2007, le recourant a produit dans la procédure un rapport du 7 août 2007 établi par le Dr E_____, psychiatre, et certifiant que son état de santé était stationnaire mais s'aggravait par périodes. Il s'est étonné que l'intimé et la Caisse n'aient pas remarqué que la demande de restitution de la Fondation concernait des rentes de substitution allouées pour une période autre que les rentes versées par l'assurance-invalidité. Il a conclu, sous suite de dépens, à la condamnation de l'intimé à lui verser le montant des rentes arriérées de 34'457 fr. pour la période du 1er septembre 2000 au 31 mars 2005 ainsi que les intérêts de retard de 5 %.

39. Le 10 septembre 2007, le Tribunal a communiqué cette écriture à l'intimé et a informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. a ch. 2 de la loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ), le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations prévues à l'article 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 fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959 (LAI).

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

2. La LPGA est entrée en vigueur le 1er janvier 2003 entraînant la modification de nombreuses dispositions légales dans le domaine de l'assurance-invalidité. Etant donné que les faits déterminants se sont réalisés en partie avant et après l'entrée en vigueur de la LPGA, le droit à la rente doit-il être examiné au regard de l'ancien

droit pour la période jusqu'au 31 décembre 2002 et en fonction de la nouvelle réglementation légale après cette date (ATF 130 V 445 et les références; cf. aussi ATF 130 V 329). Les modifications légales contenues dans la LPGA constituent, en règle générale, une version formalisée dans la loi, de la jurisprudence relative aux notions correspondantes avant l'entrée en vigueur de la LPGA; il n'en découle aucune modification du point de vue de leur contenu, de sorte que la jurisprudence développée à leur propos peut être reprise et appliquée (ATF 130 V 345 consid. 3). Les dispositions de la novelle du 21 mars 2003 modifiant la LAI (4ème révision), entrées en vigueur le 1er janvier 2004 (RO 2003 3852), sont régies par le même principe.

Enfin, la loi fédérale du 16 décembre 2005 modifiant la loi fédérale sur l'assurance-invalidité est entrée en vigueur le 1er juillet 2006 (RO 2006 2003), apportant des modifications qui concernent notamment la procédure conduite devant le Tribunal cantonal des assurances et l'introduction de frais de justice lors de recours en matière de contestations portant sur l'octroi ou le refus de prestations de l'AI, lesquels doivent se situer entre 200 fr. et 1'000 fr. (art. 52, 58 et 61 let. a LPGA et art. 69 al. 1 bis LAI). En l'espèce, le présent cas est soumis au nouveau droit puisque le recours a été formé après le 1er juillet 2006 (ch. II let. c des dispositions transitoires relatives à la modification du 16 décembre 2005).

3. Selon l'art. 60 al. 1 LPGA, le délai de recours est de trente jours. La décision sur opposition du 15 décembre 2006 a été reçue par le recourant le 21 décembre 2006. Or, les délais de recours sont suspendus du 18 décembre au 1er janvier inclusivement (art. 89C let. c de la loi cantonale genevoise sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA) et 38 al. 4 let. c LPGA dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 2006) de sorte que le délai de recours est arrivé à échéance le 31 janvier 2007. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours déposé le 31 janvier 2007 est recevable, en vertu des art. 56 ss LPGA.

4. Le litige porte sur le degré d'invalidité du recourant et sur le droit de la Fondation au versement des arriérés de rentes d'invalidité du recourant au titre des avances qu'elle a effectuées.

5. L'art. 28 al. 1 LAI, dans sa teneur en vigueur jusqu'au 31 décembre 2003, prévoyait que l'assuré avait droit à une rente entière si son taux d'invalidité était de 66 2/3 % au moins, à une demi-rente s'il était de 50 % au moins et à un quart de rente s'il était de 40 % au moins, sous réserve du cas pénible (al. 1bis). A la suite de l'entrée en vigueur le 1er janvier 2004 des dispositions de la novelle du 21 mars 2003 modifiant la LAI (4e révision), l'échelonnement des rentes a été affiné et le droit à une rente pour cas pénible a été supprimé. Selon la nouvelle teneur de l'art. 28 al. 1 LAI, l'assuré a droit à une rente entière s'il est invalide à 70 % au moins, à trois-quarts de rente s'il est invalide à 60 % au moins, à une demi-rente s'il est invalide à 50 % au moins ou à un quart de rente s'il est invalide à 40 % au moins.

D'après la lettre f des dispositions finales de la modification du 21 mars 2003, les rentes entières en cours perçues au titre d'un taux d'invalidité égal ou supérieur à 66 2/3 % continuent d'être versées après l'entrée en vigueur de cette modification à tous les rentiers qui, à ce moment-là, auront atteint l'âge de 50 ans (1ère phrase). Toutes les autres rentes entières perçues au titre d'une invalidité inférieure à 70 % font l'objet d'une révision dans le délai d'un an dès l'entrée en vigueur de la modification (2e phrase).

6. Le recourant conteste le taux d'invalidité de 72 % retenu par l'intimé dans sa décision sur opposition du 15 décembre 2006. En particulier, il estime que l'intimé n'était pas en droit de procéder à de nouveaux calculs de son taux d'invalidité dès lors que, dans son arrêt du 21 avril 2004, le TFA avait confirmé le jugement cantonal retenant un taux d'invalidité de 80 %. En outre, il allègue que les avances sur la rente de l'assurance-invalidité versées par la Fondation concernent la période du 1er novembre 1997 au 31 décembre 1999 alors que le rétroactif des rentes de l'assurance-invalidité a trait à celle du 1er septembre 2000 au 31 mars 2005. Faute d'identité des périodes, il considère que la Caisse ne pouvait pas exécuter la demande de compensation présentée par la Fondation et que, partant, l'intimé doit lui verser le rétroactif litigieux de 34'457 fr. plus intérêts 5 % dès le 1er avril 2005. Enfin, il soutient que son consentement à la compensation n'était pas éclairé dès lors que la rente d'invalidité lui est allouée en raison de troubles psychiques.

   Pour sa part, l'intimé considère que le recourant n'a pas d'intérêt digne de protection pour recourir au sujet du degré d'invalidité puisqu'il reçoit déjà la rente maximale. De plus, il relève que si le TFA a confirmé le jugement cantonal, il l'a fait pas substitution des motifs en procédant à un calcul approximatif du degré d'invalidité qu'il a fixé à 69 % ce qui lui a permis de confirmer le droit à une rente entière d'invalidité reconnu par l'instance cantonale dès le 1er septembre 2000. En outre, il soutient que le recourant a reçu des avances de la part de la Fondation de novembre 1997 à décembre 1999 pour un montant total de 42'550 fr. ainsi que des prestations de sa part pour la même période et qu'il a donné son accord le 1er avril 2005 à une compensation de sorte que son refus subséquent de compensation est abusif.

   Dans son premier grief, le recourant critique la motivation de la décision d'allocation de rente entière du 15 décembre 2006, en particulier le taux d'invalidité fixé à 72 %.

   En matière de décision relative à des prestations d'assurance, seules ces dernières forment l'objet du dispositif. Comme l'évaluation du degré d'invalidité ouvrant droit à la rente relève, en règle générale, de la motivation de la décision d'octroi de prestations, elle ne peut faire partie du dispositif que dans la mesure où elle fait l'objet d'une décision en constatation. Seul le dispositif d'une décision étant attaquable, en cas de contestation des motifs d'une décision d'octroi de prestations, il convient d'examiner si l'assuré ne demande pas implicitement, en réalité, une

modification du dispositif (ATF 115 V 417 consid. 3b/aa, et les références; ATFA non publié du 14 février 2003, I 81/02, consid. 2.3).

En l'espèce, le degré d'invalidité de 80 % invoqué par le recourant ne peut pas entraîner une augmentation de la rente dès lors qu'il bénéficie déjà d'une rente entière d'invalidité. Il s'ensuit que le recourant n'a aucun intérêt digne de protection à recourir contre la décision litigieuse en tant qu'elle lui alloue une rente entière d'invalidité sur la base d'un degré d'invalidité de 72 % de sorte qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ses conclusions tendant à la reconnaissance d'un taux d'invalidité de 80 % (cf. ATFA non publié du 7 juin 2002, I 416/01 consid. 2c).

Au demeurant, si l'intimé a procédé à un nouveau calcul du taux d'invalidité dans sa décision litigieuse c'est vraisemblablement en raison de l'entrée en vigueur de la 4e révision de la LAI au 1er janvier 2004 prévoyant qu'une rente entière d'invalidité n'est allouée qu'à partir d'un degré d'invalidité d'au moins 70 %. Or, le droit à la rente entière a été reconnu pas la Commission dans son jugement du 13 juin 2003, puis a été confirmé par le TFA dans son arrêt du 21 avril 2004 qui a retenu un taux d'invalidité de 69 %. Au 1er janvier 2004, le recourant était âgé de plus de 50 ans de sorte que, selon la lettre f des dispositions finales de la modification du 21 mars 2003, sa rente entière au titre d'une invalidité inférieure à 70 % mais supérieure à 66 2/3 % continuait à être versée comme précédemment et ne devait pas faire l'objet d'un nouveau calcul.

7. L'art. 22 al. 1 LPGA prévoit que le droit aux prestations des assureurs sociaux est incessible et que toute cession ou mise en gage est nulle. L'alinéa 2 stipule les exceptions en prévoyant la possibilité de céder les prestations accordées rétroactivement par l'assureur social à l'employeur ou à une institution d'aide sociale publique ou privée dans la mesure où ceux-ci ont consenti des avances (let. a) ainsi qu'à l'assureur qui a pris provisoirement à sa charge des prestations (let. b).
D'après l'art. 85bis al. 1 RAI, les employeurs, les institutions de prévoyance professionnelle, les assurances-maladie, les organismes d'assistance publics ou privés ou les assurances en responsabilité civile ayant leur siège en Suisse qui, en vue de l'octroi d'une rente de l'assurance-invalidité, ont fait une avance, peuvent exiger qu'on leur verse l'arriéré de cette rente en compensation de leur avance et jusqu'à concurrence de celle-ci. Les organismes ayant consenti une avance doivent faire valoir leurs droits au moyen d'un formulaire spécial, au plus tôt lors de la demande de rente et, au plus tard au moment de la décision de l'office AI. Ce régime n'a pas été modifié par l'entrée en vigueur de l'art. 22 al. 2 LPGA (SVR 2007 IV n° 14 p. 52, I 518/05).

Selon l'art. 85bis al. 2 RAI, sont considérées comme avances, d'une part, les prestations librement consenties, que l'assuré s'est engagé à rembourser, pour autant qu'il ait été convenu par écrit que l'arriéré serait versé au tiers ayant effectué

l'avance (let. a) et, d'autre part, les prestations versées, contractuellement ou légalement, pour autant que le droit au remboursement, en cas de paiement d'une rente, puisse être déduit sans équivoque du contrat ou de la loi (let. b).

L'art. 85bis al. 3 RAI prévoit que les arrérages de rente peuvent être versés à l'organisme ayant consenti une avance jusqu'à concurrence, au plus, du montant de celle-ci et pour la période à laquelle se rapportent les rentes.

Les avances librement consenties selon l'art. 85bis al. 2 let. a RAI supposent le consentement écrit de la personne intéressée pour que le créancier puisse en exiger le remboursement. Dans l'éventualité de l'art. 85bis al. 2 let. b RAI, le consentement n'est pas nécessaire; celui-ci est remplacé par l'exigence d'un droit au remboursement « sans équivoque ». Pour que l'on puisse parler d'un droit non équivoque au remboursement à l'égard de l'AI, il faut que le droit direct au remboursement découle expressément d'une norme légale ou contractuelle (ATF 133 V 14 consid. 8.3 p. 21 et les références). On rappellera aussi que l'art. 85bis RAI n'est pas simplement destiné à protéger les intérêts publics en général. Il vise certes à favoriser une bonne coordination des assurances sociales, notamment par la prévention d'une surindemnisation pour une période pendant laquelle l'assuré reçoit rétroactivement une rente. Mais il vise aussi à sauvegarder les intérêts de tiers qui ont versé des avances à l'assuré en attendant qu'il soit statué sur ses droits. Les tiers lésés peuvent se prévaloir des règles sur le versement de l'arriéré dont la violation peut engager la responsabilité de l'assureur. C'est le cas quand celui-ci néglige de donner suite à une demande de remboursement en versant à l'assuré des arriérés qui auraient dû être rétrocédés à un tiers créancier (ATF 133 V 14 consid. 8.4 p. 21).

8. En l'espèce, comme en conviennent les parties la demande de compensation de la Fondation concerne les avances qu'elle a accordées à l'assuré sous la forme d'une rente mensuelle de 1'400 fr. versée du 1er novembre 1997 au 31 décembre 1999.

Le dossier ne contient ni l'accord du recourant du 4 juillet 1997 par lequel il s'est engagé à restituer à la Fondation la rente de substitution de 16'800 fr. par année si l'assurance-invalidité lui accordait une rente avec effet rétroactif, ni les dispositions réglementaires de la Fondation. Par conséquent, il n'est pas possible de déterminer si la Fondation a un droit au remboursement en vertu d'avances librement consenties (art. 85bis al. 2 let. a) ou de prestations versées contractuellement ou légalement (art. 85bis al. 2 let. b). Toutefois, cette question peut rester non résolue dès lors que le paiement du rétroactif des rentes en mains de tiers doit être rejeté pour un autre motif.

Dans le dispositif de sa décision sur opposition du 15 décembre 2006, l'intimé reconnaît le droit du recourant à une rente entière d'invalidité depuis le 1er novembre 1997 alors que la motivation de ladite décision renvoie à la décision du 23 juillet 2002 pour ce qui a trait aux prestations du 1er novembre 1997 au 31 août

2000 et précise que sa décision du 12 avril 2004 fait suite à l'arrêt du TFA pour la période à partir du 1er septembre 2000.

La teneur de la décision litigieuse est contradictoire et il y a lieu de déterminer son objet. En réalité, ainsi que le précise sa motivation, la décision sur opposition du 15 décembre 2006 ne peut concerner que le droit à la rente dès le 1er septembre 2000 car celui du 1er novembre 1997 au 30 août 1999 a été réglé par la décision du 23 juillet 2002. Or, cette décision est entrée en force en été 2003 puisque, par son jugement du 13 juin 2003, la Commission a refusé le droit à des indemnités journalières pour la période antérieure au 1er novembre 1997 et a admis un degré d'invalidité de 80 % dès le 1er septembre 2000, partant le droit à une rente entière. Dans son recours au TFA, l'intimé n'a contesté le jugement cantonal qu'en tant qu'il reconnaissait un degré d'invalidité supérieur à 60 % dès le 1er septembre 2000. A cet égard, dans son arrêt du 21 avril 2004, le TFA a expressément indiqué que l'objet du litige concernait le taux d'invalidité de l'assuré à partir du 1er septembre 2000. Par conséquent, force est de constater que la décision non contestée du 23 juillet 2002 allouant une rente entière d'invalidité au recourant du 1er novembre 1997 au 31 août 2000 est entrée en force à l'échéance du délai de recours au TFA à mi-septembre 2003 et ne fait donc pas l'objet de la décision litigieuse. Dès lors, le rétroactif faisant l'objet de celle-ci ne concerne pas la période du 1er novembre 1997 au 31 décembre 1999, mais bien celle du 1er septembre 2000 au 31 mars 2005. Ce résultat est confirmé par le décompte de la décision du 12 avril 2005 qui mentionne expressément une telle période de versement rétroactif. Au demeurant, dans ses explications du 20 février 2007, la Caisse a reconnu que le recourant avait reçu un rétroactif, notamment, de 31'864 fr. pour la période de novembre 1997 à décembre 1998 par mandat postal reçu le 29 juillet 2002 et de 30'060 fr. pour la période de janvier 1999 à août 2000 par virement bancaire du 8 août 2002.

Etant donné que le rétroactif régi par la décision litigieuse concerne par conséquent le complément de rente du 1er septembre 2000 au 31 mars 2005, il couvre une autre période que les avances versées par la Fondation du 1er janvier 1997 au 31 décembre 1999. Pour obtenir le versement des arriérés de rentes de l'assurance-invalidité en compensation de ses avances, la Fondation aurait dû faire valoir ses droits au plus tard au moment des décisions de l'intimé du 23 juillet 2002 allouant au recourant une rente du 1er novembre 1997 au 31 décembre 1999.

La jurisprudence a rappelé qu'avec l'art. 85bis al. 3 RAI, selon lequel les arrérages de rente peuvent être versés à l'organisme ayant consenti une avance jusqu'à concurrence, au plus, du montant de l'avance et pour la période à laquelle se rapportent les rentes, on garantit en outre aussi le principe dit de la concordance matérielle des prestations qui doivent être compensées indirectement les unes avec les autres (ATF 131 V 242 consid. 5.3). Par conséquent, cela contreviendrait au principe de la concordance des droits que de faire fi de la condition de l'identité

temporelle entre les prestations versées par l'assurance-invalidité et celles allouées par l'organisme ayant procédé aux avances.

La condition de l'identité temporelle entre les prestations versées et dues n'étant pas réalisée, la Fondation n'a pas droit au versement du rétroactif de rentes de 34'457 fr. de sorte qu'il y a lieu de condamner l'intimé à verser ce montant au recourant.

9. Le recourant conclut au paiement d'intérêts moratoires de 5 % dès le 1er avril 2005.

En matière d'intérêts moratoires, le droit des assurances sociales connaît une réglementation particulière qui diverge du principe non écrit admis par le Tribunal fédéral pour les dettes de droit public (ATF 95 I 262 consid. 3). Selon une jurisprudence déjà ancienne (ATFA 1952 p. 88 et les références), le TFA considère qu'il n'y a en principe pas place pour des intérêts moratoires, dans la mesure où ils ne sont pas prévus par la législation. Seules des circonstances spéciales peuvent justifier une exception à la règle. L'octroi d'intérêts de retard, dans l'hypothèse de manoeuvres illicites et fautives ou purement dilatoires, peut alors se justifier, mais il ne doit intervenir qu'avec retenue, notamment quand le sentiment du droit est heurté de manière particulière. Malgré les critiques de la doctrine, cette jurisprudence a été confirmée par le TFA (ATF 127 V 446 consid. 4 et les arrêts cités).
Entrée en vigueur le 1er janvier 2003 (voir également ATF 130 V 329), la LPGA prévoit expressément une réglementation en matière d'intérêts moratoires, réglementation qui demeure particulière et propre au droit des assurances sociales (cf. KIESER, ATSG-Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000, Zurich 2003, ch. 3 ad art. 26).

L'art. 26 al. 2 LPGA (en liaison avec les art. 6 et 7 OPGA) prévoit que des intérêts moratoires sont dus pour toute créance de prestations d'assurances sociales à l'échéance d'un délai de 24 mois à compter de la naissance du droit, mais au plus tôt douze mois à partir du moment où l'assuré fait valoir ce droit, pour autant qu'il se soit entièrement conformé à l'obligation de collaborer qui lui incombe. Selon l'art. 7 al. 1 OPGA, le taux de l'intérêt moratoire est de 5% par an.

L'obligation de verser des intérêts moratoires est liée à l'existence d'une prestation principale et a, par conséquent, un caractère accessoire. Puisque les autres conditions énumérées à l'art. 26 al. 2 LPGA doivent être remplies, le droit à des intérêts moratoires doit être qualifié de relation juridique spécifique. Sous réserve d'une expansion de l'objet de la contestation, elle ne peut être examinée dans la procédure de recours de première instance que si l'administration a statué sur cette question (objet de la contestation) et que sa décision a été attaquée sur ce point (objet du litige; ATF 125 V 413, ATFA non publié du 13 septembre 2006, I 73/05, consid. 7.1).

En l'espèce, bien que l'intimé n'ait pas statué sur ce point, il y a lieu d'étendre l'objet de la contestation à cette question puisque l'obligation de verser des intérêts moratoires est en relation étroite avec le droit à la rente de sorte qu'on peut parler d'un même ensemble de faits et que l'intimé s'est exprimé à ce sujet dans ses écritures (ATFA non publié du 22 décembre 2005, I 493/05, consid. 5).

Le recourant s'est annoncé auprès de l'assurance-invalidité en déposant une demande de prestations le 8 septembre 1997 et il a droit à un complément de rente dès le 1er septembre 2000. Etant donné que l'intimé n'a pas encore versé au recourant, à tort, le montant de 34'457 fr., il doit être condamné à des intérêts moratoires de 5 %. En l'occurrence, le terme du délai de 24 mois depuis le début du droit à la rente est le 1er septembre 2002 de sorte que l'intimé doit des intérêts à 5 % dès le 1er janvier 2003, soit dès l'entrée en vigueur de l'art. 26 al. 2 LPGA puisqu'auparavant il n'y avait pas place pour de tels intérêts moratoires.

10. Au vu de ce qui précède, le recours sera admis et la décision sur opposition du 15 décembre 2006 sera annulée dans le sens des considérants. Le recourant obtenant partiellement gain de cause, une indemnité de 1'500 fr. lui sera accordée à titre de participation à ses frais et dépens (art. 61 let. g LPGA). Au vu du sort du recours, il y a lieu de condamner l'intimé au paiement d'un émolument de 500 fr.

******

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

A la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement et annule les décisions de l'OCAI du 12 avril 2005 et du 15 décembre 2006 au sens des considérants.

3. Condamne l'intimé à verser au recourant l'arriéré de rentes de 34'457 fr. avec intérêts 5 % dès le 1er janvier 2003.

4. Condamne l'intimé à verser au recourant une indemnité de 1'500 fr. à titre de dépens.

5. L'émolument, fixé à 500 fr., est mis à la charge de l'intimé.

6. Informe les parties de ce 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 sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (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

Isabelle CASTILLO — Juliana BALDE

Le secrétaire-juriste : Philippe LE GRAND ROY

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

Et communiquée à AZA, AUSGLEICHSKASSE ZÜRCHER ARBEITGEBER et à la CAISSE DE PENSION D'UBS